

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REFERENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA EN PROCESO ORDINARIO  
DEMANDANTE: LUIS ALBERTO PEREZ MURILLO  
DEMANDADO: SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA  
TERMITEC INGENIERIA & LOGISTICA PORTUARIA  
LLAMADOS EN GAR: LIBERTY SEGUROS S.A. y ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA  
RADICACIÓN: 76-109-31-05-002-2012-00197-01

Guadalajara de Buga, Valle, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020),

Conforme lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del presente año, la Sala Segunda de Decisión Laboral, procede a revisar en forma escrita y previo traslado para alegaciones finales, el **recurso de apelación** interpuesto sobre la **Sentencia No. 119 del catorce (14) de diciembre del año dos mil diecisiete (2017)**, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura, Valle, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Dentro del término concedido a las partes para presentar alegatos, se recibieron los escritos que se relacionan seguidamente.

La Sociedad Portuaria, básicamente reitera lo expresado al momento de sustentar el recurso, agregando como hechos nuevos, que no se dan los presupuestos contenidos en el artículo 34 del CST, habida cuenta que las actividades realizadas por el demandante se catalogan como *extrañas a las normales realizadas por la empresa contratantes y que*; “con base en la definición legal, se concluye que el contratista organiza libremente su propia actividad, con sus trabajadores y a favor de un tercero, pero siempre bajo autonomía, libertad técnica y directiva, sin que ello presuponga por se responsabilidad solidaria como fallidamente se coligió en primera instancia.” Solicita en consecuencia que se revoque la condena impuesta en contra de esa entidad y se la absuelva de las pretensiones incoadas en su contra.

La llamada en garantía Liberty Seguros, sostiene, como lo hizo en la sustentación del recurso, que debe revocarse la condena impuesta en contra de esa entidad, para tener en cuenta los límites en cuanto a tiempo y amparo se refiere.

Finalmente, la Aseguradora Solidaria de Colombia, por intermedio de su vocero judicial, reitera y amplía los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia, en el momento de sustentar el recurso y adiciona unos nuevos, relacionados con la póliza que sirvió de soporte para el llamamiento en garantía, que no fueron incluidos en el recurso de alzada.

Vale la pena advertir que los argumentos planteados en primera instancia, en los términos del artículo 57 de la Ley 2ª de 1984 ya fueron tenidos en cuenta por la Sala al resolver, los novedosos propuestos por la Sociedad Portuaria y por la Aseguradora Solidaria de Colombia, no pueden serlo, en virtud del principio de consonancia, consagrado en el artículo 66 A del CPTSS.

Se procede en consecuencia a proferir la,

**SENTENCIA No. 176**

**Discutida y aprobada mediante Acta No. 35**

**1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL.**

*LUIS ALBERTO PEREZ MURILLO* pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo indefinido con la mencionada accionada, en el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 1995 y el 31 de diciembre de 2009, en el cual actuaron como intermediarias las empresas COOPNALTRAS LTDA, VICTOR REBOLLEDO, COOPNALTRAPORTSER LTDA y últimamente, TERMITEL INGENIERIA & LOGISTICA PORTUARIA LTDA. O.P.

Que como consecuencia de esa declaración se condene a la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. (en adelante la sociedad portuaria), como demandada principal y/o a Termitel Ingeniería y Logística Portuaria Ltda. O.P. (en adelante sólo Termitel) como demandada solidaria al pago de la sanción especial por la no consignación oportuna de las cesantías en un fondo de pensiones y cesantías; sanción por no pago de los intereses a las cesantías por el periodo que se reclama, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975 y; vacaciones.

Que se declare la ilegalidad de las conciliaciones realizadas el 11 de agosto de 2009 (No. 171) y el 24 de marzo de 2010 (No. 083), por no haberse indicado en las mismas los salarios de qué meses o años se estaban conciliando.

Que se declare su derecho a la sanción moratoria (artículo 65 del C.S.T.) por la falta completa de pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación de la relación laboral, por cuanto Termitel, no le ha cancelado la parte que le correspondía por la terminación de la relación laboral, consignada en el acta de conciliación No. 007 del 15 de enero de 2010.

Que se declare igualmente su derecho a la sanción contenida en el Paragrafo 1º del art., ya mencionado, por cuanto la entidad traída a juicio (no se dice cuál) no remitió a la terminación de la relación laboral copia de los pagos para seguridad social.

Que se declare que le adeudan la indemnización por despido injusto, debidamente indexada. Pide el pago de los salarios de los meses de junio y julio de 2009, la liquidación final de sus prestaciones.

Esas pretensiones se sustentan en los hechos relacionados a partir del fl. 197 y, que informan:

1. Que laboró en forma continua para la sociedad portuaria, entre el 1 de octubre de 1995 y el 31 de diciembre de 2009, a través de otras entidades que relaciona con las cuales suscribió varios contratos.
2. Que los servicios fueron prestados siempre en la bodega de Químicos 1, ubicada en el interior de la sociedad portuaria, sin importar el cambio de administrador de la referida bodega.
3. Que el cargo desempeñado fue el de distribuidor, cumpliendo como funciones las que relaciona.
4. Que la principal beneficiaria de esa labor era la sociedad portuaria.
5. Que a pesar de haber sido vinculado por varias empresas, sus funciones estaban estrictamente vinculadas a la prestación del servicio de almacenamiento de bodegas, que en todo caso es la obligación principal de la sociedad portuaria.
6. Que las ordenes las recibía de los supervisores y coordinadores de la sociedad portuaria

7. Que la relación finalizó el 31 de diciembre de 2009 por decisión unilateral de las demandadas, al terminar el contrato de prestación de servicios que existía entre ambas, situación que no le competía al actor, máxime cuando ya en otras ocasiones se había liquidado el contrato con otras entidades, pero a él se le había dado continuidad.
8. Que el desarrollo y administración del terminal está a cargo de la sociedad portuaria como cesionaria y administradora del mismo
9. Que era la sociedad portuaria era la que establecía la programación de actividades diarias de los trabajadores de las empresas, que manejaban la bodega de Químicos 1, que las planillas de programación y tiempos de servicios siempre fue la misma, solo cambiaba el nombre de la empresa de turno, como lo prueban las aportadas al proceso
10. Que era la sociedad portuaria la que establecía los horarios, las funciones, que debían cumplir los trabajadores de las empresas, era la que suministraba los implementos de trabajo que utilizaba el actor para realizar las labores encomendadas; quien hacía los llamados de atención por intermedio de sus coordinadores a la empresa Termitel para que esta sancionara con los días establecidos por aquella.
11. El último salario promedio percibido fue la suma de \$916.756.
12. Nunca le concedieron vacaciones, tampoco fue afiliado a un fondo de pensiones y cesantías.
13. Que se realizaron unas diligencias de conciliación con las accionadas, los días 11 de agosto de 2009 (No. 171) por concepto de salarios y 15 de enero de 2010 (No. 007) en la que se indicó que la sociedad portuaria cancelaría \$1.078.115 y Termitel, a través de su representante legal \$1.201.793 en dos cuotas el 30 de enero y el 15 de febrero de 2010. Sin embargo, Termitel no le había cancelado las cuotas pactadas a la presentación de la demanda. Estima además que la diligencia de conciliación del 15 de enero de 2010, está viciada por mala liquidación de esas prestaciones. Otra diligencia de conciliación con las accionadas, se llevó a cabo el 24 de marzo de 2010 (No. 083)
14. Que las prestaciones sociales pagadas a la finalización no se hicieron conforme a derecho.
15. Que a la terminación de la relación no le remitieron, dentro de los dos meses siguientes, la constancia de pagos de seguridad social y parafiscal, por lo que se le adeuda la indemnización moratoria.
16. Que se le quedaron adeudando los salarios de la segunda quincena del mes de junio y el mes de julio de 2009.
17. Que una vez cancelado el contrato con Termitel la sociedad portuaria suscribió uno nuevo con otra cooperativa para continuar administrando la bodega de químicos y esta vez no renovó el contrato con el actor.
18. Que a la terminación de la relación la sociedad portuaria no le canceló la liquidación definitiva por el tiempo laborado, teniendo como intermediarias las empresas mencionadas.

La demanda fue admitida por auto del 12 de abril de 2013, luego de su corrección. El demandante presentó desistimiento de la demanda en contra de Termitel, fl. 217.

Notificada a la sociedad portuaria de la demanda incoada en su contra, dio respuesta por intermedio de vocera judicial, pronunciándose frente a las pretensiones en ella contenidas, oponiéndose e indicando que no son claras; en cuanto a los hechos indicó que no le constan, que no son ciertos o que no son hechos, aseverando que no tuvo relación laboral con el demandante. Propuso como excepciones las previas de "INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES O POR INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES y PRESCRIPCIÓN" y, como de fondo: "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO, CARENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, PRESCRIPCIÓN y COSA JUZGADA.

*En escritos aparte, llamó en garantía a las aseguradoras Liberty Seguros S.A. (fls. 271 a 273) y Solidaria de Colombia (fls 274-276), con sustento en las pólizas adquiridas por Termitel para garantizar el cumplimiento del contrato, la calidad del servicio, salarios y prestaciones sociales.*

*Admitida la contestación y los llamamientos, se dispuso vincular a las referidas aseguradoras al trámite procesal, fol. 528 las cuales se pronunciaron oportunamente; las respuestas obran a folios 543 y 579.*

*Se citó a la primera audiencia de trámite, diligencia en la que no se logró la conciliación por falta de ánimo de las partes; se declararon no probadas las excepciones previas propuestas, luego de surtidas las demás etapas de esa diligencia, se decretaron pruebas y se fijó fecha para la audiencia prevista en el artículo 80 del CPTSS.*

*Posteriormente el despacho ordenó nuevamente la vinculación, de la sociedad Termitel por encontrar necesaria su comparecencia; misma que tuvo que ser notificada por medio de curador, al ser imposible su notificación personal*

*Surtido el trámite procesal, el 14 de diciembre de 2017, se profirió sentencia, en la que se declaró la existencia del contrato de trabajo con la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, igualmente se declaró la ilegalidad de las conciliaciones efectuadas entre Termitel y el demandante; se impuso condena por algunos rubros a la Sociedad portuaria como principal y a Termitel como solidaria y se absolvió de las demás pretensiones igualmente se impuso condena a las llamadas en garantía.*

## **2. MOTIVACIONES**

### **2.1. DEL FALLO APELADO**

*Partió el juez por narrar los antecedentes del asunto, y planteó como problemas jurídicos, determinar si la sociedad portuaria fue la verdadera empleadora del demandante constituyéndose TERMITELE como una intermediaria, definir los extremos, salarios, finaliza indicando, que de allí se definirían todas las demás pretensiones propuestas.*

*Para resolver el primer problema, acudió a los artículos 53 de la C. N.; 23, 24, 34 y 38 del CST y a la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, dentro del radicado 45068 de 2015; analizó las pruebas, señalando que reposan la historia laboral del demandante donde se advierte que TERMITELE fue quien realizó aportes desde el 1 octubre de 2007 al 30 de noviembre de 2011; así mismo se aprecian informes dados por la vinculada Termitel y las actas de conciliación suscritas; luego reposa el contrato de prestación de servicios suscrito entre la sociedad Portuaria y la empresa TERMITELE. Tras analizar el clausulado allí pactado aseguró que desde ese mismo contrato se desnaturalizó la vinculación del demandante, aseguró que era la sociedad portuaria la que podía dirigir e impartir las instrucciones; resaltó cuales trabajadores pueden ser contratados por medio de empresas de servicios temporales (art. 77 Ley 50/90) y afirmó que el demandante prestó sus servicios desde el 01 febrero de 2008 y 31 diciembre de 2009, lo que supera el termino otorgado por la ley e indicó que TERMITELE realmente fungió como un mero intermediario y era la sociedad portuaria la verdadera empleadora, expresando que fue un contrato verbal a término indefinido entre 01 febrero de 2008 y 31 diciembre de 2009.*

*Seguidamente entra al estudio de las pretensiones dinerarias y condena al pago de vacaciones por el periodo junio 2009; en uso de las facultades extra y ultra petita condena primas de servicio; igualmente impuso el pago de las sanciones moratorias del art. 65 CST par. 1º y el Art. 99 Ley 50/90 por el año 2008 atendiendo la mala fe al ocultar la relación.*



*Estudió lo relativo a las aseguradoras llamadas en garantía, a las que impuso el pago basado en las pólizas allegadas y declaró no probadas las excepciones propuestas*

## **2.2. DE LOS RECURSOS PRESENTADOS**

### **2.2.1. DEL DEMANDANTE**

*Presentó recurso de apelación parcial, mostrando inconformidad con la aplicación de la indemnización moratoria impuesta; indicó que por aplicación del Art. 53 C.N., de favorabilidad se debe conceder la indemnización más favorable que es la que corresponde al parágrafo 1° del mencionado Art 65 CST porque quedó claramente demostrado que el demandante nunca fue afiliado a la caja de compensación familiar, ni se demostró el pago total a la seguridad social como establece la ley;*

*De igual manera señaló, que el despido injusto quedó demostrado con los testimonios allegados; que lo que hubo fue despido abrupto, pide a este tribunal revocatoria de estos dos puntos específicos.*

### **2.2.2. DE LA SOCIEDAD PORTUARIA.**

*Señaló que se declararon no probadas las excepciones propuestas, en especial la de “cosa juzgada”, situación con la que no está de acuerdo pues en su criterio quedó claro que hay conciliaciones validas a la luz de la ley por cumplir con los requisitos, no adolecen de vicios y por haber sido expedidas por autoridad como lo son los inspectores del trabajo;*

*Como segundo argumento, refiere la existencia del contrato realidad declarado con la sociedad, pues dentro del proceso lo que realmente quedó probado fue el contrato de prestación de servicios entre la sociedad Portuaria y TERMTEL, fundado en la Ley 1° de 1991, decreto 2091 de 1992 y demás normas relacionadas con el régimen portuario; agrega, que es claro que conforme a la ley 1ª, la sociedad puede administrar el terminal marítimo, pero no tiene nada que ver con la operación portuaria que era la actividad que ejecutaba TERMTEL y por tanto son actividades de las sociedades diferentes entre ambas, la operación es efectuada por terceros como impone la ley.*

*Agrega, que no se logró demostrar la subordinación, si bien en el contrato se manifestó que había suministro de personal esa no era la verdadera actividad que se contrató sino la operación portuaria, que TERMTEL nunca fungió como una empresa de servicios temporales, en realidad no era esa su naturaleza, sino que es una empresa que ejecuta la operación portuaria como se desprende de las pruebas. Indicó que no había injerencia en la relación entre la Sociedad Portuaria y Termitel y entre Termitel y el demandante; que la sociedad hacía una interventoría, pero al contrato entre entidades, no frente al contrato del demandante con su empleadora.*

*Finalmente respecto a la condena puntual de primas, vacaciones e indemnizaciones, señaló que no existiendo la solidaridad ni el contrato realidad, no hay lugar a condena; que en este asunto sólo se puede recurrir a la documental pues no hay más pruebas y en ese orden de ideas no se logró demostrar la supuesta injerencia de la sociedad portuaria sobre los contratos de trabajo que sostuvo TERMTEL, quien era un contratista independiente.*

### **2.2.3. LLAMADA EN GARANTÍA LIBERTY SEGUROS. Propuso reposición y subsidio apelación**

*Señaló que si bien se acepta la existencia de la póliza BO1467690 también es cierto que el despacho delimitó los extremos de la relación desde el mes de feb de 2008 y hasta el 31 de diciembre de 2009, debiéndose verificar que la vigencia de la póliza en examen es a partir del 20 de febrero de 2009 hasta mayo de 2012 y por tanto la póliza solo cubre unos meses*

*sin rebasar los valores (\$6.990.687) y únicamente ampara prestaciones sociales y no sanciones intereses o indemnizaciones; por tanto se debe revocar para limitar el pago.*

#### **2.2.4. LLAMADA EN GARANTÍA SOLIDARIA DE COLOMBIA**

*Indicó que es claro que con las pruebas recaudadas se demostró que la sociedad portuaria no fue la empleadora del demandante, ni estaba obligada a responder por las obligaciones insolutas de TERMITEL toda vez que el vínculo existente entre entidades no genera relación de trabajo alguno con el personal contratado por TERMITEL. Aseguró que si bien entre las sociedades se celebraron ofertas mercantiles, es evidente que lo contratado eran servicios diferentes, no eran parte del objeto social de la sociedad portuaria y por tanto la misma no es responsable de las obligaciones del contratista, por cuanto como ya dijo los servicios son ajenos a sus funciones y no nace la solidaridad predicada por el actor por no reunirse los presupuestos; adicionó que la sociedad portuaria no contrató el servicio de suministro de personal, pues la operación portuaria es una actividad que le está vedada según el contrato de concesión suscrito con la superintendencia de puertos hoy agencia nacional de infraestructura, y por tanto pide la revocatoria la sentencia. Finaliza indicando, que las actas de conciliación fueron realizadas con todos los requisitos de ley y constituyen cosa juzgada.*

### **3. PROBLEMAS JURIDICOS.**

*De acuerdo con los planteamientos realizados, son varios los reparos presentados a la sentencia, los cuales serán revisados el siguiente orden:*

- 1) Se determinará sí, en realidad, la accionada, Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura puede ser declarada empleadora del señor LUIS ALBERTO PEREZ MURILLO, resolviendo las inconformidades de la sociedad portuaria y de la Aseguradora Solidaria de Colombia.*
- 2) Definido lo anterior, se verificará sí para el presente caso, procedía declarar la prosperidad de la excepción de cosa juzgada; tal como lo proponen las mencionadas entidades.*
- 3) Superados lo anteriores interrogantes, se analizará lo relativo a las indemnizaciones moratoria y por despido injusto*
- 4) Finalmente, se determinarán los límites de responsabilidad de la llamada en garantía Liberty Seguros.*

### **4. CONSIDERACIONES**

#### **Cuestión 1. De la existencia de contrato realidad.**

*El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración; el Art. 23 por su parte enseña que necesariamente esos tres elementos deben concurrir para que se configure este tipo de convenio (prestación personal del servicio, subordinación y salario como retribución)*

*Por su parte, el canon 24 de la misma obra, prevé que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, lo que significa que una vez demostrada la prestación personal del servicio por quien alega el vínculo, ha de presumirse que estuvo regulada por un contrato de tal estirpe; sin embargo, debido al carácter legal de dicha presunción, la misma es susceptible de ser derruida por el presunto empleador que la soporta, demostrando que el vínculo fue de naturaleza diferente a la laboral.*

*La Constitución Política de 1991, a la altura de su artículo 53, establece los principios mínimos fundamentales de la relación del trabajo, enlistando dentro de estos “la primacía de la realidad*

sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” en procura de salvaguardar a la parte débil de la relación.

Con el fin de resolver esta primera cuestión, parte esta Sala por recordar que el a quo declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad portuaria; en la que Termitel, actuó como intermediaria y por tanto impuso condena, en contra de la referida sociedad como demandada principal y en contra de Termitel como solidaria, en el pago de diversas acreencias surgidas de esa relación, en otras palabras, se dio aplicación del artículo 35 del C.S.T.

El mencionado canon dispone, que son simples intermediarios (calidad que en este caso se le atribuye a varias empresas, entre ellas Termitel), las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono; agregando la norma que se consideran tales - aun cuando aparezcan como empresarios independientes- cuando utilicen personal en la realización de determinados trabajos en los cuales usen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador, para beneficio de éste y en actividades ordinarias o conexas del mismo y que, si actúan en tal condición, la de intermediario, debe declararlo, informando el nombre del empleador so pena de responder solidariamente por las obligaciones respectivas.

La Sociedad Portuaria señaló en su recurso que lo que realmente quedó probado fue la existencia de contrato de prestaciones servicios entre la sociedad Portuaria y TERMITELE, fundamentado en la Ley 1ª de 1991, en el Decreto 2091 de 1992 y demás normas relacionadas con el régimen portuario; que entre la Sociedad Portuaria y el demandante no existió ningún vínculo y añadió que no se logró demostrar la subordinación, y además manifestó que TERMITELE nunca fungió como una empresa de servicios temporales.

Para desatar la inconformidad, es necesario revisar las probanzas allegadas en su integridad, en virtud del principio de la comunidad de la prueba, a fin de verificar si el actor logró acreditar los elementos del contrato de trabajo, relacionados en el artículo 23 del C.S.T.

Así pues, se obtiene que el señor Pérez Murillo prestó sus servicios en la Bodega de Químicos en el terminal marítimo de Buenaventura, administrado por la sociedad portuaria regional de esa ciudad, porque así lo acreditan las actas de conciliación aportadas, fol. 27 a 29, en las que se dejó expresa constancia de que la fecha de ingreso fue el 1 de febrero de 2008 (fecha de inicio diferente a la mencionada en la demanda, y la historia laboral (fl. 30) aportados con la demanda); en dichas actas se dejó también manifestado que el empleador directo es la Sociedad Termitel.

En el contrato de concesión No. 009 del 21 de febrero de 1994, suscrito entre Superintendencia General de Puertos y la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura para el manejo del terminal marítimo (cuaderno anexo, identificado como cuaderno 4 en el expediente digital) se determinó en la cláusula 12.19 que “el concesionario no operará el puerto, a menos que lo sea estrictamente necesario por razones técnicas o porque no exista otra alternativa, casos en los cuales debe mediar previa autorización de la superintendencia”, agregando a renglón seguido, que el primero, esto es, la sociedad portuaria, podrá prestar el servicio de almacenamiento, responsabilizándola de operar hasta el 40% del almacenamiento cubierto y el 40% del descubierto, “con el fin de garantizar un nivel significativo de instalaciones accequibles (sic) y de servicios a todos los usuarios del puerto”, ese porcentaje permitido, lo podría prestar, “con sus propios medios o subcontratando para su operación los servicios de un operador portuario, bajo su responsabilidad” (fol. 118 y 119 del cuaderno en mención)

Es decir, el servicio de almacenamiento lo podía prestar la sociedad portuaria, directamente o subcontratando, empero, sólo un 40%.

*De lo recaudado en el proceso, se colige que la Bodega de Químicos 1 hacía parte de ese 40% por el que debía responder la sociedad demandada, porque de otra manera no se entiende lo contemplado en los memorandos No. 003306 del 24 de marzo de 2010, fol. 354; 000361 del 15 de enero de 2010 (fol. 356) y 008849, mediante los cuales la Sociedad Portuaria reconoce responsabilidades dinerarias de ciertos trabajadores y admite la suscripción de diversas conciliaciones extrajudiciales.*

*Sin embargo, quedó demostrado igualmente, que el servicio fue prestado a través del mecanismo autorizado de la subcontratación, para la empresa Termitel por lo menos a partir del año 2008, así lo acreditan las mismas copias de las actas de conciliación (fol. 27 a 29), la historia laboral aportada (fol. 30) e incluso de los formatos aportados para acreditar la relación (fol. 43 y ss.)*

*En asunto como el sub lite, en los que se reclama la declaratoria de contrato realidad con “verdadera empleadora” (en este asunto la sociedad portuaria) y que existió intermediación por parte de otra u otras (en este asunto COOPNALTRAS LTDA, VICTOR REBOLLEDO, COOPNALTRAPORTSER LTDA y últimamente, TERMTEL INGENIERIA & LOGISTICA PORTUARIA LTDA. O.P) debió ocuparse el actor de demostrar los elementos esenciales del contrato de trabajo con la citada sociedad.*

*Las pruebas documentales, se repite, dan cuenta de la relación con Termitel, y la testimonial la confirma, pues así se advierte de los dichos del señor Enrique Ferrer Morcillo; único deponente en este asunto pues la parte demandante, no hizo concurrir a los testigos.<sup>1</sup>*

*Testimonio Enrique Ferrer Morcillo (min 49:26 audio 1) Trabaja para la sociedad Portuaria Regional.*

*“Manifestó que la sociedad Portuaria suscribió varios contratos de prestación de servicios con la demandada TERMTEL para la administración de la bodega de químicos, labor que tenía que ser desarrollada por TERMTEL en su calidad de operador portuario porque la sociedad Portuaria tiene un contrato de concesión con el Estado para la administración del terminal marítimo de Buenaventura, en virtud del cual no puede adelantar labores como operador portuario; que el contrato de administración de la bodega de químicos suscrito es típico frente a las áreas que no puede desarrollar la sociedad portuaria; que esos contratos de prestación de servicios tiene como característica plena autonomía administrativa, financiera y de gestión de su personal; aseguró que la función de operación portuaria está definida en el Decreto 2091 de 1993 que reglamenta a la 1 de 1991 se establece cuáles son las operaciones portuarias y cuando se trata de estas operaciones portuarias, la sociedad no puede ejercerla como por ejemplo la traja, el pilotaje, cargue y descargue de las naves, usería; con ello se impidió el monopolio en la actividad portuaria y se garantizó la creación de diferentes operadores; que la sociedad portuaria no tiene distribuidores de bodega pues son cargos de planta de personal de los operadores portuarios; aseguró que no hay identidad de objeto entre la sociedad portuaria y los operadores portuarios, pues le está prohibido ejecutar esa actividad; señaló que la sociedad no le pagaba salario al demandante, pues no estaba en la planta de trabajadores, sino que correspondía al personal de TERMTEL; señaló que en la bodega de químicos la empresa TERMTEL tenía los supervisores, incluso el señor Montaña (representante de TERMTEL) junto con otros ejercía la supervisión de sus trabajadores, la sociedad portuaria ejercía una interventoría general sobre el contrato para verificar el cumplimiento de las obligaciones emanadas de la relación, pero sin ninguna clase de vínculo con los trabajadores de TERMTEL en esa bodega pues había plena autonomía para la ejecución de su función; que la sociedad no fijaba horarios de trabajado pues había plena autonomía de gestión, no había injerencia ni impartía instrucciones a los trabajadores, la sociedad no controlaba horas suplementarias, la sociedad portuaria contrataba un servicio con otra sociedad; frente a la firma de las conciliaciones señaló que es claro que una de las cláusulas de la concesión, denominada cláusula de las relaciones laborales le impone la obligación a la sociedad Portuaria de vigilar el cumplimiento de la obligaciones labores de los terceros que contrate así como sus relaciones directas, que con sustento en esa responsabilidad, frente a la queja de los trabajadores que Termitel estaba incumplimiento con el pago de sus obligaciones, la administración de la*

---

<sup>1</sup> La parte explicó al momento de la práctica de pruebas que NO había logrado ubicar a los testigos que habían sido decretados a su favor, y señaló que la segunda instancia podría hacer uso de la facultad contenida en el Art. 83 para la practica de dichos testimonios; no obstante, y a pesar del paso del tiempo, la parte nunca efectuó petición de la práctica de la prueba ante esta instancia.

sociedad portuaria se reunió con el representante legal de Termitel y, al verificar que efectivamente existía el referido incumplimiento, se llegó al acuerdo y la sociedad firmó como garante para verificar que se cumplieran las obligaciones, no como empleador, sino en aplicación del contrato de prestación de servicios y del contrato de concesión; ; le llama la atención que la demanda se presentara en contra de la sociedad en forma solidaria, sin vincular al deudor principal. Que lo que buscaba la sociedad portuaria era proteger los derechos de los trabajadores; que el dinero para la conciliación salió del valor del contrato de prestación de servicios, cuotas que se adeudaban a Termitel, se llegó al acuerdo de pagársela directamente a los trabajadores, para evitar la violación de sus derechos. Señaló que incluso dentro del contrato se señaló el derecho de retención de dineros para el pago de prestaciones laborales si se evidencian incumplimientos.

Señaló que la Sociedad Portuaria cumplió con los compromisos adquiridos en la conciliación y que en caso de que los trabajadores hubieran encontrado burlados sus derechos debían acudir por la vía ejecutiva y que la sociedad acudió a la conciliación por la obligación contractual y no porque sintiera que tenía obligaciones como empleador. Le causa extrañeza que ante ese comportamiento de la sociedad, se la demande a ella y no al empleador TERMITELE, que se le libere a este de sus obligaciones y se denota es mala fe”.

Como se observa entonces, no hay prueba alguna que permita demostrar que en verdad, la sociedad portuaria era la que ejercía funciones de empleadora, controlaba la labor, daba órdenes e instrucciones o cancelaba la remuneración a favor del señor Pérez Murillo, como para declararla verdadera empleadora y a Termitel una simple intermediaria; lo que demuestra la totalidad de la pruebas, es que la referida sociedad contrató la prestación del servicio de almacenamiento, en el caso particular de la bodega de químicos 1 con Termitel y que esta entidad era quien ejercía tales funciones.

El único testigo escuchado advierte que la sociedad portuaria no imponía horarios al trabajador, no pagaba su salario, no impartía directrices u órdenes, en esas condiciones, contrario a lo resuelto por el juez de primer grado no encuentra esta Colegiatura la relación laboral que se reclama y en ese orden de ideas la decisión de primera instancia debe ser revocada en cuanto condenó a la Sociedad Portuaria al pago de unas prestaciones que no estaban en cabeza suya, pues se itera, el demandante no logró demostrar el contrato de trabajo con esa entidad.

Ahora bien, en este punto es necesario recordar el principio de congruencia, artículo 281 del CGP, según el cual, la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y si bien, en materia laboral es posible proferir fallos ultra y extra petita (artículo 50 del CPTSS), también lo es, que esa facultad le está reservada al juez de única o de primera instancia, por lo que considera esta Corporación que no es posible estudiar las pretensiones, bajo una óptica distinta que la planteada en la demanda, como lo sería bajo la responsabilidad contenida en el Art. 34 del C.S.T., presentada pero en los alegatos de conclusión, razón por la cual no se encaminará esta sala en dicho estudio, pues la demandante desistió de las pretensiones contra la sociedad Termitel y fue el juez de primer grado quien ordenó nuevamente su vinculación.

Sobra señalar que al no imponerse condena alguna en contra de la sociedad Portuaria, igual suerte corren las condenas que habían sido impuestas en cabeza de las aseguradoras llamadas en garantía, pues estas eran garantes de las posibles condenas que se impusieron en su contra y ya se ve, no se impuso ninguna.

Finalmente, cabe advertir que tampoco resultaba viable entrar a estudiar lo relativo a la legalidad o ilegalidad de las actas de conciliación o proceder a declarar probada la excepción de cosa juzgada con base en las conciliaciones efectuadas, como quiera que todas las pretensiones que se desprenden de esas declaratorias buscan condenas en contra de la Sociedad Portuaria como responsable directa y ya quedó visto que la misma no fungió como verdadera empleadora y además porque ni siquiera se indicó con suficiencia los presuntos vicios que se le endilgan a dichos actos.

Conforme con lo anterior, como ya se anunció se **REVOCARÁ** el fallo de primera instancia.

## **5. COSTAS**

De conformidad con el Art. 365 del C.G.P., numeral 8º en concordancia con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 emanado del Consejo Superior de la Judicatura, aplicable en materia laboral, teniendo en cuenta además, los principios que orientan esta jurisdicción, se condena en costas al actor y a favor de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura; como agencias en derecho se fija la suma de doscientos mil pesos (\$200.000).

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la Sentencia No. 119 del catorce (14) de diciembre del año dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura, Valle del Cauca, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por **LUIS ALBERTO PEREZ MURILLO** contra la demandada **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA** y para en su lugar **ABSOLVER A LAS DEMANDADA y a las vinculadas** de todas las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la Sociedad Portuaria. Como agencias en derecho se fija la suma de doscientos mil pesos (\$200.000).

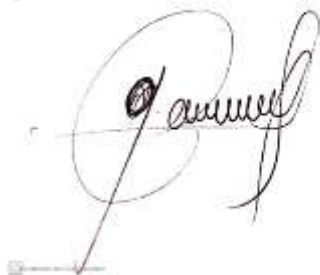
**TERCERO:** Una vez en firme la presente providencia devuélvase la actuación a su juzgado de origen.

**Notifíquese y cúmplase**

Las Magistradas,



**CONSUELO PIEDRAHÍTA ALZATE**  
**Ponente**



**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**  
**Salvamento de voto**



**MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR**

***Firmado Por:***

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE  
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL  
Despacho 001 De La Sala Laboral Del 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:*

***fd11bf33a713bfe526b070835b829234ff81bb7353b170b5c06d78af7814b17b***

*Documento generado en 16/09/2020 06:22:55 a.m.*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA**  
**SALA DE DECISION LABORAL**

**SALVAMENTO DE VOTO**

**REFERENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA EN PROCESO ORDINARIO**

**DEMANDANTE: LUIS ALBERTO PEREZ MURILLO**

**DEMANDADO: SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA**

**TERMITEL INGENIERIA & LOGISTICA PORTUARIA**

**LLAMADOS EN GARANTÍA: LIBERTY SEGUROS S.A. y ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**

**RADICACIÓN: 76-109-31-05-002-2012-00197-01**

*Respetuosamente me permito manifestar mi salvamento de voto al proyecto aprobado por la Sala mayoritaria.*

*En el artículo artículo 30 e la Ley 1 de 1991 se precisa que las operaciones portuarias pueden contratar a terceras actividades propias de su objeto:*

*“ARTICULO 30°. Operaciones. Las sociedades portuarias pueden contratar con terceros la realización de algunas o todas las actividades propias de su objeto; o permitir que los terceros presten servicios de operación portuaria dentro de sus instalaciones.”*

*Al analizar la normas citada, considero que si bien la ley autoriza a que las sociedades portuarias contraten con terceros la realización de algunas o todas de las actividades propias de su objeto, ello en manera alguna significa que le ley autorice desnaturalizar un contrato de trabajo, o vincular personal sin garantizar los mínimos consagrados en la ley; y justamente en este juicio se pretende establecer si la relación suscitada entre el demandante y la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. se encuentra regulada o no a través de los parámetros establecidos por el Estatuto del trabajo.*

*El juez de instancia declaró la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura y la condenó al pago algunas acreencias labores adeudadas al demandante, decisión que reprocha el recurrente.*

*Sea lo primero precisar que al trabajador le basta con demostrar la prestación personal del servicio para que se presuma que la misma estuvo sujeta a subordinación.*

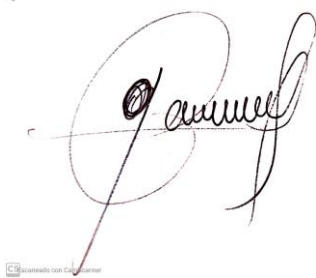
*Descendiendo al sublite, la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, contrató inicialmente a cooperativas de trabajo asociado y a partir del año 2008 a TERMITEL para la administración del sector de almacenamiento del terminal marítimo. En lo que respecta a la última contratista a folio 282 reposa contrato No. 1464 de 2009 el cual tenía como objeto: “Objeto del contrato: PRIMERA: OBJETO EL CONTRATISTA se obliga para con la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura s.a. A) al suministro de personal para los sectores de almacenamiento, bodega de químicos y/o mercancía peligrosa con disponibilidad de 24 horas diarias, 6 días a la semana, conforme a la necesidad operativa del terminal marítimo de Buenaventura y a la discreción operativa de la gerencia de operaciones y del departamento de almacenaje, con personal asignado a las funciones de distribuidor y oficinista en un total de 9 personas*



*Al revisar el contrato, considero que se desnaturalizó la autorización contenida en el artículo 30 de la Ley 1 de 1991, Estatuto de Puertos Marítimos, que permite a las sociedades portuarias contratar con terceros la realización de algunas o todas las actividades propias de su objeto, autorización que debe ceñirse a los límites señalados en la ley; es decir que si se acude a la figura del contratista independiente se debe ejecutar la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios, es decir, que no se puede utilizar al contratista independiente para suministro de personal, y de la sola lectura del contrato se evidencia que se utilizó para ese fin.*

*y es que aplicando la presunción del artículo 24, considero que no cabe duda en plenario que el demandante demostró la prestación personal del servicio, debiendo el empleador demostrar que no existió subordinación; sin embargo consideró que en el proceso no se desvirtuó la presunción, máxime cuando se aportó prueba que la demandada fue sancionada por prácticas de intermediación en el tiempo en que el actor estuvo prestando el servicio*

*En los anteriores términos dejo rendido mi salvamento de voto*

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Gloria Patricia Ruano Bolaños', with a large, stylized initial 'G'.

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**  
**Salvamento de voto**



RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**GRUPO:** APELACIÓN DE SENTENCIA  
**DEMANDANTE:** TERESA RIASCOS RIASCOS  
**DEMANDADO:** UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y  
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP,  
el MUNICIPIO LOPEZ DE MICAY Y OTROS.  
**RADICACIÓN:** 76-109-31-05-002-2015-00091-01

Guadalajara de Buga, Valle, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020),

Conforme lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del presente año, la Sala Segunda de Decisión Laboral, procede a resolver en forma escrita y previo traslado para alegaciones finales, **el recurso de apelación interpuesto por la accionada UGPP contra la Sentencia No. 58 del diecisiete (17) de julio del año dos mil dieciocho (2018)**, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura Valle, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Dentro del término concedido a las partes para presentar alegatos, se pronunció la parte actora, solicitando que se reconozcan los intereses moratorios o en su defecto la indexación de las condenas, las mesadas adicionales y lo que ultra y extra petita resulte demostrado.

También el vocero judicial de la UGPP presentó escrito, indica que no quedó acreditada la condición de beneficiaria de la pensión de la actora, conforme el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003; que hay duda en cuanto a los extremos de la relación por lo que no tiene derecho a la pensión que reclama; solicita en consecuencia que se revoque la sentencia apelada y se absuelva a su procurada de las peticiones de la demanda.

Vale la pena advertir que los argumentos de la accionada ya fueron tenidos en cuenta por la Sala al resolver, los de la actora en cambio no serán siquiera revisados, habida cuenta que la decisión no fue apelada por dicha parte.

Se procede en consecuencia a proferir la,

**SENTENCIA No. 165**  
**Discutida y aprobada mediante Acta No. 35**

### **1. ANTECEDENTES y ACTUACIÓN PROCESAL**

Pretende la demandante, que se condene a la UGPP y/o al Municipio López a reconocer a su favor la pensión de sobrevivientes causada con el deceso de su compañero permanente Emeterio Campaz Perlaza, a partir del día siguiente a la fecha del deceso, incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre, los incrementos de ley, los intereses moratorios -consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y a cancelar las costas procesales.

Sostiene para así pedir, en hechos que resume la Sala, que fue la compañera permanente de Emeterio Campaz Perlaza; que el mencionado hombre falleció el 4 de abril de 1993; que había laborado entre el 15 de marzo de 1973 y el 1º de julio de 1977; que igualmente prestó sus

servicios entre el 12 de julio de 1977 y la fecha de su deceso para el Ministerio de Protección Social, afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social; que el 3 de abril de 2009, le solicitó a la referida Caja, la pensión de sobrevivientes, recibiendo respuesta negativa mediante Resolución 001905 del 25 de noviembre de 2009, con sustento en que el señor Campaz Perlaza sólo tiene el tiempo laborado en el ministerio, como servidor público, esto es, 15 años, 8 meses y 23 días, sin tener en cuenta el tiempo laborado en el municipio; que el 27 de junio de 2013, volvió a presentar solicitud de la pensión y que en esta oportunidad, la UGPP resolvió también desfavorablemente a través de la Resolución RDP 31255 del 11 de julio de 2013, con el mismo argumento; finaliza indicando que agotó la reclamación ante ambas entidades en busca del reconocimiento de la pensión con resultados negativos.

La demanda fue admitida, luego de su corrección, mediante providencia del 10 de agosto de 2015, fls. 50 y ss; notificada a las entidades accionadas, a la agencia nacional para la defensa jurídica del Estado y al Ministerio Público, se pronunciaron solamente las primeras, en los siguientes términos:

La UGPP dio respuesta a los hechos, se opuso a las pretensiones y como excepciones propuso INEXISTENCIA DEL DERECHO A LA PENSIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE PARA EFECTO DE COSTAS, IMPROCEDENCIA DE INDEXAR, EXONERACIÓN DE INTERESES MORATORIOS, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA. Fls. 169-177.

Mediante providencia del 9 de marzo de 2016, se admitió la contestación de la demanda y se dispuso integrar el contradictorio con el Municipio López de Micay, como parte pasiva y con Marlene Johana y Jhonny Alberto Campaz Angulo; Iván Rodolfo, Carlos Adolfo y Jair Antonio Campaz Riascos, como parte activa, estos últimos en su condición de hijos del fallecido. Fl. 181 y ss.

Por intermedio del mismo apoderado que representa los intereses de su progenitora (demandante), se pronunció Carlos Adolfo Campaz Riascos, fls. 206 y ss; acepta como ciertos la totalidad de los hechos de la demanda y como pretensiones, solicita que se reconozca la pensión de sobrevivientes proporcional, en su condición de hijo del fallecido, hasta el momento en que cumplió la edad (sic), los intereses moratorios y las costas procesales.

También el municipio vinculado se pronunció frente a la acción, por intermedio de apoderada judicial, fls. 225 y ss; sin embargo, el Juzgado tuvo por no contestada la demanda, habida cuenta que el escrito contentivo de respuesta fue presentado en forma extemporánea, fls. 236 y 237

Marlen Johana Campaz Angulo, también dio respuesta a la demanda, representada por el mismo profesional de la actora y del señor Carlos Adolfo Campaz Riascos, fls, 251 y ss; se pronuncia en idénticos términos que el último de los mencionados.

Jhonny Alberto Campaz Angulo, Iván Rodolfo y Jair Antonio Campaz Riascos, se vincularon al proceso a través de curadora ad litem, dando respuesta a la demanda, como se observa a folios 268 y 269. En síntesis, indica la auxiliar de la justicia, que no tiene elementos de juicio suficientes para oponerse a las pretensiones.

No obstante lo anterior, los mencionados señores, se notificaron personalmente de la demanda y dieron respuesta a través de apoderada de confianza, en idénticos términos que sus hermanos, fls. 270 y ss., por lo que mediante providencia del 24 de agosto de 2017, se dio prelación a la respuesta entregada por la apoderada de confianza y se relevó a la curadora de su labor, fl. 304.

Surtido el trámite procesal de primera instancia, se profirió la sentencia No. 58 del 17 de julio de 2018, por medio de la cual, el juzgado segundo laboral del circuito de Buenaventura, resolvió declarar probada totalmente la excepción de prescripción, respecto a los vinculados hijos del señor Emeterio Campaz; parcialmente probada frente a las mesadas causadas antes del 27 de junio de 2010 y totalmente probada la excepción de exoneración de intereses moratorios y no probadas las demás; declaró que el mencionado hombre dejó causado a favor de su grupo familiar una pensión de jubilación post mortem, conforme lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, por contar a la fecha de su fallecimiento con 20.32 años de servicios; declaró que la UGPP es la responsable del reconocimiento y pago de la mencionada prestación a favor de la demandante a partir del 27 de junio de 2010 y en adelante, en cuantía igual al salario mínimo legal mensual vigente y a incluirla en nómina de pensionados; condenó a la misma entidad en costas procesales; absolvió al municipio López de Micay y dispuso la consulta a favor de los hijos del causante, integrados a la litis.

## **2. MOTIVACIONES**

### **2.1. DEL FALLO APELADO.**

Luego de revisar los presupuestos procesales y hallarlos satisfechos, procedió el juzgador a analizar la causación del derecho pensional y la condición de beneficiaria de la prestación de la actora; indicó frente a lo primero que, conforme las certificaciones aportadas y de cara a las normas vigentes, no había duda en cuanto a que el señor Emeterio Campaz había consolidado el derecho a la pensión de jubilación, por cuando a la fecha de su deceso, contaba con más de 20 años de servicios en los términos de la Ley 33 de 1985; en esas condiciones, habiendo fallecido con el derecho a la pensión, sus beneficiarios tenían derecho a la pensión de sobrevivientes, encontrando como tal a la actora y a los menores hijos; empero, como estos últimos cumplieron la edad máxima para acceder parcialmente a la prestación sin reclamar, se extinguió el derecho a su favor, teniendo en cuenta la excepción de prescripción propuesta. Fulminó en consecuencia a la accionada con las condenas ya referidas.

### **2.2. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado judicial de la demandada UGPP, inconforme con la decisión, interpuso en su contra el recurso de apelación, para que sea esta Corporación quien resuelva el fondo del asunto, garantizando, según sus palabras, el principio de la doble instancia; fundamente su inconformidad en dos aspectos, el primero de ellos, con el cumplimiento de los presupuestos para causar el derecho a la pensión, considera que no quedaron demostrados; el segundo, la condición de beneficiaria de la señora Riascos Riascos de esa prestación, en su sentir, no quedó suficientemente probada la convivencia efectiva hasta el momento de la muerte del afiliado; finalmente se duele de la condena por concepto de costas procesales, indica que la oposición de la entidad en el trámite judicial no fue caprichosa, sino conforme a lo establecido en la ley y reitera, la supuesta compañera no acreditó siquiera la causación del derecho. Cita apartes de una sentencia del Consejo de Estado para avalar su posición frente a la condena en costas procesales.

Concedido el recurso, el expediente fue remitido con el doble propósito ya mencionado y surtido el traslado para alegaciones finales, en vista que no quedan trámites por evacuar, se procede a resolver, previas las siguientes,

## **3. CONSIDERACIONES**

### **3.1 PROBLEMAS JURÍDICOS POR RESOLVER**

Conforme a los argumentos planteados por el vocero judicial de la UGPP, son dos los interrogantes que deben ser resueltos en este proceso, el primero de ellos, verificar si en verdad, conforme a las pruebas allegadas, el señor Emeterio Campaz Perlaza, dejó causado el

derecho a la pensión de sobrevivientes en sus beneficiarios y determinar si la actora y los vinculados al contradictorio en su calidad de hijos pueden considerarse como tales; en consulta se revisará si la decisión del fallador de declarar probada totalmente la excepción de prescripción respecto de los posibles derechos de los mencionados descendientes se ajusta a la ley. Finalmente, se revisará el tema de las costas procesales.

### **3.2. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES Y APLICACIÓN AL CASO CONCRETO**

Dispone el artículo 16 del CST, la aplicación de la ley en el tiempo, en el caso de la pensión de sobrevivientes, la norma que se revisa a efectos de determinar tanto la causación del derecho, como la condición de beneficiarios de la prestación, es la vigente al momento del deceso del afiliado o del pensionado, así lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia laboral 450 de 2018.

En este asunto quedó demostrado que el señor Emeterio Campaz Perlaza, falleció en forma violenta el 4 de abril de 1993, como lo acredita, entre otros el documento que obra a folio 86 del plenario y lo acepta la accionada no sólo en la contestación de la demanda, sino también en los actos administrativos expedidos para resolver las peticiones de la demandante; por tanto, las normas que reglamentaban la pensión de sobrevivientes, son la Ley 33 de 1973, que en su artículo 1º dispone:

*“Fallecido particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidación o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podría reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia.*

*Parágrafo 1º. Los hijos menores del causante, incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir en concurrencia con la cónyuge supérstite, la respectiva pensión hasta cumplir la mayoría de edad, o al caso se aplicarán las reglas contempladas en el artículo 275 del CST y en las disposiciones que lo modificaron, aclararon.*

*Si concurrieren cónyuges e hijos la mesada pensional se pagará, el 5% al cónyuge y el resto para los hijos por partes iguales.*

*La cuota parte de la pensión que devenguen los beneficiarios acrecerá a la que perciben los demás cuando falte alguno de ellos o cuando el cónyuge contraiga nuevas nupcias o haga vida marital.”*

La Ley 12 de 1975, que dispone en su primer artículo:

*“Artículo 1º. Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia”.*

Estas normas deben concordarse con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 71 de 1988, que dispuso:

*“Extiéndese las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen...”*

*Es decir, conforme a la ley vigente al momento del deceso, la compañera permanente tenía derecho a la pensión de sobrevivientes, cuando fallecía un pensionado o un trabajador con derecho a pensión.*

*Conclusión que se ratifica además con lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 113 de 1985, que a la letra indica.*

*“Parágrafo 1º.- El derecho de sustitución procede tanto cuando el trabajador fallecido estaba pensionado como cuando había adquirido el derecho a la pensión.”*

*El quid del asunto reside entonces en determinar, si el señor Campaz Perlaza, era pensionado o había adquirido el derecho a la pensión.*

*Obran en el plenario, certificaciones expedidas tanto por el municipio López de Micay como por el Ministerio de Salud que dan cuenta de la condición de servidor público del causante, fls 15 a 24 y 61 respectivamente, entre muchas otras.*

*Según esos documentos el señor Campaz Perlaza laboró en la entidad territorial entre el 15 de marzo de 1973 y el 1º de julio de 1977 en forma ininterrumpida; para el Ministerio, desde el 12 de julio de 1977 y hasta el 4 de abril de 1993 cuando falleció, también sin solución de continuidad.*

*Esos periodos sumados, tal como lo indicó el a quo, arrojan un tiempo de servicios para el Estado, superior a 20 años, más exactamente 20 años, 1 mes y 20 días.*

*El artículo 1º de la Ley 33 de 1985, establece, frente a la pensión de jubilación:*

*“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”*

*Es de anotar que la caja de previsión obligada al reconocimiento y pago de la prestación, puede repetir contra las respectivas cajas de previsión a las que estuvo vinculado el trabajador, por el tiempo laborado, al tenor de lo señalado en el canon 2º de la última norma citada.*

*No hay duda entonces para la Sala, que en este caso el señor Emeterio Campaz Perlaza dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en cabeza de sus familiares, pues ya había cotizado el tiempo necesario para la pensión vitalicia de jubilación.*

*Ahora, el segundo interrogante a resolver, es el relacionado con los beneficiarios de esa prestación; como se observa, las normas citadas relacionan a los hijos menores de edad, estudiantes o inválidos y a la cónyuge o compañera como tales.*

*La UGPP indica que la señora Teresa Riascos Riascos no acreditó la condición de compañera permanente durante los últimos cinco años de vida del causante, sin embargo, es preciso aclarar, que para esas calendas la norma a tener en cuenta sería la Ley 54 de 1990 que reglamenta la unión marital de hecho y la define como “la formada por un hombre y una mujer que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular”, “para todos los efectos civiles, se denominan **compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho** (artículo 1º); el tiempo de convivencia exigido para que surja la unión marital de hecho es de dos años, reza el canon 2º de la misma obra. Así las cosas, debía la señora Teresa Riascos demostrar esa convivencia permanente y singular durante los últimos dos años de vida del causante. Es de anotar que no hay*

reclamaciones de otra posible compañera, nótese que la señora Marlene Angulo Caicedo reclamó la prestación en el año 1997, pero a favor de sus hijos menores, fls 67 y 68.

La pareja conformada por la actora y el causante procreó tres hijos, Iván Rodolfo, Carlos Rodolfo y Jair Antonio, sin embargo estos nacieron en fecha anterior a los últimos dos años de vida de su progenitor.

Para acreditar entonces la convivencia, fueron escuchados en declaración los señores José Luciano Villaisa Riascos y Nohemy Perlaza Campaz y la declaración de parte de la demandante.

La señora Teresa Riascos Riascos (minuto 28:30 del audio número 1, señala que convivió con Emeterio Campas Perlaza desde 1980; que el mencionado señor falleció en el año 1993 y que se tardó en reclamar por falta de orientación; que en Buenaventura vivieron en el barrio Viento Libre y después se fueron a vivir a la 16, que de esa unión nacieron tres hijos, no supo de otros hijos o de otra compañera; indica que no se separaron y que vivieron juntos hasta el fallecimiento del compañero; indica que murió en forma violenta, que fue velado en Buenaventura, en la casa de una tía en Bellavista y que lo sepultaron en López de Micay a petición de su familia, ella asistió.

El señor Villaisa Riascos, minuto 33:30 indica que conoció en 1970 a Emeterio en López de Micay porque él también es de allá y en una de sus visitas al pueblo lo vio, en esa época trabajaba para el municipio; señala que a Teresa Riascos la conoce hace 15 años, que fue la compañera de Emeterio, que vivieron 15 años juntos, que de esa unión nacieron tres hijos varones, que era muy cercano a Emeterio porque compartían los fines de semana, que jugaban dominó; que se visitaban mutuamente, indica que la convivencia se mantuvo hasta que él murió; luego no sabe muy bien donde vive Teresa porque no la frecuenta; agrega que las visitas a la casa de Emeterio eran esporádicas porque la relación se desarrollaba en otras partes, los fines de semana, compartiendo con amigos; no sabe de otros hijos con persona distinta a la actora; indica que fue al velorio que se realizó en la funeraria San Luis, que Teresa estaba allí y a ella le daban el pésame, que lo sepultaron en López de Micay pero el testigo no fue.

Como se observa, este testigo no puede certificar la convivencia entre la pareja conformada por el causante y la demandante, su relación era con el fallecido en espacios distintos, la declaración la rindió el 12 de diciembre de 2017, por tanto, esos 15 años que dice, hace que conoce a la señora Riascos Riascos, son muy posteriores a la fecha del deceso del señor Emeterio Campaz; aunado al hecho que indica un lugar de velación del causante distinto al mencionado por la misma actora.

Nohemy Perlaza Campaz, minuto 50:50, hermana del fallecido; indica que éste convivió con Emeterio hasta la fecha de su deceso; indica que éste tuvo tres hijos con Teresa y dos con Marlene, pero se muestra reacia a indicar si vivió con esta última, señala que todos los hijos de su hermano son mayores de edad, que Marlene ya falleció; que su hermano salió de la casa que compartía con Teresa el día que lo mataron; que conoció muy de cerca la relación, porque mucho tiempo vivían en la misma casa y luego siguieron frecuentándose; que la relación comenzó en el pueblo y allí nació su hijo mayor, luego se vinieron para Buenaventura y allí nacieron los otros dos hijos; que su hermano fue velado en la **funeraria San Luis** y de allí se lo llevaron para López de Micay; expresa que la actora laboraba en servicios de aseo, que estaba afiliada a salud por cuenta de su hermano.

Como se observa, la demandante ni siquiera se enteró donde fue velado su presunto compañero, la condición de beneficiaria en el sistema de salud por cuenta del fallecido que sería una prueba contundente de la relación marital tampoco fue aportada.

*La convivencia se basa en prueba testimonial que no es hilada, que no es coincidente, la declaración que puede brindar mayor certeza, la hermana del causante se muestra reacia a hablar de la relación de su pariente con otra señora y además, ella también menciona el sitio donde fue velado su hermano, la funeraria San Luis, el cual, se itera, al parecer no conocía la actora.*

*La documental aportada, si bien da cuenta de la relación y de la existencia de tres hijos de la misma, no acredita que se haya mantenido hasta el año 1993 cuando fue asesinado el señor Emeterio Campaz, las declaraciones extraproceso aportadas ante la accionada para demostrar esa convivencia, fls. 83, 84 y 126, son formatos elaborados mecánicamente sin que se sepa la razón de la ciencia del dicho de los declarantes, incluso por sus apellidos, los que rinden declaración en el segundo de los folios mencionados, parecieran ser parientes de la demandante, aspectos que no quedaron establecidos en dichos escritos.*

*Así las cosas, para la Sala, no quedó suficientemente probada la convivencia hasta el momento de la muerte del causante, requisito imprescindible para considerarse beneficiaria de la pensión cuando se trata de compañera permanente, por tanto, la decisión de primera instancia será revocada en cuanto accedió a las pretensiones de la demandante en ese sentido.*

*Ahora, como ya se indicó, también los hijos menores de edad, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 1º de la Ley 33 de 1985.*

*Sin embargo, resulta evidente que, como lo señaló el juez de primera instancia, en el caso de los referidos hijos, las mesadas pensionales a las que tenían derecho, se vieron afectadas por el paso del tiempo.*

*En efecto, al plenario fueron aportadas copias de los certificados de nacimiento de los señores Jhonny Alberto Campaz Angulo (fl. 27, nació el 31 de mayo de 1982); Marlene Johana Campaz Angulo (fl. 26, nació el 4 de abril de 1984); Iván Rodolfo Campaz Riascos (fl. 100, nació el 30 de diciembre de 1983); Carlos Adolfo Campaz Riascos (fl. 101, nació el 11 de agosto de 1985) y; Jair Antonio Campaz Riascos (fl. 113, nació el 24 de agosto de 1988), de esos documentos se colige su minoría de edad para el 4 de abril de 1993, cuando falleció su progenitor y en consecuencia el derecho que en principio les asistía a reclamar la pensión de sobrevivientes que, ya se sabe, dejó causada el mencionado señor.*

*Sin embargo, todos esos jóvenes vinculados al proceso y que reclamaron para sí la prestación, cumplieron la mayoría de edad, el último de ellos (Jair Antonio) en el año 2006, sin reclamar la pensión, salvo, en el año 1997, cuando la señora Marlene Angulo Caicedo, lo hizo a nombre de sus hijos Marlene Johana y Jhonny Alberto en el año 1997, fls 67 y 68. Conforme la ley y la jurisprudencia, a partir de la fecha en que cada uno de ellos cumplió esa mayoría de edad, contaba con tres años para reclama, so pena de ver extinguido el derecho, salvo que estuvieran estudiando o fueran inválidos, situaciones que en este asunto no fueron demostradas, al contrario la señora Nohemy Perlaza, su tía, indicó que no están estudiando en su declaración; por manera que, siguiendo el orden de ideas propuesto, el menor de ellos llegó a sus 18 años de edad en el año 2006, tenía la posibilidad de reclamar hasta el año 2009 y no lo hizo, por lo menos no lo probó en el proceso, razón por la cual, se itera, prescribió su derecho a acceder a la pensión, o por lo menos a un porcentaje de ella.*

*En la sentencia laboral 14847 del 2014, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se refirió ampliamente al tema, indicando:*

*“Por otra parte, no puede olvidar el censor que en el sub lite están en discusión derechos de menores de edad, y tiene establecido la Corte el criterio de que frente a ellos, por su condición de personas especialmente protegidas, no corre el término extintivo de la prescripción, es decir, que en su caso opera*



*la figura de la suspensión de la prescripción mientras estén en imposibilidad de hacer valer sus derechos, esto es, hasta cuando alcancen la mayoría de edad, o su representante ejerza en su nombre el derecho de acción y en virtud del mismo presente la respectiva demanda.*

*En sentencia SL10641-2014, donde se reiteró la CSJ SL 11 dic. 1998, rd. N° 11349, dijo la Sala sobre la suspensión de la prescripción frente a los menores de edad:*

*La suspensión y la interrupción de la prescripción son dos fenómenos jurídicos distintos, pero como la ley laboral no regula la figura de la suspensión, cabe aplicar, por remisión, las normas del Código Civil sobre el particular, como se indicó en sentencia del 6 de septiembre de 1996, expediente 7565, que se adoptó por mayoría.*

*La ley laboral establece una prescripción que frente a la prevista en otras legislaciones, puede considerarse de corto tiempo, que procura la reclamación rápida, consecuente con la necesidad de definir ágilmente las controversias surgidas de una relación de trabajo. Sin embargo, esta proyección cede en ciertas situaciones especiales en las que el Estado debe especial protección a determinadas personas, entre las cuales están los menores de edad, para quienes no corre el término extintivo de la prescripción, mientras estén en imposibilidad de actuar. Vale decir, que deja de operar en el momento en que alcanzan la mayoría de edad, o cuando su representante ejerce en su nombre el derecho de acción y en desarrollo del mismo presenta la demanda que corresponda.*

*En el derecho común, aplicable por remisión a los créditos laborales, el artículo 2541 del Código Civil contempla la suspensión de la prescripción extintiva de las obligaciones y remite al artículo 2530 ibídem para identificar las personas en cuyo favor opera tal figura, dentro de las cuales el artículo 68 del decreto 2820 de 1974, que modificó parcialmente aquella disposición, incluye a ‘Los menores, los dementes, los sordomudos y quienes estén bajo patria potestad, tutela o curaduría’.*

*Si la norma transcrita extiende el beneficio de la suspensión de la prescripción a los menores, los dementes y los sordomudos, y expresamente se refiere a quienes cuentan con representación legal (patria potestad y guarda), es claro que la suspensión opera sin consideración a que exista o no tal representación, por lo que debe entenderse que el modificado artículo 2530 del CC contiene un beneficio para determinadas personas a quienes la ley protege sin importar que el sujeto cuente o no con un representante legal eficiente o ineficiente, por lo que el error en que aquel incurra, no puede afectar la situación jurídica del representado.*

*El anterior precedente a su vez fue reiterado en la providencia CSJ SL 30 de octubre de 2012 no. 39631, como sigue:*

*Precisamente, y al acudir la Corte Suprema de Justicia a la normativa civil que consagra la figura de la suspensión de la prescripción, artículos 2541 y 2530, se evidencia que el Tribunal no advirtió la insoslayable circunstancia de que la acción fue promovida, entre otros, por los hijos menores de edad del señor Carlos Arturo Cajar Rivera y, por tanto, la prescripción no puede correr para ellos, mientras no se haya llegado a la mayoría de edad, porque tanto procesal como sustancialmente el eventual derecho discutido en el juicio no hace parte del haber patrimonial del representante legal de los incapaces, sino de sus representados.*

*Ilustra la cuestión en precedencia, la doctrina recibida por esta Sala en sentencia del 15 de febrero de 2011, radicación 34817:*

*‘Sobre el tema de la suspensión de la prescripción que afecte derechos de los menores, esta Sala de tiempo atrás, por mayoría, definió que los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T. y de la S.S., no gobiernan lo referente a dicho punto, por lo que se debe acudir a las normas de aplicación supletoria, esto es, a los artículos 2541 y 2543 del C. C.*

*En sentencia del 7 de abril de 2005 Rad. 24369 se reiteró lo expuesto en la del 18 de octubre de 2000 Rad. 12890 referida por la censura; allí se dijo en lo pertinente:*

*‘La prescripción en el sub lite no puede correr mientras no se haya llegado a la mayoría de edad, porque tanto procesal como sustancialmente el eventual derecho discutido en el juicio no hace parte del haber patrimonial del representante legal del incapaz, sino de su representado.’*

*Conforme lo indicado, resulta claro que efectivamente, para todos los hijos del señor Emeterio Campaz Perlaza (por lo menos los vinculados en este proceso), prescribió el derecho a la pensión, razón por la cual, se confirmará la sentencia que así lo declaró.*

*El último punto de inconformidad lo constituye la condena en costas a la accionada, el apoderado de la UGPP, indica que no debió imponérsele tal gravamen, toda vez que su negativa no fue caprichosa y que le competía a la actora acreditar su derecho.*

*Teniendo en cuenta la decisión que se asume de revocar la sentencia en cuanto reconoció la pensión a favor de la señora Riascos Riascos, lo que conlleva necesariamente también la absolución de la entidad, la Sala considera innecesario entrar a resolver ese interrogante y de paso, se indica, que no se hará pronunciamiento alguno la Sala, frente a la petición contenida en los alegatos finales presentados por la actora, dada la decisión que en este asunto se asume y, como quiera que no interpuso en forma oportuna el recurso de apelación, acatando de esta forma el principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del PTSS.*

*Se revocarán los ordinales cuarto, quinto y sexto de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a la accionada de las pretensiones incoadas por la señora Teresa Riascos Riascos, confirmándola en lo demás.*

#### **4. COSTAS**

*En ambas instancias a cargo de la actora y a favor de la demandada. En esta sede se fijan como agencias en derecho se fija el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales diarios.*

#### **5. DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR LOS ORDINALES CUARTO, QUINTO Y SEXTO** de la sentencia apelada, identificada con el No. 58 del 17 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura (Valle) dentro del proceso ordinario laboral promovido por TERESA RIASCOS RIASCOS contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y EL MUNICIPIO DE MICAY, para en su lugar **ABSOLVER** a la primera de las mencionadas, de las pretensiones incoadas por lo expuesto en la parte motiva.

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

**TERCERO: COSTAS** en ambas instancias a cargo de la demandante y a favor de la accionadas. En esta sede, como agencias en derecho se fija el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales diarios.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL  
RADICACIÓN: 76-109-31-05-002-2015-00091-01

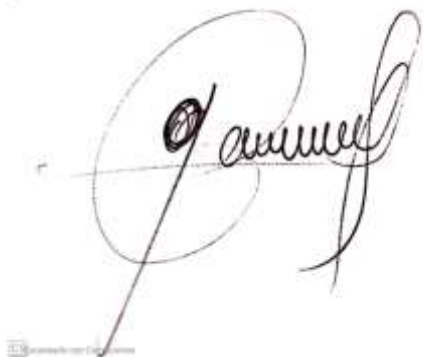
**CUARTO:** una vez en firme la presente providencia devuélvase la actuación a su juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Las Magistradas,



**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**Ponente**



**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**



**MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR**

**Firmado Por:**

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**Despacho 001 De La Sala Laboral Del 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:*

**d222d519b59a128f0a589034e7878beea628f7317965a72612a4c34e1d4784e5**

*Documento generado en 15/09/2020 05:39:12 p.m.*

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**REFERENCIA:** DECRETA NULIDAD  
**DEMANDANTE:** ABELARDO GALVEZ AGUDELO  
**DEMANDADO:** CONSORCIO INPROLAT Y MUNICIPIO DE PALMIRA  
**RADICACIÓN:** 76-520-31-005-002-2015-00370-01.

**AUTO INTERLOCUTORIO No. 78**  
Discutido y aprobado acta No. 35

Guadalajara de Buga, Valle, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020),

**OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

Sería el caso resolver el recurso de apelación interpuesto contra la **Sentencia No. 59 del trece (13) de junio del año dos mil dieciocho (2018)**, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, Valle, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia de no ser porque, de la revisión de lo actuado, se advierte la configuración de una nulidad.

**ACTUACIÓN PROCESAL**

**ABELARDO GALVEZ AGUDELO**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **CONSORCIO INPROLAT Y MUNICIPIO DE PALMIRA**, buscando se declare la existencia de un contrato de trabajo que se extendió entre el **01 de julio de 2014** y hasta el **30 de mayo de 2015**, en el que el consorcio demandado era el empleador y el municipio era beneficiario o dueño de la obra; que se declare que el contrato terminó por decisión unilateral del trabajador con justa causa; que como consecuencia de lo anterior, se condene al empleador y solidariamente al municipio a pagar la indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, tiempo suplementario, las cesantías e intereses sobre las cesantías, prima de servicios y vacaciones, dotación de calzado y vestido de labor, indemnización por no haberse cancelado aportes a seguridad social y auxilio de transporte.

Los hechos relevantes en los cuales se sustentaron tales pretensiones se resumen en que el demandante laboró dentro del interregno ya señalado, vinculado mediante contrato de trabajo verbal y a término indefinido; que desarrolló actividades de oficial de construcción en los colegios Raffo Rivera y Cárdenas centro; que su jefe inmediato era el maestro de obra, que el Consorcio INPROLAT inició la construcción de varias aulas nuevas en los colegios referidos, en ejecución de un contrato celebrado con la alcaldía municipal de Palmira; que devengaba la suma de \$50.000 diarios, que nunca se le cancelaron las prestaciones sociales ni aportes a seguridad social; que el 1 de junio de 2015 manifestó a su empleador la voluntad de renunciar, atendiendo los incumplimientos a las obligaciones.

Mediante Auto No. 1593 del 9 de octubre de 2015, el juzgado admitió la demanda y dispuso notificar dicho proveído y correr el traslado de rigor a los codemandados (fol. 43), debidamente notificado el municipio presentó contestación en la que se refirió a cada uno de los hechos, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones que denominó: “Falta de legitimación en la causa por pasiva y la innominada o Genérica”; seguidamente mediante auto 699 del 12 de abril de 2016 se dio por contestada la demanda por parte del municipio, se tuvo por notificado el demandado por haberse efectuado notificación por aviso se fijó fecha para llevar a cabo la Audiencia de que trata el Art. 77 del CPT. SS.

Surtido en legal forma el trámite procesal, el juzgado profirió **Sentencia No. 59 del trece (13) de junio del año dos mil dieciocho (2018)**, en la que se declaró inhibida para fallar en lo que al Municipio de Palmira se refiere, amparándose para ello en el Art. 6 del CPT y la SS, por no haberse agotado la reclamación administrativa y absolvió al consorcio codemandado por falta de prueba de la existencia de contrato

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de alzada y recibido el expediente en esta instancia, se admitió su conocimiento y se corrió el traslado de rigor conforme lo ordena el Art. 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, dentro del cual, sólo el municipio accionado presentó escrito, solicitando la confirmación de la decisión, reiterando que no existió vínculo alguno con el actor.

## **CONSIDERACIONES**

Parte esta sala por recordar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, desde antaño, (sentencia de 21-02-1966 G.J., T. CXV, pág. 129), ha indicado que los presupuestos procesales son aspectos necesarios para el nacimiento, desenvolvimiento y culminación del proceso con una sentencia de mérito y por ende ineludibles para la conformación de una relación jurídica procesal válida; son entonces, la competencia del juez; la capacidad para ser parte y la capacidad procesal y la demanda en forma.

Así las cosas, respecto a la capacidad para ser parte establece el Art. 53 del C.G.P.:

“Podrán ser parte en un proceso:

1. Las personas naturales y jurídicas.
2. Los patrimonios autónomos.
3. El concebido, para la defensa de sus derechos.
4. Los demás que determine la ley.”

Respecto al presupuesto de la capacidad procesal Según López Blanco (2002), por este se entiende “que los sujetos que comparezcan al juicio lo deben hacer representados en debida forma, especialmente cuando se trata de incapaces o de personas jurídicas (pág. 970). En el actual Código de Procedimiento esto se materializa en el artículo 54, el cual versa sobre la capacidad para actuar como tal.

El mentado Art. 54, indica: “Las personas que puedan disponer de sus derechos tienen capacidad para comparecer por sí mismas al proceso. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes o debidamente autorizadas por estos con sujeción a las normas sustanciales.”

Pues bien, en el proceso que ocupa la atención de la Sala, se advierte que el demandado principal es el consorcio INPROLAT, razón por la cual desde la misma presentación de la demanda se evidenciaba que esta carecía de capacidad para ser parte dentro del proceso.

Se dice lo anterior teniendo en cuenta las siguientes precisiones; la definición de Consorcio se puede encontrar en la Ley 80 de 1993, en su artículo 7°, la cual indica lo siguiente:

“1. Consorcio. Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las

*obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.”*

*Por su parte la Sentencia C-414 de 1994, la H. Corte Constitucional manifestó:*

*“El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica.”*

*De la lectura simple de lo anterior, se logra concluir, que la conformación de un consorcio no genera el nacimiento de una persona jurídica independiente, sino que es la unión de varias personas jurídicas para la ejecución de un contrato.*

*Al respecto, el Ministerio de Trabajo, expidió el concepto No. 209123 del 30 de octubre de 2015, en el que señaló:*

*“... la Ley no ha determinado el nacimiento de una persona jurídica por la celebración de un contrato de consorcio o unión temporal. Cada uno de estos contratos se concibe como una convención que no constituye por sí misma un ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones y que no se diferencia de quienes así están coasociados. Por tanto, resulta claro que el consorcio no es una sociedad, sino una forma contractual, utilizada ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica, lo que implica que, como tal, el consorcio no goza de una capacidad jurídica propia e independiente, situación que le impide ser sujeto de derechos y obligaciones, sino que los mismos estarán solidariamente, en cabeza de sociedades que lo conforman.*

*Así las cosas y respecto de sus interrogantes, al ser un consorcio un contrato, no puede ser una persona jurídica y por lo tanto, no podría comportarse como tal, es decir, no puede ser sujeto de derechos y obligaciones, motivo por el cual, el consorcio no tiene trabajadores a su cargo, pues aquellos que laboran en el desarrollo del contrato de consorcio, son en realidad trabajadores de cada uno de los consorciados, luego la afiliación a la ARL, la conformación del COPASO y el Reglamento Interno de Trabajo, corresponderá a su respectivo empleador, es decir, a cada una de las empresas consorciadas, las cuales responden solidariamente por sus obligaciones. Cosa diferente resulta ser, que entre los consorciados se dividan algunas gestiones administrativas, respecto de quien desarrolla una u otra labor, pero sin confundirlas obligaciones que común y pro indiviso, le asiste a cada uno.”*

*Acorde con lo anterior, se logra concluir que al no ser el consorcio INPROLAT un sujeto de derechos y obligaciones imposible se hacía emprender demanda en su contra. Esta situación tiene sustento adicional en el Auto AL858-2017 proferido por la SL de la CSJ fechado 15/02/2017, M.P., Clara Cecilia Dueñas Quevedo donde se explicó lo siguiente:*

*“...Ahora, si la Sala entendiera que la promotora del litigio hace referencia es al domicilio del demandado, se tiene que por tratarse de un consorcio este carece de personería jurídica y, en esa medida quienes tienen capacidad para ser parte son las personas naturales o jurídicas que lo conforman, en este caso, Bureau Veritas Colombia Ltda. y Tecnicontrol S.A.S., las cuales tienen su domicilio en Medellín y Bogotá, respectivamente, de conformidad con los certificados de existencia y representación legal obrantes a folios 12 a 18.*

*De ahí que si los integrantes de un consorcio deben comparecer al proceso, lo harán de manera individual, en condición de demandantes o demandados, según corresponda.*



Aunado a lo anterior, se observa que en el hecho décimo sexto del escrito inaugural la actora advirtió que «en Colombia no se exige que los consorcios se inscriban en Cámara de Comercio, razón por la cual no fue posible aportar la dirección de la sede principal del consorcio “Grupo Bureau Veritas – Tecnicontrol S.A.”, pero se aporta la dirección que se conoció de la sede de Bogotá pero no se sabe si el local ya fue desocupado».

Bajo estos parámetros, es palmaria la equivocación del Juzgado Veinte Laboral de Medellín, pues al no tener certeza del último lugar donde la actora prestó el servicio ni tampoco tener en cuenta que esta instauró la demanda contra un consorcio y no contra las personas jurídicas que lo integran, lo procedente -de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social-, era inadmitir la demanda con el fin de que dicha falencia fuera subsanada y de esta forma prever futuras nulidades o suscitar conflictos de competencias.

Recuérdese que de conformidad con el artículo 48 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, el juez como director del proceso debe adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite.”

De conformidad con lo anterior, corresponde dejar sin efecto la actuación desde la admisión misma de la demanda, pues como tal como ya se dijo lo que correspondía era emprender la acción en contra de los consorciados -que no se sabe con exactitud quienes son por no reposar en la demanda- y no contra el consorcio, por cuanto se itera este carece de capacidad para ser parte.

Finalmente, aunque procede la nulidad en los términos anotados, no es posible para esta Corporación, dejar pasar un tema que también motivó la decisión del juez, la absolución del municipio por la falta de agotamiento de la reclamación administrativa.

Al respecto debe precisarse, que el artículo 6 del CPTSS consagra como exigencia para la presentación de demandada en contra de la Nación, de un ente territorial o cualquier otra autoridad de la administración pública, elevar previamente una reclamación administrativa, que “...consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta.”

Dicho requerimiento tiene como propósito, la autotutela administrativa, es decir la posibilidad de que la administración conozca las pretensiones y tenga la posibilidad de tomar una decisión directa respecto a las peticiones que se le elevan, evitando de esa manera un litigio judicial; sirve igualmente para interrumpir el término de prescripción, al tenor de lo señalado en el artículo 488 del CST.

Descendiendo al caso concreto, y acudiendo al texto de la norma se tiene la reclamación administrativa es necesaria cuando se emprende acción contenciosa contra los entes ya enumerados, esto es cuando se enfile contra este como demandado principal o se le endilgue la calidad de empleador, pero esto no significa que se extienda dicha obligación a aquellos eventos en que los entes públicos sean vinculados como solidariamente responsables (como el presente asunto) y es que en realidad en estos eventos no tiene la entidad pública la posibilidad de cumplir con los propósitos ya enunciados.

En efecto, la autoridad pública no tendría la posibilidad de cumplir la finalidad de autotutela, consistente en el reconocimiento de algún derecho, pues carecería de bases para ello, toda vez que al discutirse un vínculo laboral entre personas ajenas a ella, mal haría al adoptar decisiones como solidario responsable, pues con ello estaría reconociendo o declarando la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el contratista, facultad que solo tienen los jueces; adicionalmente, tampoco se cumpliría mediante la presentación de esta reclamación con el

*segundo de los propósitos, relativo al cómputo del término de la prescripción, pues este cómputo se debe hacer es respecto al obligado principal en la acción y no del solidario.*

*Así las cosas, no es de recibo que se emitan decisiones judiciales inhibitorias, bajo el argumento reseñado, pues como ya se dijo la reclamación es indispensable solo cuando el ente público es demandado directo.*

*Pero si aún, en gracia de discusión, pudiera pensarse, que la entidad pública debió ser previamente requerida frente a las pretensiones de la demanda, por parte del actor, lo cierto es que el hecho de no hacerlo, tampoco legitima la decisión absolutoria en contra de aquella.*

*En efecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha construido una línea jurisprudencial frente a ese tema, concluyendo que la ausencia de reclamación administrativa constituye básicamente una falta de competencia saneable, si: i) El juez no la detecta al momento de revisar los requisitos de admisión de la demanda y la devuelve para su corrección y ii) El afectado no la propone como excepción previa.*

*Así lo reiteró en la sentencia laboral 13128 de 2014, radicado 45819 y ponencia del doctor Rigoberto Echeverri Bueno, al indicar:*

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

*'Sí la parte accionada procede de esta forma, es decir, que ante la ausencia del cumplimiento de la exigencia consagrada en el artículo 6 del C. de P.L., propone oportunamente alguna de las anteriores excepciones, lo cual según las voces del artículo 32 ibídem bien puede hacer en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, la decisión interlocutoria que adopte el Juez Laboral sobre este asunto, claro está, una vez ejecutoriada la misma, pone punto final a toda discusión sobre este tema, y en consecuencia cualquier vicio de procedimiento en torno al presupuesto procesal de competencia queda debidamente saneado y, por tanto, llegado el momento de dirimir el conflicto el juzgador debe emitir un fallo que resuelva de mérito la controversia planteada.*

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



*'Y es que la incompetencia del juez laboral, a raíz de la pretermisión de la etapa previa de reclamación del derecho requerido a la entidad pública o social demandada, no escapa al principio de saneamiento de la nulidad proveniente de la falta de competencia recogido en el Código de Procedimiento Civil de 1970, y el cual a su vez es una de las manifestaciones esenciales del postulado de economía procesal que irradia a dicha rama del derecho y con mucho más razón al procedimiento laboral, dado el carácter social de los derechos que en esta órbita de la jurisdicción ordinaria se discuten, que exige del juez del trabajo un rápido pronunciamiento, para lo cual debe evitar dentro del marco de sus poderes cualquier dilación que obstaculice ese fin. En efecto, si la jurisprudencia tradicional de la Corte ha sostenido que el procedimiento gubernativo o reglamentario es un factor de competencia para el Juez Laboral, lo cual ahora se vuelve a reiterar, no hay razón para que a esta forma especial de ella se le sustraiga de los efectos de saneamiento latente en todas las nulidades que puedan originarse en la falta de competencia, cuando no se hayan alegado como excepción previa, postulado del que solo se exceptúa la falta de competencia funcional.*

*'Nada justifica que luego de un proceso contra una entidad oficial, donde esta ha sido convocada oportunamente a través de la notificación de rigor y por ende ha tenido todas las oportunidades para ejercer cabalmente su derecho de defensa, se declare la nulidad de todo lo actuado ad portas de la emisión del fallo llamado a resolver de fondo el litigio iniciado, aduciendo como argumento que no se cumplió el procedimiento gubernativo tantas veces mencionado, cuando la parte demandada contando con el mecanismo procesal idóneo para remediar ese defecto, como son las excepciones previas pertinentes, ya señaladas en el curso de esta providencia, no hizo uso del mismo; mucho menos sentido tiene que se plantee una decisión de esta naturaleza en la segunda instancia o a través del recurso extraordinario de casación. Un pronunciamiento de esta índole reñiría frontalmente con los principios de economía procesal, de saneamiento de las nulidades por incompetencia y de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, instituciones estas que constituyen soporte esencial para los propósitos del derecho procesal laboral: hacer efectiva la concepción social y tutelar del derecho laboral sustancial.*

*(.....)*

*'De otro lado, como el fin último del agotamiento de la vía gubernativa es que la administración pública tenga la oportunidad de decidir de manera directa y autónoma si resulta procedente o no el reconocimiento de los derechos reclamados por el peticionario y de esta forma enmendar cualquier error que hubiera podido cometer sobre el particular, precaviendo a través del instrumento de la autocomposición un eventual pleito judicial, choca contra la lógica de lo razonable que habiendo tenido aquella oportunidad de llevar a cabo ese cometido durante todo el curso del proceso, aun cuando ningún interés haya demostrado en este sentido, quizás porque no encuentra viable lo solicitado, la consecuencia o el efecto inmediato del incumplimiento de la exigencia del artículo 6° del C.de P. L. sea la nulidad de todo lo actuado. Ello resulta sumamente inconveniente, no sólo para las partes, sino para la propia administración de justicia, toda vez que luego de todo un derroche de jurisdicción, tiempo y gastos no se logró resolver de manera rápida y eficaz el conflicto."*

*En este asunto, ni el juez detectó al momento de revisar la demanda la falta de la reclamación, ni el interesado la propuso como excepción, pues si bien presentó la de "falta de competencia", la sustentó en aspectos completamente diversos, razón por la cual, se le informa al fallador, en casos como el presente esa omisión de ambos, suya y del municipio quedó saneada.*

*Sin embargo, se itera, como el tema que se resuelve es previo, con miras a salvaguardar los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y doble instancia consagrados en la Constitución, se abstendrá la Sala de dar trámite el recurso de apelación, declarando la nulidad de lo actuado a partir de la admisión de la demanda y se ordenará la devolución del expediente al juzgado de origen a fin de que se disponga la vinculación de los consorciado y no del consorcio como sujeto demandado tal como se señaló en precedencia.*

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Buga,

**RESUELVE**

**PRIMERO: ABSTENERSE** de dar trámite al recurso de apelación interpuesto contra la **Sentencia No. 59 del trece (13) de junio del año dos mil dieciocho (2018)**

**SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD** de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, con el fin de que se disponga la vinculación de los consorciado y no del consorcio como sujetos demandados, conforme lo indicado en la parte motiva.

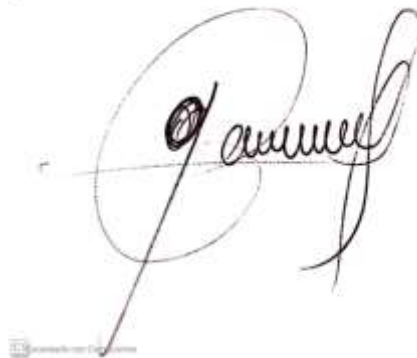
**TERCERO:** En firme la presente providencia devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase

**Las Magistradas,**



**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**Ponente**



**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**



**MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR**

**Firmado Por:**

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**Despacho 001 De La Sala Laboral Del 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:*

**368d27f5c2e0de1b62c29b729d6e219ae842388e17b8f757f70c6ce0b708e605**

*Documento generado en 15/09/2020 07:53:51 p.m.*



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

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** JHON GILBERT RUIZ TENORIO  
**DEMANDADO:** ESPECIALISTAS EN REPARACIÓN, MONTAJES INDUSTRIALES Y DE CALDERAS S.A.S (ESREMCAL S.A.S)  
**RADICACIÓN:** 76-520-31-05-001-2016-00378-01

Guadalajara de Buga, Valle, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020),

Conforme lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del presente año, la Sala Segunda de Decisión Laboral, procede a revisar en forma escrita y previo traslado para alegaciones finales, **el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia No. 129 del veintitrés (23) de noviembre del año dos mil dieciocho (2018)**, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Palmira, Valle, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Dentro del término concedido a las partes para presentar alegatos, solamente la accionada, por intermedio de apoderado judicial, presentó escrito, solicita que se absuelva a su procurada de las pretensiones de la demanda, reitera que la relación que mantuvo con el señor Ruiz Tenorio, estuvo regida por varios contratos suscritos por el término de duración de la obra o labor contratada, en forma consensuada con el trabajador y que además fueron debidamente liquidados; indica que la modalidad contractual se aplica dada la labor que esa entidad realiza que tampoco es continua sino que depende de los requerimientos de los clientes; propone nuevamente la excepción de prescripción.

El demandante guardó silencio.

Teniendo en cuenta que no quedan trámites pendientes por evacuar, se procede en consecuencia a proferir la,

**SENTENCIA No. 163**

**Discutida y aprobada mediante Acta No. 35**

**1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL.**

JHON GILBERT RUIZ TENORIO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad ESPECIALISTAS EN REPARACIÓN, MONTAJES INDUSTRIALES Y DE CALDERAS S.A.S de aquí en adelante -ESREMCAL S.A.S- con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo que se extendió entre el 1 de julio de 2010 y finalizó el 4 de julio de 2013 por despido unilateral e injusto; pide en consecuencia se condene a pagar lo relativo a la indemnización por despido injusto, prestaciones sociales, vacaciones, la sanción moratoria (Art. 65 CST), lo que extra y ultra petita resulte probado y las costas procesales.

Los hechos relevantes en los cuales se sustentaron tales pretensiones fueron los siguientes, que el demandante estuvo vinculado a favor de la demandada desde el 9 de abril de 2009 y hasta el 4 de septiembre de 2013; que durante ese tiempo suscribió 2 contratos laborales a termino fijo el primero entre el 9 de abril de 2009 y hasta el 1 de julio de 2010, el segundo se suscribió el 1 de julio de 2010 por el término de un año y fue renovado en 3 ocasiones; que la

última prorroga debía transcurrir hasta el 1 de julio de 2014, sin embargo el 4 de septiembre de 2013 se le comunicó la terminación del contrato, que al momento de la liquidación no se le canceló correctamente la indemnización por despido injusto, toda vez que se le pagaron 57 días de indemnización cuando lo correcto era que se le pagaran 297 días.

Mediante Auto No. 1049 del 14 de octubre de 2016, el juzgado admitió la demanda y dispuso correr el traslado de rigor al demandado (fol. 35)

Debidamente notificada, la sociedad demandada presentó contestación, (Fol. 153 y ss.) mediante la cual negó los hechos, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones que denominó: "Pago", "cobro de lo no debido y enriquecimiento sin causa" "prescripción extintiva".

Mediante auto 116 del 7 de febrero de 2017 se admitió la contestación de la demanda y se fijó fecha para la celebración de la audiencia de conciliación.

Dentro de la fijación del litigio la parte demandante pidió que en estudio conjunto de hechos y pretensiones y estudiando la demandada como un todo, el debate girara en torno a la declaratoria de existencia del contrato desde la fecha 9 de abril de 2009 y no como se dijo en el acápite de pretensiones, situación que fue admitida por el juzgado.

Surtido en legal forma el trámite procesal de primera instancia, mediante Sentencia **No. 129 del veintitrés (23) de noviembre del año dos mil dieciocho (2018)**, el Juzgado Laboral del Circuito de Palmira resolvió negar las pretensiones de la demanda.

## **2. MOTIVACIONES**

### **2.1 FUNDAMENTOS DEL FALLO APELADO**

Como fundamento de su decisión, el juez de primera instancia inició por resumir los antecedentes, seguidamente planteó el problema jurídico a resolver y a continuación procedió al estudio del asunto partiendo por anunciar que el fallo sería absolutorio; seguidamente al estudiar lo relativo a la existencia del contrato de trabajo resaltó de manera especial que conforme lo dicho en la demanda se pide solo lo relativo al interregno comprendido entre el 1 de julio de 2010 al 4 de septiembre de 2013 y por tanto se limitó a ello; señaló que el demandante estuvo vinculado por medio de un contrato a término fijo de 10 meses y tras hacer las cuentas de las prórrogas legales de ese contrato señaló que la finalización de dicho contrato sería el 31 de octubre de 2013, pero que con una anticipación de 57 días, la demandada decidió finalizar el contrato, esto es desde el 4 de septiembre de 2013; seguidamente señaló que quedó probado que la demandada pagó lo relativo a la indemnización por ese tiempo.

Concluyó el juez que no le asiste razón al demandante por cuanto no habría lugar al pago de una indemnización por el término de 297 días, sino de 57 como efectivamente fue cancelado.

Respecto a las prestaciones sociales e indemnizaciones, señaló que no hay lugar a su pago, porque se demostró que todas las prestaciones fueron debidamente pagadas y precisamente por lo mismo imposible se torna imponer sanción o indemnización alguna; absolvió de las pretensiones e impuso costas a cargo de la parte accionante.

### **2.2. MOTIVACIONES DE LA APELACIÓN**

El vocero de la parte demandante apeló la decisión; señaló que el argumento es el mismo que generó la demanda y es el contrato realidad que debe prevalecer en estos casos, donde debe imponerse la realidad sobre la forma y es que mediante unos contratos corticos y sucesivos se estaba escondiendo el verdadero contrato a término indefinido, que es un principio rector reconocido a nivel internacional.

### **3. CONSIDERACIONES**

#### **3.1. Cuestión preliminar**

*Revisado en su totalidad el asunto de la referencia, observa esta colegiatura un asunto que reporta capital importancia; dispone el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, que en los casos en que la providencia se emita en audiencia, el recurso de apelación debe ser propuesto y sustentando en este mismo acto, atendiendo además lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 2 de 1984.*

*En esa sustentación, resulta indispensable, que el apelante señale, de manera clara, precisa y suficiente, las razones de su inconformidad, indicando con argumentos, qué apartes de la decisión emitida deben ser revocados, o si es la totalidad de la misma; dicho argumento debe ir igualmente acompasado a lo pretendido en la demanda.*

*Ese ejercicio argumentativo implica rebatir las bases de la providencia apelada, mediante un verdadero discurso que cuestione los elementos fundamentales de la decisión y le brinde al superior elementos de juicio para tomar una decisión contraria, teniendo en cuenta la consonancia establecida en el artículo 66 A del CPTSS;*

*El tema fue abordado ya por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL2764 del 22 de febrero de 2017, radicación 47692 con ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que se indicó:*

*“[...] al tenor de lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el principio de consonancia consiste en que, entre la sentencia de segunda instancia y el objeto del recurso de alzada, debe existir plena correspondencia, lo que significa que, en principio, al juzgador le está vedado apartarse de las materias que le propone el recurrente.*

*Por ello, el impugnante está igualmente obligado, entre otros deberes procesales, a formular su recurso con la indicación precisa de las materias que le objeta a la decisión del juez de primer grado, porque de no ser así, se asume que está de acuerdo con lo que deja libre de ataque. Es de esperarse, desde luego, que el ejercicio de ese derecho de defensa se asuma con el rigor de explicarle al superior cuáles son los fundamentos del disenso, a través de una argumentación jurídica y/o fáctica, según corresponda, coherente y suficiente para la resolución del asunto.”*

*Agregando:*

*“Ahora, si bien la Sala ha estimado en diferentes proveídos que la sola mención de la temática en el recurso de alzada, resulta suficiente para que el juez de segunda instancia quede investido de competencia para la resolución del conflicto, ello ha sido así cuando el planteamiento, además de la breve alusión, es coherente y «no tiene propósito distinto al de derribar esa decisión» (SL CSJ 1705- 2017, Rad. 48696 de 2017).”*

*En el subjudice, el apoderado judicial de la demandante, una vez proferida la decisión de primera instancia manifestó palabras más palabras menos: que el argumento de la alzada es el mismo que generó la demanda y es el contrato realidad que debe prevalecer en estos casos, donde debe imponerse la realidad sobre la forma y es que mediante unos contratos corticos y sucesivos se estaba escondiendo el verdadero contrato a término indefinido, que es un principio rector reconocido a nivel internacional.*

*Retomando lo señalado en los antecedentes, recuerda esta colegiatura que lo pretendido por la parte actora en su demanda y posterior aclaración en la etapa de fijación del litigio, es la declaratoria de existencia de 2 contratos a término fijo, el primero entre el 9 de abril de 2009 y hasta el 1 de julio de 2010, el segundo por el término de un año que se suscribió el 1 de julio de 2010 y que finalizó el 4 de septiembre de 2013.*

*Así las cosas, el recurso de apelación presentado, nada tiene que ver con las pretensiones originales de la demanda y en realidad no existe un argumento claro, preciso y ajustado a lo pretendido que permita abordar el análisis del mismo y que habilite competencia a esta colegiatura en aplicación de lo ordenado en el Art. 66 atrás mencionado.*

Sin embargo, teniendo en cuenta que la decisión fue completamente adversa a las pretensiones de la activa, el asunto será conocido en consulta y, así las cosas, se verificará si el fallo de primera instancia se encuentra ajustado a la constitución, la jurisprudencia y la ley

### **3.2. PROBLEMA JURIDICO**

Como ya se indicó, el interrogante que debe ser resuelto en este asunto, radica en determinar, si la decisión que por vía de consulta se revisa, fue acertada o no.

### **3.3. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES Y CASO CONCRETO**

El canon 281 del C.G.P., al cual es posible acudir, por la remisión analógica prevista en el artículo 145 del CPTSS, establece que “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.”

Al respecto en la Sentencia SL1910-2019 de fecha 22/05/2019 radicación 73092 Magistrada ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, precisó ciertos conceptos generales del derecho y así se expresó:

*“En lo que jurídicamente concierne al principio de congruencia, la Sala reitera las reflexiones esbozadas en la sentencia CSJ SL2808-2018, que resolvió similar acusación a la acá ventilada. En dicha oportunidad se precisó el alcance y aplicabilidad de dicho principio, en los siguientes términos:*

*Dicho de otro modo, en atención al precepto legal en el que se sustenta la acusación, la sentencia debe estar acorde con las pretensiones de la demandada y con las excepciones que se plantean; empero, ello no obsta para que el juez, eventualmente, pueda interpretar la demanda, es más, constituye su deber dado que está en la obligación de referirse «a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales» (art. 55, L. 270/1996), de manera que su decisión involucre las peticiones del escrito inicial en armonía con los hechos que le sirven de fundamento. (...)*

*Las anteriores disquisiciones hacen referencia a la denominada congruencia externa, según la cual se reitera toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia.”*

*Por manera que ha de ser el juez muy acucioso respecto a lo que le están solicitando, a efectos de resolverlo con claridad y precisión, recordando claro está, que conforme lo establecido en el artículo 50 de la última de las normas en mención, el juez de primera o única instancia, en materia laboral, tiene facultades para fallar por fuera (extra petita) o más allá (ultra) de lo pedido.*

*Sin embargo, esa garantía de fallar fuera de lo pedido está establecida exclusivamente para juez de primera instancia, extendida también al de única instancia como lo expresó la Corte Constitucional en sentencia C 662-98, pero está vedada al juez de segunda instancia. Así lo enseñó la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia SL-8716 (38010), jul. 2/14, M. P. Rigoberto Echeverri Bueno*

*“Efectivamente, como lo reclama la censura, el Tribunal ordenó la indexación de las sumas que fueron objeto de condena, a partir de la fecha en la que ocurrió el despido y hasta el momento en el que se hiciera el pago efectivo de las mismas, «...de manera oficiosa, con el propósito de lograr el equilibrio económico de la condena...» También resulta evidente que dicha pretensión no fue incluida dentro de la demanda, ni adicionada en la primera audiencia de trámite o considerada por el juzgador de primer grado, por virtud de las facultades ultra y extra petita.*

Por lo mismo, el Tribunal incurrió en la infracción del artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, pues dicha norma no lo autorizaba para ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos en la demanda, por lo que, al ordenar el pago indexado de las condenas, actuó sin competencia funcional.”

Para contextualizar, la razón por la cual se pusieron de presente las anteriores precisiones, es justamente porque se percata esta colegiatura que el juez de primera instancia, pese haber fijado como parte del litigio el verificar la existencia de la relación desde el mes de abril de 2009, al momento de dictar su sentencia, se limitó exclusivamente a lo expuesto en la demanda, esto es a la existencia de la relación a partir del 1 de julio de 2010. Así las cosas, y teniendo en cuenta que fueron las partes las que fijaron el litigio en el momento procesal oportuno, es menester para esta sala entrar a resolver sobre lo pedido.

Pues bien, se ha indicado en repetidas oportunidades a lo largo de esta providencia que lo pretendido por la parte actora con su demanda (que fue esclarecido en la etapa de fijación del litigio) es la declaratoria de existencia de dos contratos a término fijo, el primero del que no indicó el plazo, entre el 9 de abril de 2009 y hasta el 1 de julio de 2010, el segundo a término fijo de un año que se suscribió el 1 de julio de 2010 y que finalizó el 4 de septiembre de 2013. Entre tanto la demandada aseguró que en realidad el demandante para el año 2009 y primer semestre de 2010 tuvo varios contratos por obra o labor determinada y que el primero de ellos tuvo su génesis el 9 de abril de 2009 y aseguró además que el contrato a término fijo no fue de un año sino inferior a este, lo fue por 10 meses.

El Art. 45 del C.S.T., estipula lo siguiente: “El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio”.

Respecto a los contratos de trabajo suscrito por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, en sentencia del 27/06/2018 Rad. 69175 (SL2600-2018) se pronunció la SCL de la CSJ con ponencia de la Mag. Clara Cecilia Dueñas Quevedo; así

“La Corte coincide con el casacionista en que frente al tiempo de duración del contrato de trabajo por obra o labor contratada debe existir un acuerdo de voluntades, pues a falta de tal estipulación se debe entender para todos los efectos legales que el vínculo fue celebrado a tiempo indeterminado.

(...)

En efecto, el numeral 1° del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo prevé:

1o) El contrato de trabajo no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra, o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido.

Hay que subrayar, desde luego, que la obra o labor contratada debe ser un aspecto claro, bien delimitado e identificado en el convenio, o que incontestablemente se desprenda de «la naturaleza de la labor contratada», pues de lo contrario el vínculo se entenderá comprendido en la modalidad residual a término indefinido. En otras palabras, ante la ausencia de claridad frente a la obra o labor contratada, el contrato laboral se entiende suscrito a tiempo indeterminado.”

Entre tanto el Art. 46 *ibidem* establece: “El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.”

(...) No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) periodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.



*Así las cosas, para poder definir las modalidades contractuales que se surtieron en el asunto, se hace necesario acudir a las pruebas que reposan en el legajo. El demandante, por su parte allegó los certificados que reposan a folios 6 a 9, en los que la demandada certifica que el demandante laboró a su servicio “desde el 9 de abril de 2009, donde su ultimo contrato estuvo a partir del 1 de julio de 2010, hasta el 4 de septiembre de 2013. Donde su contrato fue a término fijo inferior a un año”*

*No allegó el demandante ninguna otra prueba que permita el esclarecimiento de los hechos, por tanto se debe acudir a la que aportó la demandada; así las cosas, encuentra esta corporación a folio 40 el contrato de trabajo a termino fijo inferior a un año suscrito entre los contendientes, en el que se evidencia lo dicho por el demandado, esto es que el mismo fue suscrito a un término de diez (10 meses) con fecha de inicio el 10 de julio de 2010, de igual forma a folio 41 se aprecia un contrato de trabajo por la duración de una obra o labor determinada fechado 9 de abril de 2009 y en el que se especificó como labor: mantenimiento y reparación de equipos por los días 09, 10, 12, 19 y 26 de abril de 2009; del folio 44 al 146 se aprecian las liquidaciones de nómina del contrato de trabajo a término fijo y del 147 al 149 la liquidación final del contrato con su respectiva indemnización.*

*De folio 162 a 254, reposan documentos introducidos al proceso por la testigo Nathaly Solanyi Gómez, estos son las planillas de pagos a seguridad social y nominas correspondientes a los periodos laborados presuntamente por contratos de obra en el año 2009 así: 5 días de abril, 7 días de mayo; 24 días en junio; 30 días en julio, 30 días en agosto, 30 días en septiembre; 30 días en octubre, 30 días en noviembre; 28 días en diciembre; en 2010: 28 días de enero, 30 días febrero (cotizados según planilla y nómina); 24 días marzo; 27 días abril, 27 días mayo y 30 días en junio.*

*Ahora bien, de folio 262 a 373 reposa prueba obtenida de manera oficiosa por el despacho, en la que se evidencian las ordenes de trabajo o servicio bajo las cuales laboraba el señor Ruiz Tenorio en el interregno abril 2009 a junio 2010. Pues bien, de estos últimos documentos concatenados con los aportados por la testigo, dejan entrever el señor John Gilbert si bien no laboró de manera ininterrumpida desde el mes de abril de 2009, si fue así desde el mes de junio de 2009, pues esa documental lo demuestra.*

*Adicional a lo anterior, a folio 376 se aprecia contrato de trabajo de obra o labor con fecha de inicio 2 de mayo, en el que se especificó como labor: reparación y mantenimiento de máquinas y herramientas en la obra del ingenio la cabaña por los días del mes de mayo que allí se relacionan, sin superar el día 29 de ese mes; finalmente se aprecia el contrato de folio 378 que también lo es por obra o labor determinada en reparación de maquinas y herramientas del 1 al 30 de junio de 2010.*

*Se recaudaron también los interrogatorios de las partes y el testimonio de la antes mencionada señora Nathaly Solanyi Gómez:*

**Interrogatorio parte Rep. Legal demandada Milton Antonio Vega (min 22:00 audio 1)**

*Indicó que es representante de la entidad desde el año 2013, que la empresa se encarga como dice su nombre a la reparación, montajes, fundición de hierros, entre otros; que los trabajadores han venido en aumento y los contratos que se manejan son distintos unos son eventuales y otros de planta, algunos por obra o labor y otros mediante contratos a término fijo inferior a un año y otros a un año; señaló que el señor demandante estuvo vinculado mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año esto es de 10 meses; respecto a la vinculación en el año 2009 indicó que tuvo un contrato de obra o labor determinada y se desarrolló hasta cuando se finalizó esa labor que desempeñaba y en el contrato se especificó los días en que laboró; indicó que el señor Gilbert laboró otros periodos bajo la misma modalidad de obra o labor determinado pero no recuerda que periodos fue pero que los contratos deben existir; indicó que se le terminó el contrato el 4 de septiembre de 2013 y fue ese mismo día que se le informó sobre su terminación; indicó que el señor demandante no laboró de manera ininterrumpida para la empresa y que en el certificado que se expidió se indicó que labora desde abril de 2009, porque es práctica de la empresa relacionar en los certificados la primera fecha en la que de alguna manera el trabajador inició labores, pero el señor vino trabajando el primer periodo de manera interrumpida, y ya fue*

continuo desde la suscripción del contrato a término fijo, remató indicando que en el certificado no se enuncia que la labor haya sido continua. Y reitera que no puede recordar en que interregnos laboró antes de julio de 2010

**John Gilbert Ruiz Tenorio (min 50: 15 audio 1)**

Se le ponen de presente los documentos de folios 40 en adelante y señaló que las que están estampadas en los documentos sí son suyas, indicó que en el año 2012 presentó renuncia y no lo dejaron ir, que no cree que su contrato fuera de 10 meses y añadió lo arduo que fue su trabajo y las horas extras que debió laborar; indicó que toda su labor fue continua desde abril de 2009 presentó comprobantes de pago de los interregnos 16 abril 2009 a 30 abril 2009 y del 15 abril 2010 a 30 abril del mismo año, indicó que nunca informó que podía pasar en caso de no pagos de salarios u horas extra y señaló no conocer el Reglamento interno del trabajo, señaló que estuvo afiliado por cuenta de ESREMCAL a seguridad social y cree que fue de manera ininterrumpida; indicó que conforme a la documentación que aportó le pagaron cesantías intereses primas y vacaciones por el mes de abril de 2009 porque así eran las cosas en la empresa.

**NATALY SOLANYI GOMEZ (min 1:15:25 audio 1)**

Labora para la sociedad demandada; y ha estado en diferentes cargos; manifestó haber conocido al señor Tenorio desde el año 2009 en abril cuando ingresó a la compañía para desenvolverse en el oficio de “eléctrico”, que la vinculación fue mediante contrato de obra o labor porque solo se necesitaba por algunos días cree que fueron 7 días; que posteriormente tuvo otros contratos de obra o labor y finalmente mediante un contrato a término fijo que inició el 1 de julio de 2010; explicó que a veces se vincula a los trabajadores por contratos de obra o labor porque la empresa consigue contratos con ingenios por obras específicas que duran 7 días más o menos; que reposan otros contratos de obra o labor, pero los mismos están en un archivo externo, allegó las constancias de pago de esos contratos enunciando o enlistando lo siguiente para el año 2009 así: 5 días de abril, de mayo hubo una prestación de servicios de 7 días; en junio laboró 24 días; en julio laboró 30 días, agosto 30 días, septiembre 30 días; octubre 30 días, noviembre 30 días; diciembre 28 días, en 2010: 28 días de enero, febrero 28 días; marzo 24 días; abril 27 días, mayo 27 días, junio 30 días; aseguró que para cada uno de esos periodos se hizo un contrato de obra o labor, aseguró que unas veces arrancaba con una obra en Pichichí y al otro día otro ingenio tenía una necesidad, entonces continuaba en ella por medio de otro contrato de obra, señaló que la finalización del contrato a término fijo del demandante obedeció a que ya no se necesitaba el eléctrico de planta, que había varios aprendices entre otros motivos; señaló que los certificados se expiden atendiendo la petición de los trabajadores indicando cuál es la fecha del primer contrato que tuvo con la sociedad sin entrar en el detalle de cuantos contratos ha tenido y aseguró que ese es el modelo que se manejaba. Señaló que según su entendimiento se llama trabajador eventual al que no cumple como tal un contrato fijo, sino que asiste es por los contratos con terceros por ejemplo los ingenios y que en esos meses que el señor laboró pues según lo que se ve fueron muy seguidos, pero por ejemplo en este año no hubo casi labor; aseguró que la labor se controlaba con una orden de trabajo o labor y en el año 2009 se relacionaba a mano el registro o llamado a lista de los trabajadores de obra

Pues bien, de todo lo adosado al plenario, advierte esta colegiatura que, en realidad en el presente asunto, no se configuró al inicio de la relación un contrato a término fijo como lo reclamó la parte demandante, y se dice lo anterior habida cuenta que la parte demandada logró demostrar que se verificaron unos contratos de obra o labor determinada; esto al menos por alguno de los interregnos y por los demás, si bien no es totalmente identificable la obra o labor determinada, esto daría para declarar la existencia de un contrato a término indefinido (lo que fue alegado en la apelación pero que en realidad no fue reclamado en el plenario) y no uno a término fijo.

Así las cosas en este asunto lo que quedó demostrado es que la parte demanda al inicio de la relación extendió diferentes contratos de obra, y otros que no eran realmente tales, pero que desde el 1 de julio de 2010 con el consentimiento libre del demandante (pues no quedó demostrado lo contrario) cambió la modalidad contractual y “formalizó” si así se le puede decir el contrato con el demandante, situación que se consolidó a través de un contrato a término fijo de diez meses, en el que se respetaron todos los derechos laborales y garantías del trabajador como se ve en la prueba allegada; y ese cambio de modalidad en vez de perjudicar al trabajador, lo que vino a hacer fue mejorar sus condiciones anteriores y no es dable entonces presumir que este contrato no está revestido de legalidad.

*Respecto a esa figura del cambio de modalidad contractual la Sala De Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL814-2018, Rad. 30846 expresó:*

*“Sin embargo, como ya se anotó en sede de casación, la Sala también ha sido cuidadosa en advertir que las formas jurídicas previstas por el legislador no pueden ser indebidamente utilizadas por el empleador para propósitos, como el de eludir las garantías mínimas legales establecidas a favor de los trabajadores. En ese sentido, ha precisado que, a pesar de las convenciones expresamente suscritas por las partes, es deber del juez examinar si, en la materialidad, existió unicidad en el contrato de trabajo, para de allí extraer todas sus consecuencias. En la sentencia CSJ SL806-2013 se dijo al respecto:*

*“La jurisprudencia de esta Sala tiene enseñado que, en casos de la firma de varios contratos de trabajo sucesivos entre las mismas partes, los jueces deben ser muy cautelosos en el examen de las pruebas para establecer la unidad de la relación laboral, ya que es bien conocido que, no pocas veces, las empresas han adoptado estas prácticas llevadas por el ánimo de restar antigüedad en el servicio del trabajador, bien para favorecerse en la liquidación de las cesantías o para beneficiarse al momento de ejercer la potestad de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo. Ilustra rememorar lo dicho por esta Sala al respecto en la sentencia 37435 del 15 de marzo de 2011.*

*“No desconoce la Corte que ciertamente la terminación de un contrato de trabajo, sin causa aparente, y la suscripción de otro a los pocos días, en las mismas condiciones del anterior, debe ser analizada con cautela y detenimiento por los jueces, pues las reglas de la experiencia enseñan que ese tipo de situaciones, por lo general, tienen un oculto ánimo defraudatorio de los derechos del trabajador.*

*Si el ad quem hubiese seguido el derrotero ya trazado de tiempo atrás por la jurisprudencia de cara al tema, una lectura juiciosa de las mencionadas pruebas le habría bastado para darse cuenta que la relación laboral que existió entre las partes no tuvo ni un día de interrupción; que la renuncia y su aceptación, en agosto de 1994, fueron aparentes, pues dada la evidente continuidad de la prestación del servicio por el trabajador en el mismo cargo, y al haberse firmado, en la segunda oportunidad, contrato a término indefinido al igual que al inicio, se descarta, sin duda, un ánimo real de las partes, en ese entonces, de ponerle fin a la relación laboral a finales de agosto de 1994. Apreciación que se corrobora con las constancias de trabajo expedidas por la propia fundación, obrantes a folios 37 a 39, que, si bien fueron mencionadas por el ad quem, este ignoró abiertamente las manifestaciones del ex empleador, siempre uniformes, de que el actor se desempeñó en dicha institución, en el cargo de contador y asistente administrativo, desde el 1º de julio de 1985 hasta la fecha de su expedición. Tales certificaciones fueron expedidas el 22 de junio de 1995, 1º de octubre de 1996, 26 de febrero de 1998, es decir, después de la firma del segundo contrato.*

*Así las cosas, salta a la vista que el ad quem cometió un desacierto mayúsculo al decir que entre las partes existieron “dos contratos laborales distintos”, en el sentido de que hubo dos relaciones laborales, pues las pruebas señaladas por el recurrente indican, por el contrario, la unicidad de la relación laboral entre las partes.*

*Ha sostenido también la Sala, en esa dirección, que:*

*La libertad de elección de entre las modalidades de duración del contrato, de cambiar la que venía rigiendo el vínculo laboral, la inicial o las subsiguientes, no puede servir de mecanismo para vulnerar derechos de los trabajadores... como cuando las contrataciones sucesivas sin interrupción tienen por finalidad no conceder el tiempo de descanso efectivo por vacaciones, o se procura cambiar drásticamente las condiciones de liquidación de la indemnización por despido. CSJ SL, 1 dic. 2009, rad. 35902.*

*Por ello, en conclusión, si bien las partes gozan de autonomía para suscribir contratos de trabajo a término fijo, así como para variar las condiciones de su vínculo laboral, en desarrollo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y de irrenunciabilidad de derechos laborales, esa novación de las condiciones del contrato de trabajo solo resulta válida si se corresponde con la realidad, es decir, si se identifica con un cambio real en el objeto del contrato o en sus condiciones y no se queda en el plano meramente formal, de manera que sirve como mera estratagema para eliminar garantías especiales para el trabajador.*

*Con todo lo anterior queda claro entonces que el contrato que se suscribió a término fijo inferior a un año es completamente válido y que al ser el mismo pactado a un plazo de 10 meses su tercera prórroga finalizaba el 31 de octubre de 2013 y por tanto la indemnización que le fue cancelada al actor fue la correcta.*

*Con todo lo dicho no queda otro camino que confirmar la decisión adoptada por el a quo, pero conforme a las consideraciones que aquí fueron expuestas.*

#### **4. COSTAS**

*Teniendo en cuenta que el asunto se conoció en consulta no hay lugar a imponer condena en costas*

#### **5. DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia, identificada con el **No. 129 del veintitrés (23) de noviembre del año dos mil dieciocho (2018)**, proferida por el **Juzgado Laboral del Circuito de Palmira, Valle**, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JHON GILBERT RUIZ TENORIO** contra **ESPECIALISTAS EN REPARACIÓN, MONTAJES INDUSTRIALES Y DE CALDERAS S.A.S (ESREMCAL S.A.S)**, conforme lo expuesto en la parte motiva

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia por lo expuesto.

**TERCERO: DEVUÉLVASE** la actuación al juzgado de origen, una vez en firme la presente sentencia.

**Notifíquese y cúmplase**

*Las Magistradas,*



**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**Ponente**



**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**



**MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR**

**Firmado Por:**

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE  
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL  
Despacho 001 De La Sala Laboral Del 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:*

**079e6d3246dc373632d5200d0f4ab8e4591d67fb679b31485f92a0e51c67c026**

*Documento generado en 15/09/2020 05:41:22 p.m.*



RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO: ORDINARIO LABORAL  
GRUPO: CONSULTA DE SENTENCIA  
DEMANDANTE: DIANA JILENY CUNDUMI SINISTERRA  
DEMANDADO: HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA ESE  
RADICADOS: 76-109-31-05-001-2017-00116-01

Guadalajara de Buga, Valle, dieciséis (16) de dos mil veinte (2020).

Conforme lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del presente año, la Sala Segunda de Decisión Laboral, procede a resolver en forma escrita y previo traslado para alegaciones finales, **el grado jurisdiccional de consulta sobre la Sentencia No. 8 del trece (13) de febrero del año dos mil diecinueve (2019)**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, Valle**, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Dentro del término concedido a las partes para presentar alegatos (auto 409 del 11 de agosto de 2020), las mismas guardaron silencio.

Teniendo en cuenta que no quedan trámites pendientes por evacuar, se procede a proferir la,

**Sentencia No. 177**  
**Discutida y aprobada mediante Acta No. 35**

### **1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL**

Pretende la demandante que se reconozca a su favor el pago de la indemnización moratoria contenida en el Art. 65 del CST por no habersele cancelado a la terminación del contrato a término fijo las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral, las cuales se cancelaron 7 meses después de finalizada la relación; pide igualmente la indexación de las sumas pagadas tardíamente y las costas procesales. Subsidiariamente solicita que se reconozcan idénticas pretensiones, pero teniendo en cuenta los 60 días de gracia que tienen las entidades públicas para efectuar el pago.

Como sustento de su petición, indicó la demandante que el 5 de enero de 2015 suscribió contrato de trabajo a término fijo con la ESE demandada para desempeñar el cargo de médico general; que la relación se sostuvo por espacio de 5 meses y 25 días finalizando el 30 de julio de 2015 por decisión de la demandada de no renovación del contrato; que las prestaciones sociales derivadas del contrato debían cancelarse a la finalización del contrato, sin embargo fueron pagadas el día 26 de enero de 2016.

La demanda así presentada fue admitida mediante providencia del 11 de agosto de 2017, fl. 47; una vez notificada a HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA ESE (y a las demás entidades que por ley deben ser enteradas de la existencia del proceso), la entidad se pronunció por intermedio de apoderado judicial admitiendo unos hechos y negando los demás; se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepción previa la de FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA; de fondo las que denominó: “COBRO DE LO NO DEBIDO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y LA GENERICA”

*En la audiencia de que trata el Art. 77 del CPT y la SS. Se impusieron las consecuencias procesales por la inasistencia del representante legal de la demandada, presumiéndose ciertos los hechos 5, 6, 8, 10 11, 12, resolvió la excepción previa declarándose no probada, decisión contra la cual se propuso apelación, misma que se resolvió confirmando la inicial.*

*Surtido en legal forma el trámite procesal de primera instancia, mediante **Sentencia No. 8 del trece (13) de febrero del año dos mil diecinueve (2019)** el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura resolvió declarar probada la excepción de cobro de lo no debido y absolvió a la demandada de la totalidad de pretensiones.*

## **2. MOTIVACIONES DEL FALLO CONSULTADO**

*Partió el juez por narrar los antecedentes, declaró reunidos los presupuestos procesales y dejó de lado los hechos aceptados; indicó que las normas base de su decisión son el Art 123 CP, Decreto 3135 de 1968 Decreto 1848 de 1969 Decreto 1058 de 1968; Ley 6 de 1945 y la Sentencia SL 19357 2003 y SL 1334-2018 63627 explicó las calidades de los servidores públicos y explicó la diferencia entre empleados públicos y trabajadores oficiales. Después de dejar clara esa diferencia, señaló que la demandante no ostentaba la calidad de trabajadora oficial, sino que su vinculación, en virtud de la ley, fue legal y reglamentaria y que la calidad que ostentaba era de empleada pública en atención a las labores desarrolladas y la entidad para la cual prestaba el servicio, como consecuencia señaló que no posible acceder a las pretensiones de la demanda.*

*Teniendo en cuenta que la decisión fue completamente desfavorable a los intereses de la demandante, se dispuso la consulta de la misma, en los términos del artículo 69 del CPTSS.*

## **3. CONSIDERACIONES**

### **3.1. PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER**

*El interrogante que debe ser resuelto en este asunto, radica en determinar, si la sentencia que por vía de consulta se revisa, está ajustada a la ley y a la interpretación que a la misma, le ha realizado la jurisprudencia laboral. En caso negativo, se revisará el derecho de la demandante.*

### **3.2. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES Y APLICACIÓN AL CASO CONCRETO**

*Para desatar la controversia y, con el fin de determinar si la demandante en verdad fue empleada pública, como determinó el juez de primera instancia en el fallo consultado es del caso acudir a la ley aplicable al caso y a los pronunciamientos jurisprudenciales.*

*El artículo 2º del CPTSS, modificado por el 2º de la Ley 712 de 2001, establece que la jurisdicción ordinaria laboral es competente para conocer de “los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo”.*

*El 104 de la Ley 1437 de 2011, dispone que La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer...” los procesos “relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público”*

*Quiere decir lo anterior, que cuando se está en presencia de una relación legal y reglamentaria, no puede hablarse de contrato de trabajo y en ese orden de ideas, la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social, no es la*

competente para resolver los conflictos de los servidores vinculados de esa manera, le corresponde a la justicia contenciosa administrativa su conocimiento.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha mantenido una posición, según la cual, la mera manifestación del demandante, relacionada con la existencia de un contrato de trabajo, determina la competencia en el juez laboral, como puede confirmarse con la lectura de la sentencia laboral 9315 de 2016, proferida el 29-06-2016, dentro del proceso radicado con el número 42575 y ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que se hace una recopilación de la posición que ha mantenido esa alta Corporación; ratificada posteriormente en la SL2603-2017, radicación 39743, Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena. El siguiente aparte, ilustra mejor el tema:

*“En efecto, la jurisprudencia tiene dicho que, para que el juez laboral asuma la competencia en un juicio contra una entidad de derecho público, al actor le basta afirmar la existencia del contrato de trabajo porque, de controvertirse esa afirmación, al juez le corresponde en la sentencia de fondo declarar si existió o no, y sólo en caso positivo puede reconocer los derechos que emanen de ese contrato.”*

*En lo que tiene que ver con la naturaleza del vínculo, es preciso acudir a la normatividad aplicable al caso, pues ha quedado debidamente decantado por la jurisprudencia, que no es el querer de las partes, el que determina la naturaleza de la relación, sino la misma Ley quien establece la estructura orgánica de las entidades públicas y establece la forma de vinculación de sus servidores.*

*Y en esa tarea, es el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud, el que establece la clasificación de empleos en las entidades públicas encargadas de su prestación, al señalar: “en las entidades territoriales o en sus entes descentralizados” son empleados de libre nombramiento y remoción, los secretarios de salud o director seccional o local del sistema de salud o quien haga sus veces, el director o representante legal de la entidad descentralizada y los empleos que correspondan a funciones de dirección. Esa misma norma agrega que todos los demás empleos son de carrera y; que **“Son trabajadores oficiales, quienes desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones” (Parágrafo).***

*La Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Laboral, desde hace ya un tiempo, ha venido desarrollando su posición frente al tema, en la sentencia laboral 1334 de 2018, con ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, señaló:*

*“No obstante, aun cuando el cargo es fundado la Sala no casará la sentencia por cuanto al instalarse en sede de instancia arribaría a la misma conclusión del juez de apelaciones, aunque por razones diferentes, pues aunque el juez de segundo grado le otorgó al demandante la calidad de trabajador oficial, lo cierto es que el último cargo que desempeñó -«conductor de ambulancia» (f.º 162)- no es de aquellos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales que son los que se catalogan como tal, conforme pasa a explicarse.”*

*Líneas abajo la Honorable Magistrada agrega:*

*“También ha explicado esta Corporación que, por regla general, las personas que laboran al servicio de las empresas sociales del Estado son empleadas públicas y, por tanto, ligadas por una relación legal y reglamentaria y por vía de excepción, son trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo, los servidores públicos que ejercen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, por lo que para merecer tal condición, es deber probar que las funciones estaban relacionadas con estas últimas actividades.*



**Así, se requiere efectuar un análisis probatorio que evidencie las funciones de quien predica ser trabajador oficial y proceder a otorgarle a las mismas una calificación jurídica dentro del marco de los conceptos de «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales», ello por vía de una relación directa, pues la ausencia de prueba en tal sentido conduce, irremediablemente, a que el servidor se catalogue como empleado público por regla general (CSJ SL18413-2017).”**

Procede luego la Alta Corporación a rememorar los criterios establecidos para determinar que se debe entender por mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales; frente a estos últimos, señala que en la sentencia CSJ SL, del 29 de junio de 2011, rad. No. 36668 (citada por el apelante), se expresó

*“Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa.”*

Descendiendo al caso concreto, y realizado el análisis probatorio encuentra esta Colegiatura, que desde la presentación de la demanda (hecho primero) la demandante relató que fue contratada para desarrollar el cargo de “Medico General”, sin proponer argumento alguno respecto a por qué debe considerarse trabajadora oficial; y si bien a folio 10 se evidencia documento denominado contrato a termino fijo No. G-RH-071-2015 por medio del cual se efectuó la contratación de la demandante, y a folio 13 reposa el <otro si 069> a través del cual se prorrogó el termino del contrato inicial; lo cierto es que independientemente del acuerdo de las partes la relación que los regía, dada la calidad de la entidad (ESE) y la actividad desplegada por la activa, indiscutiblemente lo era legal y reglamentaria dentro de la cual existe prestación personal de servicios, subordinación y remuneración

En esas condiciones, resulta obligado confirmar la decisión consultada, pues razón tuvo el juez de la causa en sus apreciaciones, como se evidencia en las razones expuestas en esta providencia.

#### **4. COSTAS**

Dado el conocimiento del proceso en consulta, la Sala se abstendrá de imponer condena por este concepto.

#### **5. DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia identificada con el **No. 8 del trece (13) de febrero del año dos mil diecinueve (2019)**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, Valle**, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **DIANA JILENY CUNDUMI SINISTERRA contra el HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA ESE** conforme lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

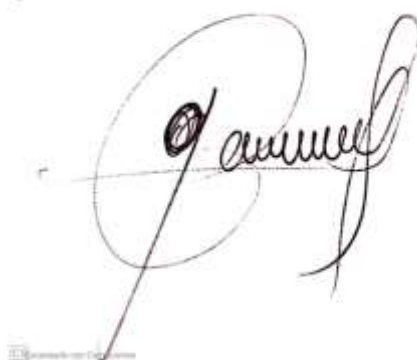
**TERCERO: DEVUÉLVASE** a su lugar de origen una vez en firme el presente proveído.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Las Magistradas,



**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**Ponente**



**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**



**MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR**

**Firmado Por:**

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**Despacho 001 De La Sala Laboral Del 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:  
**3147441e6d029539199276fcf751a090a5c85dfb45b06c3df6514dd73e757**  
**cdd**

*Documento generado en 16/09/2020 06:25:37 a.m.*



RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**GRUPO:** CONSULTA DE SENTENCIA  
**DEMANDANTE:** AUGUSTO MORENO GONZALEZ  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES  
**RADICACIÓN:** 76-520-31-05-002-2017-00147-01

Guadalajara de Buga, Valle, septiembre dieciséis (16) de dos mil veinte (2020).

Conforme lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del presente año, la Sala Segunda de Decisión Laboral, procede a resolver en forma escrita y previo traslado para alegaciones finales, **el grado jurisdiccional de consulta sobre la Sentencia No. 40 del veintiséis (26) de marzo del año dos mil diecinueve (2019)**, proferida por el **Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, Valle**, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

**Auto No. 447**

En los términos de los artículos 73 y ss. del CGP, que se aplica por remisión analógica en materia laboral, se acepta la sustitución de poder otorgada por el apoderado principal de Colpensiones en cabeza del doctor Héctor Andrés Lara Méndez, portador de la TP. No. 283.009, en los términos del memorial aportado y que se adjunta al expediente.

Decisión que se notifica en estados.

Ejecutoriado el auto que admitió el asunto en esta instancia, se corrió traslado para que las partes presentaran alegatos de conclusión; recibíendose escrito exclusivamente de la demandada, en el mismo se ratificó en los fundamentos de derechos expuestos en la contestación, aseguró que para que el demandante tuviera derecho al disfrute de su pensión a partir del 27 de julio de 2014 era necesario que acreditara el retiro efectivo del sistema lo que no ocurrió sino hasta el 30 de abril 2015 y por tanto solicitó la confirmación de la decisión.

Teniendo en cuenta que no quedan trámites pendientes por evacuar, se procede a proferir la

**Sentencia No. 166**

**Discutida y aprobada mediante Acta No. 35**

**1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL**

Pretende el demandante que se condene a COLPENSIONES, a reconocer y pagar a su favor el retroactivo pensional por vejez causado entre el 27 de julio de 2014 y el 30 de abril de 2015; los intereses moratorios causados sobre dicha prestación, y las costas que se causen en el proceso.

Se sustentan dichas peticiones, en que nació el 27 de julio de 1954, cumpliendo los 60 años de edad el 27 de julio de 2014; que el 11 de agosto de 2014, le solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, que la entidad mediante Resolución GNR 117296 del 25 de abril de 2015 le reconoció la prestación a partir del 1º de mayo de 2015; que la última cotización la efectuó el 1 de diciembre de 2014; que el demandante había cesado en

*el pago de las cotizaciones desde marzo de 2014, pero se vio obligado a cotizar nuevamente a partir de septiembre de ese mismo año porque necesitaba un sustento económico para sostener a su familia; que el 7 de marzo de 2017 se presentó reclamación administrativa sin que al momento de presentar la demanda Colpensiones hubiera resuelto la petición.*

*La demanda fue admitida, mediante providencia del 25 de mayo de 2017, fl. 33. Notificada en debida forma, la accionada se pronunció frente a los hechos, se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo “Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, Carencia del derecho por indebida interpretación normativa de quien reclama el derecho; Innominada y Prescripción.”*

*Surtido en legal forma el trámite procesal de única instancia, se profirió la sentencia que por vía de consulta se revisa, en la cual se absolvió a la entidad demandada de las pretensiones*

## **2. MOTIVACIONES DEL FALLO**

*Como fundamento de su decisión, el Juzgado partió por narrar los antecedentes; planteó los problemas jurídicos, consistentes en determinar el derecho del actor al retroactivo reclamado y a los intereses moratorios; en cuanto a lo primero, consideró que al haberse demostrado que la última cotización fue efectuada el día 30 de abril de 2015 indiscutiblemente la prestación debía ser reconocida desde el 1 de mayo de ese mismo año y así lo hizo la demandada, razón por la cual manifestó que el actuar de Colpensiones fue legal y correcto, motivo por el cual absolvió de ese pedimento y consecuentemente del accesorio (intereses)*

*Al ser la decisión totalmente adversa a las pretensiones del actor se dispuso que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta.*

## **3. CONSIDERACIONES**

### **3.1. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER**

*El problema jurídico en este asunto, reside en determinar, si la sentencia de primer grado se encuentra ajustada a derecho.*

### **3.2. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES**

- Artículos 33, 36 y 141 de la Ley 100 de 1993.
- Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 de ese mismo año, artículos 12 y 13.
- Artículo 4º de la Ley 700 de 2001.
- Acto Legislativo 01 de 2005.
- SL5603/2016

### **3.3. CASO CONCRETO**

*Contiene el artículo 36 de la ley 100 de 1993, el régimen de transición según el cual, las personas que cumplan los presupuestos contenidos en dicha norma, tienen derecho a que su pensión de vejez les sea reconocida con sustento en la norma anterior, que les sea más favorable; el demandante, en efecto, es beneficiario de dicho régimen y sobre ese tema no hay discusión, pues con sustento en el mismo y en el Acuerdo 049 de 1990 (normativa anterior aplicable), Colpensiones, expidió la Resolución GNR 117296 del 25 de abril de 2015, por medio de la cual le reconoció la pensión de vejez.*

*El Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 de ese mismo año, establece en sus artículos 12 y 13, los presupuestos para acceder a la pensión, el primero de ellos, dispone los requisitos de edad, 60 años cuando como en este caso se trata de un hombre y, 1000 semanas de cotización en toda la vida o 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.*

*El canon 13 de esa misma normativa establece la consolidación del derecho cuando se reúnan los dos presupuestos antes mencionados y su disfrute, una vez se produzca la desafiliación del sistema pensional.*

*Es de anotar, que el Acto Legislativo 01 de 2005, en su párrafo transitorio 4º, previó que el régimen de transición sólo se aplicaría hasta el 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la fecha de su entrada en vigencia, contaran con 750 semanas, a estas personas se les conservaría dicho régimen hasta el 31 de diciembre de 2014.*

*Finalmente, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003, dispone la obligación de los fondos administradores de pensiones, de reconocer y pagar la pensión, dentro de los cuatro meses siguientes a la reclamación presentada con la documentación necesaria para acreditar la existencia del derecho. En caso que no se cumpla dicho plazo, se deberán cancelar los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la primera de las normas citadas; recordando claro está, que la Ley 700 de 2001, en su artículo 4º, prevé un plazo de 2 meses adicionales, para la inclusión en nómina de pensionados, lo que en últimas, confiere a los fondos, como lo es el accionado en este asunto, un plazo de gracia de 6 meses, para reconocer y pagar la mencionada prestación.*

*Pues bien, como se indicó líneas arriba y lo señaló el a quo en su providencia, para el disfrute de la pensión de vejez, es preciso, además de tener consolidado el derecho; que se acredite la desafiliación del sistema, así lo disponen los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, que se aplican en la actualidad atendida la integración normativa consagrada en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993.*

*Esa desafiliación puede ser expresa o deducida de otras circunstancias, a manera de ejemplo, la presentación de la solicitud una vez cumplidos los precitados requisitos y en una fecha cercana a la fecha en que cesan los aportes para pensión.*

*En la sentencia SL5603/2016, radicación 47236 y ponencia de la Doctora Clara Cecilia Dueña Quevedo, reiteró la Corte:*

*“Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.*

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

*...*

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

*En el caso sub judice, el señor Augusto Moreno, presentó su solicitud el 11 de agosto de 2014, fecha para la cual, evidentemente, había reunido los presupuestos de edad y número de semanas para acceder a la pensión de vejez; sin embargo, pese a que desde el mes de marzo de esa misma anualidad había dejado de realizar cotizaciones para el sistema, reinició los pagos para el mes inmediatamente posterior, esto es para septiembre de 2014, como se extrae de los documentos que reposan a folio 14; pagos que fueron constantes hasta el mes de abril del siguiente año, situación que impidió que la entidad advirtiera las verdaderas intenciones del afiliado; en efecto la conducta no fue suficientemente clara como para que la demandada se viera en la tajante obligación de reconocer el derecho desde la fecha de su causación y por tanto procedió a hacerlo desde la fecha de la última cotización.*

Finalmente, frente al tema de los intereses moratorios, teniendo en cuenta que la pretensión principal de la que dependían dichos intereses fue desestimada se hace innecesario hacer análisis adicionales.

Se CONFIRMARÁ en consecuencia la sentencia consultada, por encontrarse ajustada a la ley y a la jurisprudencia que resultan aplicables.

#### **4. COSTAS**

Sin costas en esta instancia por cuanto el asunto devino en el grado jurisdiccional de consulta.

#### **5. DECISIÓN**

Sin más consideraciones, la Sala 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** en todas sus partes la **Sentencia No. 40 del veintiséis (26) de marzo del año dos mil diecinueve (2019)**, proferida por el **Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, Valle**, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **AUGUSTO MORENO GONZALEZ** contra **COLPENSIONES**, conforme las razones expuestas.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en la instancia.

**TERCERO: DEVUÉLVASE** a su lugar de origen una vez en firme el presente proveído.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

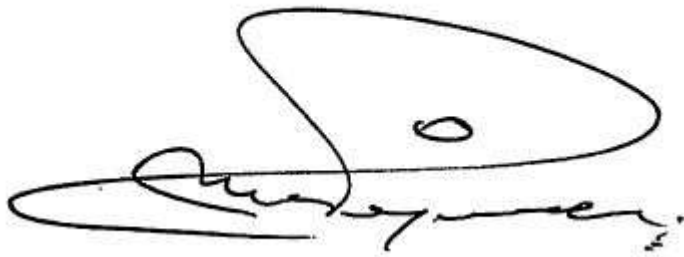
Las Magistradas,



**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**



**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**



**MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR**

**Firmado Por:**

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE  
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL  
Despacho 001 De La Sala Laboral Del 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:*

**68377060c0d6429b23a0ef134dcf7bf7d805d86aa5c292ad2e97f7cce846387c**

*Documento generado en 15/09/2020 05:45:15 p.m.*



RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

**REFERENCIA:** APELACION DE SENTENCIA  
**DEMANDANTE:** FILIBERTO MARÍN AGUIRRE  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES  
**RADICACIÓN:** 76-520-31-05-002-2018-00150-00

Guadalajara de Buga, Valle, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Conforme lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del presente año, la Sala Segunda de Decisión Laboral, procede a resolver en forma escrita y previo traslado para alegaciones finales, **el grado jurisdiccional de consulta sobre la Sentencia No. 70 del dieciséis (16) de mayo del año dos mil diecinueve (2019)**, proferida por el **Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, Valle**, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Dentro del término concedido a las partes para presentar alegatos, sólo la parte accionada se pronunció, insiste en que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, cita la norma correspondiente y solicita que se confirme la decisión de primera instancia.

La parte actora guardó silencio.

Teniendo en cuenta que no quedan trámites pendientes por evacuar, se procede a proferir la,

**Sentencia No. 167**  
**Discutida y aprobada mediante Acta No. 35**

## **1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL**

En demanda presentada el 13 de marzo de 2018, pretende el señor **FILIBERTO MARÍN AGUIRRE**, que se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a su favor, la pensión de vejez a que tiene derecho, a partir del 12 de marzo de 2012, conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del 12 de marzo de 2012; los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio, la indexación de las mesadas; lo que resulte probado con sustento en las facultades ultra y extra petita y a cancelar las costas del proceso.

Sostiene para así pedir, que nació el 17 de marzo de 1952, que contaba con 42 años de edad al 1º de abril de 1994, que cotizó en toda su vida laboral, desde el 02 de mayo de 1969 y hasta el 09 de septiembre de 2017, un total de 1.346.14 semanas; que el 12 de marzo de 2012 presentó ante COLPENSIONES la documentación necesaria para el reconocimiento de la pensión de vejez conforme las normas previamente citadas, recibiendo respuesta negativa con sustento en que no cumple con el número de semanas para ser beneficiario al régimen de transición y tampoco con los requisitos que exige la Ley 797 de 2003; que contra esa decisión presentó recursos, con resultado desfavorable, que el 20 de junio de 2014, el 6 de julio de 2017 y el 3 de noviembre de ese mismo año, presentó solicitud de corrección de historia laboral de los periodos comprendidos entre el 02 de mayo de 1969 hasta el 05 de septiembre de 1970



laborados para CIA AGRO HNOS LTDA; finalmente el día 18 de diciembre de 2017 recibe respuesta positiva a su solicitud, se le informa, que una vez verificada la base de datos los ciclos se encuentran debidamente acreditados en la historia laboral. (fls 01 al 83). Es de anotar, que en ese mismo periodo, el actor solicitó en varias oportunidades su pensión de vejez ante la entidad.

La demanda presentada ante un juzgado de Cali, fue rechazada por competencia y admitida mediante auto del 24 de abril de 2018, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira; notificada a Colpensiones, y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, se pronunció únicamente la accionada, dando respuesta a los hechos, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo como excepciones de fondo INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO, CARENCIA DEL DERECHO POR INDEBIDA INTERPRETACIÓN NORMATIVA POR QUIEN RECLAMA DERECHO, INNOMINADA Y PRESCRIPCIÓN. Se sustenta la defensa en la insuficiencia de semanas cotizadas para alcanzar el derecho que reclama (fls 89 al105)

Surtido en legal forma el trámite procesal de primera instancia, mediante Sentencia No. 70 del 16 de mayo de 2019, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en contra de COLPENSIONES y se abstuvo de condenar en costas a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

Sustenta su decisión, en el hecho que en la misma audiencia, el apoderado de Colpensiones aportó la resolución SUB 126753 del 10 de mayo de 2018, la entidad le reconoció la pensión de vejez al demandante a partir del 7 de octubre de 2017, por tanto no hay lugar a imponer condena tampoco por retroactivo ni por costas procesales.

La apoderada del demandante, interpuso el recurso de apelación en contra de la decisión, solicita que sea revocada en su integridad, para que en su lugar se declare que su procurado es beneficiario del régimen de transición y tiene derecho a la pensión de vejez con sustento en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 12 de mayo de 2012 y; al pago de los intereses moratorios desde la fecha en la que solicitó por primera vez la prestación reconocida.

Concedido el recurso, el expediente fue remitido a esta Sala.

## **2. CONSIDERACIONES**

### **2.1. PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme los argumentos expuestos por el vocero judicial del demandante, los problemas jurídicos que deben ser resueltos, residen en determinar,

- i) Sí el actor es beneficiario del régimen de transición;
- ii) Sí cumple los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, para acceder a la pensión de vejez;
- iii) En caso positivo a partir de qué fecha y,
- iv) Si hay lugar a imponer intereses moratorios.

### **2.2. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES Y APLICACIÓN AL CASO CONCRETO**

Quedó demostrado en el plenario y no fue objeto de controversia, que el señor Filiberto Marín Aguirre cuenta con 1.346.14 semanas cotizadas en toda su vida laboral, hasta el 30 de septiembre de 2017, fls. 24 al 29 y archivo correspondiente; que nació el 17 de marzo de 1952,

fls. 21 y 23; que presentó solicitud para que le fuera reconocida la pensión, por primera vez, el 12 de marzo de 2013, fl. 30 del expediente y que, finalmente, la entidad le reconoció la prestación a partir del 7 de octubre de 2017, con sustento en la Ley 100 de 1993, modificada por la 797 de 2003.

Pero como ya se sabe, lo pretendido por el actor, es que la prestación se reconozca desde el momento en que cumplió la edad mínima con sustento en el Acuerdo 049 de 1990, por su condición de beneficiario del régimen de transición.

Lo primero entonces es determinar, si efectivamente, el actor tiene derecho al beneficio consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que constituye el primer problema planteado.

El mencionado artículo, dispone en su inciso segundo:

*“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”*

El actor, habiendo nacido el 17 de marzo de 1952, fl. 23, como ya se mencionó contaba con 42 años de edad al 1º de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia del sistema pensional contenido en la Ley 100, artículo 151), por tanto, en principio verdaderamente era beneficiario del régimen de transición antes referido.

Sin embargo, no hay que olvidar, que el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Nacional, en su parágrafo transitorio número 4, determinó:

*“El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.*

*“Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen”*

Es decir, el mentado régimen de transición se mantuvo sólo hasta el 31 de julio de 2010, tal como estaba hasta esa fecha; extendiéndose hasta el 31 de diciembre de 2014, siempre que se cumpliera un requisito adicional, tener cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005). En otras palabras, quien siendo beneficiario de la transición, no lograra consolidar los requisitos para la pensión de vejez, edad y tiempo, antes del 31 de julio de 2010, debía contar con ese presupuesto adicional de 750 semanas al 29 de julio de 2005.

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que contiene el régimen anterior a la ley 100 que en este caso se pretende a favor del demandante, establece como presupuestos para acceder a la pensión, 40 años de edad, cuando se trata de hombres y 1000 semanas de cotización o 500 en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.

Revisado el expediente, se tiene que el señor Filiberto Marín Aguirre, como ya se dijo, nació el 17 de marzo de 1952, por tanto, los 60 años de edad, los cumplió en la misma fecha del año 2012, al consultar la historia laboral más actualizada se tiene que este cotizó entre el 02 de mayo de 1969 y hasta el 29 de julio de 2005 un total de 788.57 semanas, con lo cual y con base a lo estipulado en el acto legislativo 01 de 2005, el régimen de transición se extendió hasta el año 2014. Es decir, el primer problema jurídico tiene respuesta favorable, el actor es beneficiario del régimen de transición.

Ahora, en lo que tiene que ver con el segundo interrogante, esto es, si el señor Marín Aguirre cumplió con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, para acceder a la pensión de vejez, se tiene que para el 17 de marzo de 2012, cuando cumplió los 60 años de edad, ya contaba con el mínimo de 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, es decir, en ese periodo comprendido entre el 20 de mayo de 1992 y el 17 de marzo de 2012, el actor cotizó al sistema de seguridad social en pensiones un total de 938.09 semanas y hasta esa fecha, en toda su vida, un total de 1.113.09 semanas, es decir, desde esa fecha tenía satisfechos los requisitos para acceder a la pensión de vejez, al amparo del Acuerdo 049 de 1990, por su condición de beneficiario del régimen de transición.

Es de anotar, que en el acto administrativo por medio del cual se reconoce la pensión de vejez al demandante, se indica que no es beneficiario del precitado régimen porque en el año 1997 se trasladó para un fondo privado, perdiendo de esa manera tal condición; sin embargo, en la demanda (hecho 3.23) se menciona que efectivamente se trasladó, pero en el año 2001 retornó al régimen de prima media con prestación definida, por una multivinculación, hecho aceptado por la accionada al responder ese hecho, fl. 96 y además, corroborado con la certificación que obra a folio 81 sin oposición de la accionada.

La abogada de la parte demandante indica, que su procurado siguió realizando aportes al sistema por un error en que incurrió la accionada, al negar la prestación de vejez mediante resolución GNR 250361 del 07 de octubre de 2013 fls 33 al 37, a pesar de contar con los presupuestos satisfechos para ello; es de anotar, que en realidad, los ciclos de mayo de 1969 a septiembre de 1970, cotizados con la empresa CIA AGRO HNOS LTDA, sólo fueron tenidas en cuenta, luego de reiteradas solicitudes de actualización de la historia laboral, siendo indispensables estas semanas para el reconocimiento de su derecho pensional (para mantener los beneficios luego del 31 de julio de 2010), sin argumento alguno, frente a la última solicitud del demandante, presentada el 3 de diciembre de 2017, la entidad respondió el 11 de diciembre de ese mismo año, que las semanas cotizadas por la citada empleadora ya aparecían acreditadas en su historia laboral (documento No. 70 expediente administrativo).

Así las cosas encuentra esta corporación, que La Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones por errores administrativos al contabilizar el total de las semanas que cotizó el señor Filiberto Marín Aguirre con la empresa CIA AGRO HNOS LTDA desconoció el derecho de la pensión de vejez del demandante cuando debió hacerlo con la primera reclamación presentada el 12 de marzo de 2013.

Como consecuencia de lo anterior habrá de revocarse la decisión emitida por el Juzgado Segundo Laboral de Palmira en tanto que el derecho pensional debe reconocerse a partir del 13 de marzo de 2012 de conformidad a lo estipulado en el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990 y no como lo expone la entidad de mandada mediante resolución SUB 126753 del 10 de mayo de 2018 en el cual reconoce el derecho pensional con base en la ley 797 de 2003 a partir del 01 de octubre de 2017, fijando la primera mesada por el valor de \$ 737,717.

Colofón de lo hasta aquí expuesto, resulta diáfano que el accionante tiene derecho a la pensión de vejez que reclama, la cual deberá ser reconocida a partir del **13 de marzo de 2012**, en

cuantía igual al salario mínimo legal mensual, toda vez que el resultado arrojado es inferior al salario mínimo legal mensual, tal como se determinó con los cálculos aritméticos efectuados por el actuario del Tribunal (anexo adjunto)

Se reconoce la prestación a partir del 13 de marzo de 2012, por ser el día siguiente en que la entidad demandada debió de reconocer la prestación y como ya se dijo por errores administrativos indujo al demandante a seguir realizando cotizaciones al sistema

Ahora en lo concerniente al número de mesadas que debe de recibir el pensionado, corresponden a 13 mesadas anuales, todo vez que el derecho se causó en fecha posterior a la establecida en el acto legislativo 01 de 2005.

Respecto de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, proceden para pensiones reconocidas en aplicación del acuerdo 049 de 1990 por vía de régimen de transición de la ley 100 de 1993, tal como ha sido decantado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, en virtud que a la fecha no han sido cancelados en su totalidad el retroactivo pensional, le asiste el derecho al pago de los mismos. Ahora teniendo en cuenta que la reclamación administrativa se presentó el 12 de marzo de 2013, tal como se desprende de la resolución mediante el cual se le negó el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, el termino máximo para resolver se extendía hasta 12 de julio de 2013, pues el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003 concede a las entidades administradoras un plazo de 04 meses para resolver sobre la pensión. En consecuencia se generaron intereses moratorios al iniciar el quinto mes esto es, desde el 13 de julio de 2013 y hasta que se efectuó el pago total de las mesadas pensionales y retroactivo causado desde el 13 de marzo de 2012 hasta el 1 de octubre de 2017 fecha de pago de la primera mesada pensional.

En ese orden de ideas habrá de revocarse el fallo apelado

### 3. COSTAS

En ambas instancias a cargo de Colpensiones y a favor del demandante. En esta sede, las agencias en derecho se fijan en el equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente.

### 4. DECISIÓN

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

### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia apelada, identificada con el No. 70 del 16 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, Valle, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **FILIBERTO MARÍN AGUIRRE** contra **COLPENSIONES**, para en su lugar, **DECLARAR** que el demandante tiene derecho a la pensión a partir del 13 de marzo del año 2012, en cuantía igual al salario mínimo legal mensual, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONDENAR** en consecuencia a **Colpensiones** a cancelarle al demandante, el valor del retroactivo causado entre el 13 de marzo de 2012 y el 6 de octubre de 2017 y; los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 13 de julio de 2012 y hasta que se haga efectivo el pago del mencionado retroactivo.

REFERENCIA: PELACION DE SENTENCIA  
DEMANDANTE: FILIBERTO MARÍN AGUIRRE  
DEMANDADO: COLPENSIONES  
RADICACIÓN: 76-520-31-05-002-2018-00150-00

**TERCERO: COSTAS** en ambas instancias a cargo de la accionada y a favor del demandante. En esa instancia, las agencias en derecho se fijan en el equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente.

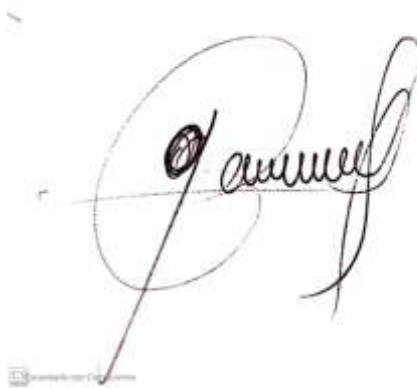
**CUARTO:** una vez en firme la presente providencia devuélvase la actuación a su juzgado de origen.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,**

Las Magistradas,



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE  
Ponente



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS



MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR

**Firmado Por:**

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**Despacho 001 De La Sala Laboral Del 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:

**bc8ce1b7d485b2a97cf84304563df999679629ab116be389d02dd8bda12ea35d**

Documento generado en 15/09/2020 06:09:07 p.m.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**GRUPO:** APELACION y CONSULTA DE SENTENCIA  
**DEMANDANTE:** JESUS GONZALO MARTINEZ ESCOBAR  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES  
**RADICACIÓN:** 76-109-31-05-002-2017-00187-01

*Guadalajara de Buga, Valle, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020),*

*Conforme lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del presente año, la Sala Segunda de Decisión Laboral, procede a revisar en forma escrita y previo traslado para alegaciones finales, **el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia No. 45 del 29 de mayo de 2019**, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura, Valle, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.*

*Dentro del término de traslado concedido para las alegaciones finales, sólo la accionada presentó escrito, recuerda los conceptos de causación y disfrute de la pensión de vejez, la obligación de los empleadores de presentar la novedad de retiro a la terminación del vínculo laboral y que en el caso del demandante, dos empleadores anteriores al último, no cumplieron con dicho deber, razón por la cual solicita la revocatoria de la decisión en lo desfavorable a su procurada.*

*La parte actora guardó silencio.*

*Teniendo en cuenta que no quedan trámites pendientes por evacuar, se procede a proferir la*

**SENTENCIA No. 173**

**Discutida y aprobada mediante Acta No. 35**

**1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL**

*JESUS GONZALO MARTINEZ ESCOBAR, por conducto de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con el fin de que se reconozca y pague la pensión al actor a partir del 22 de junio de 2009 fecha en la cual cumplió los requisitos de edad y tiempo de cotización, así como el retroactivo y reajustes causados a partir de dicha data, los intereses moratorios del art. 141 de la ley 100 de 1993, costas y agencias en derecho y se falle extra y ultrapetita (fl. 3).*

*Sostiene para así pedir, que cotizó al ISS en pensiones desde el 20 de octubre de 1989 al 22 de junio de 2009, 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, un total de 797 semanas; que el 16 de marzo de 2011 solicitó al ISS la pensión de vejez, con sustento en el Decreto 758 de 1990, recibiendo respuesta negativa, mediante Resolución 007018 de 25 de julio de 2012, aduciendo que se había trasladado al RAIS y que a pesar de haber regresado a prima media, había perdido el régimen de transición y que al hacer el estudio con la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, no cumplía con los requisitos exigidos; que el 29 de abril de 2013, solicitó nuevamente su prestación, siendo negada mediante Resolución GNR 264053 de 22 de octubre de 2013, con el mismo argumento anterior. Que presentó ante los Juzgados laborales*

**DEMANDANTE:** JESUS GONZALO MARTINEZ ESCOBAR  
**RADICACIÓN:** 76-109-31-05-002-2017-00187-01

de Cali (V), demanda contra COLPENSIONES solicitando el reconocimiento de la pensión de vejez con fundamento en el Decreto 758 de 1990, siendo negadas las pretensiones por el Juzgado Primero Laboral de dicha localidad y confirmada por el Tribunal Superior Sala Laboral de Cali (V). (Sentencia 15 de septiembre de 2015 y 02 de diciembre de 2015); que el 6 de julio de 2016, solicitó una vez más, la pensión de vejez con sustento en la norma mencionada y; esta vez, la respuesta fue favorable (Resolución GNR 268085 de 12 de septiembre de 2016), la entidad le reconoció la prestación a partir de la fecha de expedición, al no presentar retiro por el empleador en el 2014. Finalmente señala, que el 14 de julio de 2017 solicitó revocatoria del acto administrativo anterior sin que exista pronunciamiento al respecto a la fecha de presentación de la demanda (fls. 4 a 6).

Mediante Auto No. 0944 de 29 de noviembre de 2017, el Juzgado admitió la demanda y dispuso correr el traslado de rigor al demandado y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fol.50 a 52)

Debidamente notificada, la sociedad demandada en forma oportuna da respuesta a la demanda, manifestando en términos generales que los hechos eran ciertos, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo las excepciones que denominó: MALA FE DEL DEMANDANTE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION , PRESCRIPCION, BUENA FE, COBRO DE LO NO DEBIDO, IMPOSIBILIDAD JURIDICA PARA CUMPLIR LO PRETENDIDO Y LA INNOMINADA. (fl. 61 a 67).

La demanda se dio por contestada en legal forma mediante auto No. 0520 de 12 de julio de 2018 (fl. 86 y 87).

Surtido en legal forma el trámite procesal de primera instancia, mediante Sentencia No.45 del 29 de mayo de 2019, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura (V), resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas, condenando a COLPENSIONES a pagar la reliquidación de la pensión de vejez a favor de JESUS GONZALO MARTINEZ ESCOBAR, en la suma de \$16.972.190 (por retroactivo causado entre el 1 septiembre de 2014 y el 31 de agosto de 2016, a pagar a partir del 13 de septiembre de 2016, los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, absolvió de las demás pretensiones, condenó en costas a la demandada y dispuso la consulta de la sentencia (fl.92).

## **2. MOTIVACIONES**

### **2.2. FUNDAMENTOS DEL FALLO APELADO.**

Como fundamento de su decisión, el Juzgado de conocimiento comenzó por referirse a los hechos probados, el problema jurídico y seguidamente manifestó que para dilucidar los interrogantes era necesario tener en cuenta lo estatuido en el art. 13 del acuerdo 049 de 1990 y el artículo 31 de la ley 100 de 1993, también hizo referencia a la sentencia de la CSJ radicación SL 5603 de 2016, relativa a la desafiliación del sistema para el disfrute de la pensión como requisito necesario.

Sobre el caso en concreto señaló que del estudio del expediente se advierte que el 22 de junio de 2009 el demandante cumplió 60 años de edad y cumplía con las semanas exigidas en el acuerdo 049 de 1990, pero que para dicha data no había demostrado el retiro del sistema, como lo exige la norma, por lo que no accede a las pretensiones de la demanda.

Que revisadas las historias aportadas al plenario (fl. 79 a 83) se advierte que el retiro del sistema se dio en agosto de 2014, al no aparecer otra cotización realizada por el demandante con posterioridad, de lo que se infiere que es desde dicha fecha que COLPENSIONES debió reconocer la pensión de vejez; que al no haber obrado así, es posible ordenar el reconocimiento de la prestación a partir del **1 de septiembre de ese año**, imponiendo el pago del retroactivo a partir de esa fecha hasta el 31 de agosto de 2016, al haberse reconocido y pagado la pensión a partir del 1o de septiembre de este último año, por la suma de \$16.972.190 (13 mesadas).

Sobre los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, manifestó que la jurisprudencia ha señalado que no solo son aplicables a pensiones reconocidas en dicha normatividad sino en vigencia de ella y normatividad anterior, incluso para aquellas reconocidas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993; que sobre dicho aspecto la CSJ se pronunció en sentencia radicada 33233 de 2008, indicando que los requisitos para que se causen los intereses son 4: 1) cumplir los requisitos para acceder a la pensión, 2) presentar la respectiva solicitud de reconocimiento, fecha desde la cual se cuentan los términos legales de respuesta, 3) retiro del sistema, si es posterior se reconoce retroactivo; 4) cumplir con el termino concedido para el reconocimiento- pensión vejez 4 meses-.

Finalmente concluye que al haber el actor radicado la petición el 6 de junio de 2016, el plazo para reconocer era 5 de noviembre de 2016; que se probó mediante acto administrativo de septiembre de 2016, el reconocimiento de la pensión por COLPENSIONES- dentro de los cuatro meses siguientes a la solicitud, pero que sin embargo no lo hizo a partir de la fecha de novedad de retiro del sistema – 1 de septiembre de 2014-, sino desde septiembre de 2016, por lo que al existir semanas atrasadas se hace acreedora al pago de intereses moratorios del art. 141 ley 100 de 1993, a la tasa máxima de intereses moratorios al momento que se efectúe el pago.

Declaró no probadas las excepciones propuestas por las resultas del proceso, manifestando que tampoco se dio el termino trienal extintivo para declarar probada la excepción de prescripción al haberse solicitado la pensión el 6 junio de 2016 y presentado la demanda el 17 de octubre de 2017 y resuelto en 4 meses; por ultimo condenó en costas a la demandada. (fl. 92)

## **2.2. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con el fallo, el apoderado de la parte actora lo apeló manifestando que el retroactivo del actor debe reconocerse a partir del **22 de junio de 2009, fecha en que cumplió los requisitos de edad y tiempo de cotización**, toda vez que las cotizaciones efectuadas en el 2014, fueron hechas por error inducido por COLPENSIONES, en tanto que fue negada 2 veces la pensión a pesar de tener derecho desde el 22 de junio de 2009, siendo así que la resolución GNR 268085 de 12 de septiembre de 2016, corrige el error reconociendo a partir del 22 de junio de 2009 y aplicando la prescripción de dicho derecho, cuando fue reconocida desde dicha fecha, por lo que se debe reconocer la pensión a partir del 22 de junio de 2009, fecha en que cumplía los requisitos de ley- edad y tiempo de servicios-, por lo que solicita la revocatoria del fallo.

## **3. CONSIDERACIONES**

### **3.1. Cuestión preliminar.**

Teniendo en cuenta que se impuso una condena en contra de Colpensiones, entidad de derecho público, es preciso conocer en grado jurisdiccional de consulta en las materias no apeladas, así lo tiene establecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, como se lee en el siguiente aparte, extraído del AL4936/2018:

*“Es oportuno memorar que en virtud de lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS y, la modificación introducida por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, -vigente para la fecha de presentación de la demanda-, esta Corte ha adoctrinado que «el grado jurisdiccional de consulta debe surtirse cuando las sentencias de primera instancia, ‘fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario [...] si no fueren apeladas’ y cuando ‘fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante» (CSJ STL7382-2015).*

Así entonces, el grado jurisdiccional de consulta opera en aquellos supuestos en los cuales la sentencia de primer grado, es totalmente adversa a los trabajadores, afiliados o beneficiarios del Sistema General



**DEMANDANTE:** JESUS GONZALO MARTINEZ ESCOBAR  
**RADICACIÓN:** 76-109-31-05-002-2017-00187-01

de Seguridad Social o cuando sea adversa a La Nación, departamentos, o municipios o a aquellas entidades descentralizadas en las que La Nación sea garante y no se apela.

En consecuencia, las limitaciones del recurso de alzada por razón de las posibilidades del Tribunal, puede encontrar una excepción en este grado jurisdiccional, pues ante la falta de apelación total o parcial, en aquellos casos en el que la sentencia de primer grado es adversa a La Nación, departamentos o municipios o entidades descentralizadas en las que La Nación sea garante, el ad quem está obligado a revisar la decisión de primera instancia en las materias no apeladas, puesto que no queda restringido a las cuestiones de inconformidad.”

### **3.2. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER**

Conforme lo anterior, atendiendo el recurso incoado, el primer problema jurídico que debe ser resuelto, gira en torno a determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la prestación de vejez a partir del 22 de junio de 2009, en tanto que fue negada 2 veces la pensión a pesar de tener derecho desde dicha data, por tener cumplido los requisitos y haberlo COLPENSIONES inducido en error para cotizar hasta 2014, reconociendo dicha entidad el error en resolución GRR 268085 de 12 de septiembre de 2016, aplicado prescripción del derecho.

Y; en segundo, en grado jurisdiccional de consulta, se revisará la legalidad de la decisión asumida en este asunto.

### **3.3. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES Y APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.**

Previamente se destaca que quedó acreditado, y no fue objeto de controversia, que el señor JESUS GONZALO MARTINEZ ESCOBAR nació 22 de junio de 1949 (fl. 36); que se afilió al sistema de seguridad social el 10 de noviembre de 1970 y cotizó hasta el 30 de agosto de 2014, un total de 985.80 semanas (fls. 15 y ss); que se trasladó de régimen pensional y retornó al de prima media con prestación definida el 1º de junio de 2006 (fl. 32); que el 16 de marzo de 2011 solicitó la pensión de vejez ante la accionada y recibió respuesta negativa mediante Resolución 7018 de 25 de julio de 2012 (fl. 21 a 25); que el 29 de abril de 2013 solicitó nuevamente la prestación, recibiendo respuesta negativa por medio de la Resolución GNR 264053 de 22 de octubre de 2013, fl. 26; que el 6 de julio de 2016, insistió en su predicamento ante COLPENSIONES, siendo reconocida la pensión de vejez mediante resolución GNR 268085 de 12 de septiembre de 2016, con sustento en el Decreto 758 de 1990, a partir de la fecha de expedición, al no presentar retiro por el empleador en el 2014 y en cuantía igual al salario mínimo legal mensual. (fls. 32 a 35). Es de anotar, que el actor había demandado a la entidad en la ciudad de Cali, con el propósito que se le reconociera la pensión al amparo de la Ley 100 de 1993 modificada por la 797 de 2003, argumentando una mora patronal, con resultados negativos, fls. 37 y ss.

Precisados los hechos probados, se tiene que la parte actora alega que se deben reconocer la pensión de vejez a partir del **22 de junio de 2009**, por cumplir a dicha data con los requisitos de edad y semanas cotizadas, en tanto que fue negada dos veces la pensión y haberlo COLPENSIONES inducido en error para cotizar hasta 2014, reconociendo dicha entidad el error en la Resolución GNR 268085 de 12 de septiembre de 2016, aplicado prescripción del derecho.

Para resolver la inconformidad del recurrente, lo primero que debe precisarse en este caso, es que mediante Resolución GNR 268085 de 12 de septiembre de 2016, COLPENSIONES efectuó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, con efecto a partir del 1 de septiembre de 2016.

Siguiendo ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la prestación que actualmente devenga el actor es la de vejez, basada en el acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el decreto 758 de 1990, pues ello se advierte del acto administrativo ya mencionado obrante a folio 32 a 35 del plenario, ha de decirse que tal prestación se inicia a disfrutar en los términos del artículo 13 del

DEMANDANTE: JESUS GONZALO MARTINEZ ESCOBAR  
RADICACIÓN: 76-109-31-05-002-2017-00187-01

referido acuerdo, esto es, una vez haya operado la desafiliación del sistema, previo cumplimiento de los requisitos.

En el presente asunto, el juez consideró que el disfrute de la prestación sólo procede a partir del mes de septiembre de 2014, habida cuenta que las cotizaciones fueron realizadas hasta el mes de agosto de ese mismo año.

Para la Sala, la decisión del juez se ajusta al ordenamiento legal, más exactamente a lo previsto en el artículo 13 del Acuerdo 049, toda vez que, el derecho se consolida cuando se reúnen los requisitos de edad y tiempo para ello (o número de semanas), sin embargo es necesaria la desafiliación del sistema para comenzar a disfrutar de la misma, como ya se indicó.

Debe precisarse, que no es posible que el disfrute pensional anteceda a la causación, ya que no puede empezar a percibir una pensión que aún no ha concretado, justamente fue lo que ocurrió en este asunto, pues a pesar que el actor consolidó los requisitos para pensionarse el 22 de junio de 2009, como bien lo indica la parte actora, calenda en que cumplió 60 años de edad y contaba ya con la densidad de cotización exigida, al no haberse desvinculado del sistema pensional, pues solo lo hizo en **agosto de 2014**, según se advierte la historia laboral vista a folio 79 a 83 del expediente, toda vez que no aparecen cotizaciones efectuadas con posterioridad a dicha data y con novedad de retiro; por tanto la pensión de vejez, no podría disfrutarla con fecha anterior siendo imposible su reconocimiento con efecto anterior, como se pretende. (Sobre el tema véase sentencia SL5603 de 2016, radicación 47236 de 6 de abril de 2016, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo).

En tales condiciones, no es posible acceder a la solicitado por la parte actora en el recurso de alzada, aunado al hecho, que no es cierto que en la Resolución GNR 268085 de 2016, COLPENSIONES haya reconocido error alguno, como tampoco aplicó prescripción al derecho reconocido.

Es cierto que el señor Martínez presentó dos reclamaciones con anterioridad al reconocimiento de su prestación, sin embargo, lo que no quedó demostrado es que COLPENSIONES lo indujera a seguir cotizando, máxime cuando de los elementos probatorios aportados, no se evidencia la voluntad inequívoca del demandante de desafiliarse definitivamente del sistema general de pensiones y dejar de cotizar al régimen de prima media, en el año 2009 cuando cumplió las exigencias mínimas para acceder a la pensión de vejez, por otra parte, al observarse que cuando fue negada la prestación mediante resolución No.7018 de 2012, se indicó por el ISS que ello se debía a que contaba con 841 semanas cotizadas **entre el 1 de noviembre de 1970 y el 30 de abril de 2011, sin incluir las cotizadas al fondo privado Horizonte (fl. 21 a 25)**, situación que es corroborada por el actor cuando manifiesta en los hechos de la demanda que le fue negado el derecho por haberse trasladado al RAIS.

Para la Sala resulta cuando menos extraño que Colpensiones le hubiera reconocido la pensión de vejez al demandante, con sustento en el Acuerdo 049 de 1990, por su condición de beneficiario del régimen de transición contenido en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuando lo cierto es que, con el traslado de régimen (aceptado se itera por el actor) perdió dichos beneficios en los términos de los incisos 4º y 5º del mencionado canon y no se evidencia trámite alguno que evidencie una nulidad en la afiliación al RAIS o una situación de multivinculación; de donde se infiere que más que inducción a seguir cotizando, lo que ocurrió en este caso es que Colpensiones al parecer obvió ese traslado y sus consecuencias.

Se mantendrá en consecuencia la decisión del a quo, ante la voluntad claramente evidenciada del actor de desafiliarse del sistema tan solo en **agosto de 2014** (fl. 79 a 83) y la de la entidad de reconocer la prestación en la forma mencionada.

**DEMANDANTE:** JESUS GONZALO MARTINEZ ESCOBAR  
**RADICACIÓN:** 76-109-31-05-002-2017-00187-01

En tal sentido queda resuelto lo atinente a la apelación presentada, sin que haya lugar a modificar la decisión del a quo.

Ahora en lo que tiene que ver con la consulta, considera la Sala que, una vez más obviando el traslado de régimen, se encuentra atinada la fecha establecida para el reconocimiento de la pensión de vejez en beneficio del actor, esto es, 1 de septiembre de 2014, al ser la data a partir de la cual se generó el derecho, estando ajustado a derecho el retroactivo reconocido ente el 1 de septiembre de 2014 y el 31 de agosto de 2016, toda vez que COLPENSIONES ya reconoció y pago el derecho pensional al señor JESUS GONZALO MARTINEZ ESCOBAR, a partir del 1 de septiembre de 2016; igual se comparte la condena por los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, sobre las sumas debidas, al ajustarse al criterio jurisprudencial en tales eventos, esto es, que los mismos tiene lugar una vez vencido el termino con que cuenta la entidad para pronunciarse sobre la prestación reclamada, como claramente lo determinó el Juzgado de instancia.

Por último, se comparte igualmente la decisión de declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada en atención a lo decido y en relación a la excepción de prescripción, efectivamente no operó dicho fenómeno extintivo, al haberse reclamado el derecho el 6 de julio de 2016 (fl. 32) y presentado la demanda el 29 de noviembre de 2017 (fl. 50).

Acorde con lo anterior, se hace necesario **CONFIRMAR** la sentencia proferida, por el Juzgado de instancia, conforme a los motivos expuestos.

#### **4. COSTAS**

Sin costas en esta instancia por no aparecer causadas.

#### **5. DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada, identificada con el **No. 45 del 29 de mayo de 2019**, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura, Valle, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JESUS GONZALO MARTINEZ ESCOBAR contra **COLPENSIONES**, conforme a los motivos expuestos.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en la instancia.

**TERCERO: DEVUÉLVASE** a su juzgado de origen una vez en firme el presente proveído.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Las Magistradas,



**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**Ponente**

**DEMANDANTE:** JESUS GONZALO MARTINEZ ESCOBAR  
**RADICACIÓN:** 76-109-31-05-002-2017-00187-01



**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**



**MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR**

**Firmado Por:**

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**Despacho 001 De La Sala Laboral Del 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:*

**b3df033e2c7b56379a32ddf48a536ffea1e6ea0171aaacf0d784a6369b776ec**

*Documento generado en 15/09/2020 08:26:44 p.m.*



RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**GRUPO:** APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA  
**DEMANDANTE:** ORFANY BALANTA LOBOA  
**VINCULADA:** ANTONIA RAFAELA CAICEDO CASTILLO  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES  
**RADICACIÓN:** 76-109-31-05-001-2017-00209-01

Guadalajara de Buga, Valle, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020),

En la fecha indicada, conforme lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del presente año, la Sala Segunda de Decisión Laboral, procede a revisar en forma escrita y previo traslado para alegaciones finales, **el recurso de apelación de la Sentencia No. 64 del 6 de noviembre de 2018**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, Valle**, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Dentro del término concedido a las partes para presentar alegatos, ambas aportaron escritos; la UGPP a través de apoderado judicial, insiste en que no quedó demostrada la convivencia de la demandante con el señor Jesús María Riascos los últimos cinco años de vida de éste; la actora, a través de su procurada, reitera, lo informado en el libelo inicial, concluye que las pruebas aportadas son suficientes para considerar beneficiaria de la prestación a su procurada, solicita por tanto, que se confirme la decisión de primera instancia.

Teniendo en cuenta que no quedan trámites pendientes, se procede a proferir la,

**Sentencia No. 170**

**Discutida y aprobada según Acta No. 35**

**1. ANTECEDENTES Y ACTUACION PROCESAL**

Pretende la señora ORFANY BALANTA LOBOA, por conducto de apoderada judicial, que la UGPP le reconozca a su favor el 100% de la sustitución pensional, por el fallecimiento del señor JESÚS MARÍA RIASCOS, en su condición de cónyuge, a partir del 21 de mayo de 2015, incluyendo el retroactivo causado, las mesadas adicionales de junio y diciembre; las mesadas causadas y dejadas de cancelar, correspondientes a los meses de junio, julio, agosto y septiembre de 2015, primas de mitad de año correspondiente a los años 2015, 2016 y 2017, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, las costas y agencias en derecho (fls 2 y 3).

Peticiones que sustenta, en síntesis, en que convivió con el señor Riascos Caicedo como compañera permanente y a partir del 14 de diciembre de 2002 en condición de cónyuge, alrededor de 45 años hasta el momento de su muerte; que de esa unión nacieron 4 hijos; que el fallecido era pensionado de la accionada (Resolución N° 011063 del 02-12-1992); que en vida le había sido transferida conforme la Ley 44 de 1980; que en efecto, una vez presentó reclamación, la entidad expidió la Resolución RDP 030081 del 23 de julio de 2015, reconociéndole en forma provisional la prestación; sin embargo, posteriormente, mediante la Resolución RDP 052559 del 10 de diciembre de 2015, le fue revocado el derecho, ante una supuesta reclamación de otra señora (ANTONIA RAFAELA CAICEDO CASTILLO y; mediante el acto administrativo RDP 035660 del 14 de septiembre de 2017, se le informó que adeudaba

a la UGPP, la suma de \$73.681.185 en los términos de numeral 10 del artículo 6 del decreto 575 de 2013.

La demanda fue admitida mediante providencia del 28 de noviembre de 2017, disponiendo la notificación y traslado a la demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y vinculando a la señora ANTONIA RAFAELA CAICEDO CASTILLO (fls.103 y 104)

La contestación de la UGPP fue admitida mediante providencia del 13 de febrero de 2018, en esa misma diligencia se dispuso el emplazamiento y la designación de un curador ad litem para la señora Caicedo Castillo (fl 129); la curadora dio respuesta (fl. 137), manifestando que no se opone a las pretensiones que queden debidamente probadas, se pronunció frente a los hechos.

Surtidas en legal forma las etapas contempladas en la ley y, reunidos los presupuestos necesarios, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V), dictó Sentencia No. 064 del 06 de noviembre de 2018 en la que resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P y le ordenó a esa entidad, que reconozca la pensión de sobrevivientes, de manera vitalicia y en un 100% a favor de la señora ORFANY BALANTA LOBOA desde el 21 de mayo de 2015 fecha de fallecimiento del causante, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago, igualmente se condena al pago de las mesadas causadas y dejadas de pagar desde 01 de agosto de 2017 junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre y las correspondientes a los meses de junio, julio, agosto y septiembre de 2015 así mismo se ordena la inclusión en nómina de pensionados y que se le brinden los servicios de salud requeridos; condenó a la UGPP en costas procesales, (fls 176 al 177)

## **2. MOTIVACIONES**

### **2.1 FUNDAMENTOS DEL FALLO APELADO**

Cita el a quo las normas aplicables al caso; los hechos probados y plantea como problema jurídico, determinar si en verdad la demandante y la vinculada acreditaron su condición de beneficiarias de la pensión reclamada, encontrando que la curadora de la señora Antonia Rafaela Caicedo no aportó prueba alguna y que la primera de las mencionadas, presentó las que obran a folios 13 al 102, con las que se demuestra que existió una relación de pareja entre ella y el causante; que sí hubo convivencia los últimos cinco años anteriores de la muerte causante tal como lo establece la Ley.

### **2.2. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada expresa, que a concepto de la U.G.P.P no se reúnen las condiciones del artículo 13 de ley 797 de 2013 modificadorio del artículo 43 de la ley 100 de 1993 en el entendido que es requisito indispensable la convivencia permanente de los últimos cinco años anteriores a la muerte del pensionado y afiliado, situación que no fue demostrada con la declaraciones de los testimonios e interrogatorio de parte, son claras las inconsistencias y contradicciones de lo narrado por la demandante y sus testimonios, situación que no permite inferir que exista el derecho reclamado, indica lo referido en la sentencia SL 499 de 2017 Magistrado Ponente Rigoberto Echeverri Bueno, indicando que la Corte ha sido persistente en adoctrinar, que en el marco del artículo 47 de la ley 100 de 1993 se determina el paramento inicial para establecer quién es el legítimo beneficiario de la pensión de sobrevivientes conforme a la convivencia efectiva legal y material entre la pareja y no tanto la naturaleza jurídica del vínculo que se tenga, con base en lo anterior, agrega, no es posible reconocer la prestación solicitada por cuanto no logra la demandante demostrar los requisitos indicados en la providencia en mención, reitera su posición con la sentencia C 389 de 1996 de la Corte Constitucional y la proferida por el Consejo de Estado, dentro del proceso radicado 10918 de 1999, Magistrado Ponente Ricardo Hoyos Duque.

*Agrega, que fueron dos las personas que reclamaron la pensión y como esa entidad no es la competente para determinar a quién le corresponde la misma, dejó que fuera la jurisdicción ordinaria quien resolviera. Por lo anterior solicita de este Tribunal, que revoque la sentencia, declarando probadas las excepciones de fondo especialmente la de inexistencia del derecho a la pensión y la buena fe para efectos de costas*

### **3. CONSIDERACIONES**

#### **3.1. PROBLEMA JURÍDICO**

*Conforme el recurso interpuesto y la condena en contra de la accionada, entidad pública que puede llegar a ser garantizada por el Estado, el problema jurídico en este asunto, reside en determinar, si efectivamente la señora Orfany Balanta Lobo es la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada con el deceso del pensionado Jesús María Riascos. En caso positivo, si había lugar a condenar en costas a la mencionada UGPP.*

*De una vez se indica, se revocará parcialmente el ordinal 6º de la sentencia, en cuanto absolvió a la UGPP de las pretensiones incoadas por la señora Antonia Rafaela Caicedo Castillo, específicamente por cuanto dicha dama ninguna petición elevó en este proceso, al ser representada mediante curadora ad litem, razón por la cual no podía el a quo, sin desconocer el debido proceso, especialmente el derecho de defensa, resolver pretensiones que no fueron propuestas. Le queda a la citada señora acudir ante la jurisdicción ordinaria a reclamar su eventual derecho, con la obligada comparecencia, si es del caso, de la beneficiaria de la prestación.*

#### **3.2. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES Y APLICACIÓN AL CASO CONCRETO**

*El artículo 16 del C.S.T. establece la aplicación de la ley en el tiempo; esta norma resulta aplicable en materia pensional, tal como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia, a manera de ejemplo en la SL458 de 2019 (radicado 57441), se indicó:*

*«Desde el punto de vista jurídico, el Tribunal no se equivocó cuando afirmó que la normatividad aplicable al presente asunto era la vigente al momento del fallecimiento del afiliado, esto es, al 8 de julio de 1977, ya que la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado de manera constante que el artículo 16 del C.S.T. dispone que las normas del trabajo y de la seguridad social tienen efecto general inmediato y no tienen consecuencias retroactivas sobre situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, de donde se impone que, para efectos de la pensión de sobrevivientes, la legislación aplicable será la que se encuentre en vigor para la fecha de ocurrencia del deceso.*

*Conforme lo anterior, habiendo fallecido el señor JESUS MARIA RIASCO **el 21 de mayo de 2015 (fl.17)**; la norma que se tiene en cuenta es la Ley 100 de 1993 (Arts .46 y 47), modificada por la Ley 797 de 2003 (Arts. 12 y 13).*

*El artículo 46 de la Ley 100, establece que la pensión de sobrevivientes se causa a favor de los miembros del grupo familiar, cuando fallece un pensionado, razón por la cual, respecto a la causación de derecho no hay discusión alguna.*

*El canon 47 de la misma obra, modificado por el 13 de la ley 797 de 2003, dispone quienes son beneficiarios, el texto es el siguiente.*

*“Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

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

b) ...”

*En la sentencia laboral 1399 de 2018, proceso radicado 45779 y ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiteró la noción de convivencia para efectos de acceder a una pensión de sobrevivientes:*

*“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del afiliado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).”*

*Más recientemente, en la SL 5169/2019, con ponencia de la misma Magistrada, la Corte recordó que tal exigencia, alguna clase de relación con el fallecido al momento de su deceso, no se aplica para el caso del cónyuge supérstite, siempre que acredite la convivencia con aquél, por lo menos durante 5 años en cualquier tiempo:*

*“Pues bien, de la normativa transcrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, 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 sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b). Nótese que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido.*

*Por lo demás, ese es el alcance que al precepto en comentario le ha dado esta Corporación, pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adocinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el afiliado o afiliado en un periodo de 5 años», puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, , CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019).*

*Los artículos 60 y 61 del CPTSS, le fijan al juez los deberes que tiene en materia de pruebas, la segunda de las normas mencionadas y en lo que tiene que ver con la valoración probatoria, establece la libre formación del convencimiento, señalando a su tenor literal: “El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes”.*

*Lo anterior implica que el Juez al valorar la prueba, puede acudir a los criterios propios de la sana crítica y las máximas de la experiencia, fijándole a las pruebas el alcance que estime pertinente, salvo claro está, en aquellos casos en los cuales se exija prueba solemne, pudiéndose únicamente acreditar el hecho respectivo con el medio que fije la Ley, no obstante el otro componente de esta disposición predica que el juez para formar su convencimiento debe observar la conducta adoptada por las partes en el trámite litigioso.*

*El Decreto 1204 de 2008 en su artículo 6º, establece la forma como deben proceder los fondos encargados de reconocer la pensión de sobrevivientes, cuando quiera que se presentan varios beneficiarios, el texto es el siguiente:*

*“En caso de controversia suscitada entre los beneficiarios por el derecho a acceder a la pensión de sustitución, se procederá de la siguiente manera:*

*Si la controversia radica entre cónyuges y compañera (o) permanente, y no versa sobre los hijos, se procederá reconociéndole a estos el 50% del valor de la pensión, dividido por partes iguales entre el número de hijos comprendidos. El 50% restante, quedará pendiente de pago, por parte del operador, mientras la jurisdicción correspondiente defina a quién se le debe asignar y en qué proporción, sea cónyuge o*



**compañero (a) permanente o ambos si es el caso, conforme al grado de convivencia ejercido con el causante, según las normas legales que la regulan. Si no existieren hijos, el total de la pensión quedará en suspenso hasta que la jurisdicción correspondiente dirima el conflicto.**

*Si la controversia radica entre hijos y no existiere cónyuge o compañero (a) permanente que reclame la pensión, el 100% de la pensión se repartirá en iguales partes entre el total de hijos reclamantes, pero solo se ordenará pagar las cuotas que no estuvieran en conflicto, en espera a que la jurisdicción decida. Si existe cónyuge o compañero (a) permanente se asignará el 50% a este o estas(os) y sobre el 50% correspondiente a los hijos se procederá como se dispuso precedentemente."*

*Lo anterior implica, que cuando hay controversia en cuanto a los beneficiarios, como en el caso que ocupa la atención de la Sala, no puede la entidad reconocerlo a uno o a otro, debe dejar que sea la justicia quien resuelva, habida cuenta que como lo indica el Decreto 1204 de 2008, en concordancia con el canon 47 de la Ley 100 de 1993, es preciso determinar la condición de beneficiario y la proporción que le corresponde, lo que sólo puede lograrse en un proceso judicial, en el que se practiquen las pruebas necesarias para establecerlo.*

*En el presente caso, quedó demostrada la condición de cónyuge supérstite de la señora **ORFANY BALANTA LOBOA**, del fallecido **JESUS MARIA RIASCO**, por lo menos desde el 14 de diciembre de 2002, porque así lo acredita el registro de matrimonio que obra a folio 21 del plenario; incluso así le fue reconocida la prestación en forma provisional mediante la Resolución RDP030081 del 23 de julio de 2015, fls 42 a 46.*

*Sin embargo, también quedó acreditado que la accionada revocó esa decisión por la petición de otra persona que indicó ser la compañera permanente del causante, la señora **ANTONIA RAFAELA CAICEDO**, en aplicación del mencionado Decreto 1204 de 2008.*

*En este asunto, le fue reconocida la pensión a la señora Orfany Balanta Loba por parte del juez de primera instancia, quien luego de analizar las pruebas aportadas, consideró que la citada dama cumplió con el deber de acreditar su condición de beneficiaria.*

*La accionada considera en cambio, que dicha calidad no quedó demostrada, que los testimonios y la declaración de la misma señora no fueron contestes y por tanto solicita revocar la decisión.*

*Revisado entonces el material probatorio aportado por la actora, debe indicar la Sala de una vez, que no encuentra tales inconsistencias y que tanto el documental como el testimonial certifican que fue la señora Balanta Loba, quien convivió con el señor Jesús María Riascos los últimos años de su vida, incluso más de los cinco que establece la ley.*

*Como documentales se aportaron no solo el registro civil de matrimonio ya referido y que obra a folio 21 del plenario, sino también el carné que identificaba a la actora como beneficiaria en salud de su cónyuge, fls. 25, 28 entre otros y, tres escritos fechados en los años 2004, 2010 y 2012, fls. 30, 31 y 35 vuelto, en los que el pensionado la designa como beneficiaria de la pensión en caso de fallecimiento ante la encargada del pago de la prestación en aquella época, atendiendo lo dispuesto en la Ley 44 de 1980. Es de anotar que también obra una declaración conjunta de la pareja, en la que dan cuenta ante notario, el 28 de marzo de 2012, de su convivencia durante 35 años, fl. 22. Igualmente fueron aportadas varias fotografías de la pareja, fls. 99 a 102.*

*Es decir, desde por lo menos el 14 de diciembre de 2002 (fecha del matrimonio) hasta marzo de 2012, la pareja permaneció unida en matrimonio, el documento que lo certifica carece de nota marginal de cesación de sus efectos civiles o de disolución de la sociedad conyugal, con lo que se satisface el requisito de convivencia tratándose de cónyuge, por lo menos durante 5 años en cualquier tiempo y sociedad conyugal vigente.*

*Ello sería suficiente para acceder a reconocer el derecho; sin embargo la actora demostró con testimonios que la relación se mantuvo hasta el momento del deceso del causante.*

En interrogatorio de parte (minuto 1:00:45 del archivo audiencia del artículo 80) la señora **ORFANY BALANTA LOBOA**, afirma convivieron hace aproximadamente 45 años, que se casaron el 10 de diciembre de 2002, que procrearon cuatro hijos; que nunca se separaron; que nunca conoció a la señora **ANTONIA RAFAELA CAICEDO**, ni supo de otras relaciones mientras estuvo con ella, aunque acepta que antes de su unión, el señor Jesús María tuvo otra mujer y otros hijos; pero que la señora de nombre Dioselina Valencia contrajo posteriormente matrimonio y tiene otros hijos de su nueva relación; agregando que mientras estuvo hospitalizado el causante, fue ella en compañía de una hija quien lo cuidó hasta cuando murió y fue ella la que estuvo a cargo del sepelio y la única que recibió condolencias como esposa

En ese mismo sentido declararon Leonardo Solís Cuenun (minuto 4:39 del mismo archivo), vecino de la pareja en el barrio Kennedy y quien los conoció hace por lo menos 25 años; indica que fue muy cercano a ellos, que los visitaba y que siguió haciéndolo cuando ellos se pasaron para el barrio 14 de julio, que allí vivían cuando falleció el señor Chuma, como le decían de cariño; nunca supo de otra compañera, siempre fue Orfany la persona con la que vivió, con ella tuvo cuatro hijos, da sus nombres y asevera que fue esa señora quien lo acompañó hasta su muerte. Ranulfo Riascos Caicedo (minuto 16:17 del mismo archivo) es hermano del causante y certifica la convivencia de este con la señora Dioselina Valencia y posteriormente con Orfany Balanta hasta su muerte, ratifica lo dicho por la actora respecto a Dioselina y confirma que fue Orfany quien vivió con su hermano y lo acompañó hasta su muerte, brindándole sus cuidados. Edith Rivas Izquierdo (minuto 35:32 idem) vecina de la pareja en el barrio 14 de julio desde hace 20 años y; Esteban Abraham Hurtado Anizales (minuto 47:35 del mismo archivo) amigo de la pareja también desde hace 20 años.

Todos esos declarantes informan y certifican la convivencia de la pareja desde hace muchos más de 5 años, hasta la muerte de Jesús María Riascos Caicedo; todos indican en forma hilada y conteste, que no hubo separaciones entre ellos, que tuvieron 4 hijos todos mayores de edad, que fue Orfany Balanta la mujer que acompañó al causante en su enfermedad y quien se ocupó de su sepelio, el velorio en la misma casa en la que vivían en el barrio 14 de julio, la sepultura en el cementerio central.

Una prueba adicional, la señora Orfany Balanta da como dirección de su casa, el barrio 14 de julio parte baja, calle 38 B No 5-23 de Buenaventura, la misma que aparece en la historia clínica del pensionado, específicamente a folio 94 del plenario, cuando lo atendían pocos meses antes de fallecer.

Analizada la prueba en su conjunto, concluye la Sala, que en realidad como lo indicó el a quo, la condición de beneficiaria de la señora Orfany Balanta Lobo, quedó demostrada, sin que se observe en las pruebas testimoniales las inconsistencias argumentadas por la accionada. En consecuencia, en ese aspecto se confirmará la decisión.

Ahora, en cuanto al tema de la buena fe para efectos de costas procesales, debe indicar la Sala, que según lo dispuesto en el artículo 365 del C.G. del Proceso aplicable por remisión expresa al proceso laboral, en su numeral 1° “se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto”, de lo que se advierte que la condena en costas tiene por objeto sancionar al litigante o parte que resulte vencida en un proceso o incidente o en un recurso, en el entendido de que entre las partes se incluye a terceros comparecientes y vinculados al proceso. A su vez, el ordinal tercero del mencionado canon prescribe expresamente que “En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.”

De lo anterior resulta lógico predicar, como regla general, que el juez de la causa debe fulminar condena en costas a la parte vencida porque su imposición nace del ejercicio propio del derecho.

Por lo anterior habrá de CONFIRMARSE la sentencia que por vía de recurso de apelación se revisa, salvo se itera, el ordinal 6º de la misma, que será revocado parcialmente, en lo que tiene que ver con la absolución de la UGPP frente a la señora Antonia Rafaela Caicedo Castillo, por lo ya anotado.

#### 4. COSTAS

Sin costas en esta instancia, habida cuenta que de no haberse apelado la decisión, igualmente habría sido conocida en consulta. (modificación, según observación doctora Ruano)

#### 5. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE EL ORDINAL SEXTO**, de la SENTENCIA No. 064 proferida el 06 de noviembre 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura Valle, dentro del proceso, adelantado por **ORFANY BALANTA LOBOA** en contra de **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - UGPP**, en lo que tiene que ver con la absolución de la accionada frente a la señora **ANTONIA RAFAELA CAICEDO CASTILLO**, por lo anotado en la parte motiva.

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

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia, por lo anotado en la parte motiva.

**CUARTO: DEVUÉLVASE** a su lugar de origen una vez en firme el presente proveído.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Las Magistradas,



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE

Ponente



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS



MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR

**Firmado Por:**

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**Despacho 001 De La Sala Laboral Del 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:*

**4488e1040c772018eb2300b8e3fbbe6368f207f0cfed5564204c308baf5bc55e**

*Documento generado en 15/09/2020 06:14:20 p.m.*



RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO: ORDINARIO LABORAL  
GRUPO: CONSULTA DE SENTENCIA  
DEMANDANTE: MARIA IDALE AGUIRRE PAZ  
DEMANDADO: COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO COOTRAIPI  
RADICACIÓN: 76-111-31-05-001-2017-00224-01

Guadalajara de Buga, Valle, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020).

En la fecha indicada, atendiendo lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, la Sala Segunda de Decisión Laboral, procede a dictar en forma escrita la sentencia por medio de la cual se **resuelve en grado jurisdiccional de consulta la Sentencia No. 3 del 21 de enero de 2020**, proferida por el **Juzgado Laboral del Circuito de Buga, Valle**, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Dentro del término de traslado concedido a las partes para presenta alegatos, estas guardaron silencio.

Procede en consecuencia la Sala a proferir la

**Sentencia No.162**

**Discutida y aprobada según acta No. 35**

**1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL**

En demanda presentada el 10 de mayo de 2017, en contra de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO COOTRAIPI (de aquí en adelante solo COOTRAIPI)**, pretende la señora MARIA IDALE AGUIRRE PAZ “el ajuste a los aportes a pensiones obligatorias de acuerdo al salario real, desde el mes de septiembre de 2014 y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, y el reconocimiento y pago de los dineros dejados de percibir por concepto de subsidio por incapacidad temporal conforme a la relación que elabora” (fol. 52 y 53)

Los hechos relevantes en los cuales se sustentaron tales pretensiones, expresan, que desde el 28 de enero de 2008 se vinculó a laborar con la demandada en el cargo de auditora mediante contrato de trabajo a término fijo, que se encuentra incapacitada superando los 180 días y que pese a que el salario pactado corresponde a la suma de \$2.850.000, el fondo de pensiones le está cancelando por concepto de incapacidad la suma de un salario mínimo; que la demandada desde el mes de septiembre de 2014 empezó a cotizar al fondo de pensiones Porvenir sobre una base inferior al salario, que debido a ese pago el fondo de pensiones está cancelando un valor muy inferior por el concepto de subsidio de incapacidad pues su ingreso se redujo en un 75%

El juzgado admitió la demanda y dispuso correr el traslado de rigor a la parte demandada (fol. 55); surtido dicho trámite, se recibió respuesta a la acción (fls. 62 y ss), en la que se opuso a las pretensiones y propuso como siguientes excepciones: “cobro de lo no debido, inexistencia del derecho invocado y buena fe”

*En la diligencia contemplada en el Art. 77 CPT, el litigio se fijó en determinar “el ingreso base de cotización de la demandante para efectos de establecer un posible ajuste a los valores percibidos mientras ha estado incapacitada, por cuanto alega se cotizaron en menor valor”.*

*La parte demandante allegó unas pruebas que no fueron tenidas en cuenta por el juez de primera instancia por ser extemporáneas”*

*Surtido en legal forma el trámite procesal de primera instancia, mediante Sentencia No. 3 del 21 de enero de 2020, el Juzgado resolvió declarar la existencia del contrato de trabajo y negó las pretensiones.*

## **2. FUNDAMENTOS DEL FALLO APELADO**

*Inició el juez informado la resulta absolutoria y dejando sentados los presupuestos procesales; hizo un recuento de los antecedentes, informó los hechos fuera de debate que fueron admitidos por la demandada y dejó sentado que el problema jurídico a resolver que es el siguiente: “si la demandada ajustó o no frente a la ley, a partir de septiembre de 2014 el pago del ingreso base de cotización de la demandante con destino a la AFP Porvenir”- aseguró que la tesis del despacho es que al devengar la demandante una incapacidad temporal, subsidio o auxilio durante la vigencia de su relación laboral, prestación consagrada por el legislador dentro del sistema de salud y pensiones, en ese momento no se devengaba salario y por tanto se considera que la demandada si ajustó el valor que le correspondía pagar.*

*Seguidamente explicó la diferencia entre salario y auxilio de incapacidad, se refirió a la obligatoriedad del pago de los aportes conforme a los art. 17 y 18 de la ley 100/93 modificada por el art 4 y 5 797/2003, seguidamente dejó establecido el salario que devengaba la demandada que para el año 2014 y aseguró que para el mes de agosto de 2014 la demandante ya no devengaba salario sino que estaba recibiendo un auxilio con cargo al sistema de seguridad social, y explicó el concepto de las incapacidades sustentándose en la Sentencia T-144 de 2016 y el Art. 49 constitucional; con esa precisión acudió el juez a lo consagrado en el Art. 227 CST indicando que tratándose enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho al pago del auxilio desde el día 3 y hasta el día 90 en las 2/3 partes y desde el día 91 y por el tiempo restante en razón de la mitad del salario; acudió también al art. 206 ibídem leyendo su contenido, acto seguido acudió art 1 del decreto 2943 de 2013 que modifico el par. 1° del 40 decreto 1406 1999 de donde extrajo que el pago de los 2 primeros días por incapacidad de origen común corresponden al empleador, pasó al art. 142 del decreto 019 de 2012 de donde se señala que el pago de los días 3 al 180 están a cargo de las EPS y que si la incapacidad persiste y supera el 181 el pago corresponde a la administradora de pensiones*

*Afirmó el juez que para determinar el IBC a pagar durante las incapacidades o subsidio por enfermedad se debe acudir al art 40 decreto 1406 1999 y art. 3.2.1.10 del Dto. 780/16 por medio del cual se expidió decreto único reglamentario de salud; donde se dispone que habrá lugar al pago de los aportes al sistema en salud y pensión y que para efectos de liquidar los aportes, cuando se reconoce la incapacidad por riesgo común se tomará como IBC el valor de la incapacidad o licencia de maternidad según sea el caso.*

*Concluye que sistematizando lo antes señalado el empleador para realizar el pago de la cotización a pensión lo hará sobre 2/3 partes o el 66.67% hasta los primeros 90 días y la mitad del salario por el restante. Y con esa conclusión negó los pedimentos de la demanda.*

## **3. MOTIVACIONES DE LA APELACIÓN PARTE DEMANDANTE:**

*La apoderada de la activa señaló estar inconforme con la decisión; aseguró que la demandante desde el 20 de marzo de 2014 al 14 sept 2014 recibió el pago de incapacidades por la EPS por valor de \$1.390.652 conforme al art. 227, y que desde el día 90 al 180 recibió \$1.190.050 que representaba el 50% del salario –IBC- reportado por el empleador hasta agosto de 2014, que a*

partir del día 181 el demandado reportó en las planillas Pila, en la casilla “salario” un valor errado de su ingreso, sobre el cual se estiman sus prestaciones sociales. Añadió que en esta misma planilla hay otra casilla que se llama “IBC” y que según lo proferido por el despacho el reporte se ajusta a derecho, pero el error de la demandada es el mal diligenciamiento de la pila en la casilla donde disminuye su salario; casilla con la cual el fondo de pensiones debe pagar conforme el Art. 227 del CST y debe ponderar lo reportado por 10 años para definir su mesada pensional y ahí fue cuando se vio disminuido el salario desde septiembre de 2014 hasta la fecha y por el cual al reportar en la casilla salario el valor disminuido, el fondo de pensiones aprovechó el error para liquidar el subsidio de incapacidad médica, no con el valor de su salario, sino por el valor disminuido del IBC reportado, del cual son 2 casillas diferentes.

Finalmente insiste en que la calidad de vida de la demandante no puede verse desmejorada al cumplirse los 180 de incapacidad, pues recibía el pago de las incapacidad de sobre el 50% de sus salarios cuando eran liquidadas y pagadas por su EPS SOS recibiendo el valor \$1.190.000 y al superar los 181, lo que cambió fue la entidad que debía pagar las incapacidades que en este caso es PORVENIR y cuando esta liquidó y pago las incapacidades desde septiembre 14 de 2014 al 2 de octubre de 2018, lo hizo por 1 SMLMV- que representa el 50% del salario e IBC errónea y arbitrariamente reportado en las planillas pila por su empleador; lo que afectó el pago de las incapacidades desde el día 180 y afectó la liquidación de su mesada pensional pues tomaron el IBC o salario desde enero de 2008 a diciembre de 2018- periodos donde se refleja la disfunción el 50% del salario desde septiembre. Por lo anterior pide se ordene el ajuste de las planillas de los aportes realizados a seguridad social desde septiembre de 2014 hasta la fecha del retiro; se ordene el pago del menor valor reconocido como subsidio de incapacidad medica entre el 15 septiembre de 2014 al 12 octubre de 2018 y se ordene la reliquidación del retroactivo y mesada pensional por invalidez.

#### **4. CONSIDERACIONES**

##### **Cuestión preliminar**

Analizadas las pretensiones de la demanda y lo resuelto en la sentencia recurrida, debe decirse que los argumentos planteados por la parte actora en el recurso presentado impiden su estudio, toda vez que al revisarse los mismos se afecta el principio de consonancia que rige en materia laboral, conforme lo preceptuado en el artículo 66A del CPTSS, pues si bien en ellos se manifiesta inconformidad con la decisión del a quo, en tanto la misma les resultó adversa a sus pretensiones, el recurso se fundamenta en hechos totalmente novedosos, en ellos se realiza una mixtura de situaciones distintas a las narradas en la demanda inicial y aquellas que si fueron debatidas

Se explica lo anterior, teniendo en cuenta que, -como se dejó establecido en los antecedentes- la petición inicial de la demanda se contraía a reclamar “el ajuste a los aportes a pensiones obligatorias de acuerdo al salario real, desde el mes de septiembre de 2014 y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, y al reconocimiento y pago de los dineros dejados de percibir por concepto de subsidio por incapacidad temporal en los periodos allí relacionados” y con ese pedimentos fue que la demandada presentó su contestación y bajo esos argumentos se fijó el litigio y fue emitida la sentencia; no obstante en el recurso de apelación que se acaba de reseñar, se evidencia que la activa explica que el demandado reportó en las planillas Pila, en la casilla “salario” un valor errado de su ingreso. Y más adelante agrega que el error de la demandada es el mal diligenciamiento de la planilla PILA en la casilla donde disminuye su salario; casilla con la cual el fondo de pensiones debe pagar conforme el Art. 227 del CST y debe ponderar lo reportado por 10 años para definir su mesada pensional y ahí fue cuando se vio disminuido el salario desde septiembre de 2014 hasta la fecha y por el cual al reportar en la casilla salario el valor disminuido, el fondo de pensiones aprovechó el error para liquidar el subsidio de incapacidad médica, no con el valor de su salario, sino por el valor disminuido del IBC reportado.

Y como reclamamos a esta instancia eleva los siguientes: se ordene el ajuste de las planillas de los aportes realizados a seguridad social desde septiembre de 2014 hasta la fecha del retiro; se ordene el pago del menor valor

reconocido como subsidio de incapacidad medica entre el 15 septiembre de 2014 al 12 octubre de 2018 y se ordene la reliquidación del retroactivo y mesada pensional por invalidez.

Así las cosas, se advierte que no existe congruencia entre la sentencia emitida y el sustento del recurso elevado, al punto que se reclama del demandado algo que escapa a su propia posibilidad, pues se pide reliquidación, pagos de mesadas pensionales y retroactivo, siendo esto competencia de un tercero que no fue vinculado al asunto.

Ahora, teniendo en cuenta que la decisión fue completamente desfavorable a los intereses de la actora, se revisará el proceso en grado jurisdiccional de consulta.

#### **4.1. PROBLEMA JURIDICO**

Así las cosas y dado el estudio en grado jurisdiccional de consulta, el objeto del debate reside en determinar, si en este caso, la sentencia proferida se ajusta a las normas legales y a la jurisprudencia aplicable al caso.

#### **4.2. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES Y DESARROLLO DEL PROBLEMA PLANTEADO**

Desde la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y SS, las partes fijaron como debate “determinar el ingreso base de cotización de la demandante de acuerdo a su condición para efectos de establecer un posible ajuste a los valores percibidos mientras ha estado incapacitada, por cuanto alega se cotizaron en menor valor”. (Audio 1 min 10:30).

Teniendo claro el norte fijado por las propias partes, se iniciará por hacer una delimitación jurídica, normativa y jurisprudencial tangencial, pues el juez de primera instancia realizó este ejercicio ampliamente.

En asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, en los que el trabajador(a) se encuentra disminuido en su capacidad laboral por cuenta de una enfermedad de origen común (situación que en este asunto no es objeto de debate) es preciso acudir al artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo, que a la letra indica:

“En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.

Norma que debe ser analizada, a la luz de la Ley 100 de 1993, adicionada y modificada en distintas oportunidades y; de los Decretos 1406 de 1999 y 780 de 2016, ley y decretos, en los cuales está establecido el sistema de seguridad social integral, regulados los temas de aportes al sistema y; en el último, compilado lo relativo al sector salud y protección social.

De cara a esas normativas, el pago de las incapacidades de origen común que se otorguen a los trabajadores dependientes -debidamente afiliados al Sistema-, estarán a cargo de los respectivos empleadores durante los dos (2) primeros días; de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y hasta el ciento ochenta (180) y; de los fondos de pensiones, entre el día ciento ochenta y uno (181) y el quinientos cuarenta (540), según lo dispone el artículo 41 de la ley 100 de 1993, inciso 5, donde se explica que la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Ahora bien, durante esos períodos de incapacidad por riesgo común o de licencia de maternidad, el empleador debe continuar ejecutando los pagos a la Seguridad Social, debido a que no hay suspensión del contrato, sin embargo estos pagos tienen un tratamiento diferente;



el Art. 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el Decreto 2943 de 2013, y finalmente compilado en el artículo 3.2.1.10 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, señala:

*“Durante los periodos de incapacidad por riesgo común o de licencia de maternidad, habrá lugar al pago de los aportes a los Sistemas de Salud y de Pensiones. Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al periodo por el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso Base de Cotización el valor de la incapacidad o licencia de maternidad según sea el caso.*

*En el evento de incapacidad derivada de riesgo común o de licencia de maternidad, los aportes al Sistema de Pensiones serán de cargo de los empleadores y empleados, en la proporción que establece la Ley.*

No obstante lo anterior, debe recordarse que en ningún caso y bajo ninguna circunstancia el IBC puede ser inferior al salario mínimo mensual legal mensual vigente para cada anualidad

Así las cosas, teniendo claro que el auxilio de incapacidad se paga en razón de las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante, en esa misma proporción deben efectuarse las cotizaciones.

Así mismo lo explicó la Corte Suprema de Justicia en su sala Laboral de tiempo atrás, cuando en sede de juez de tutela<sup>1</sup> resolvió lo siguiente:

*“En tal contexto, la controversia se reduce a determinar la validez de la forma en la que la Fiscalía General de la Nación realiza las cotizaciones al sistema de seguridad social y, concretamente, a establecer si puede desligarse de dicha obligación o reportar un salario diferente del que la servidora percibe, además de la influencia que tal situación pueda tener sobre los derechos fundamentales de la misma.*

*El artículo 70 del Decreto 806 de 1998 establece que “[para efectos de liquidar los aportes correspondientes al periodo durante el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso Base de Cotización, el valor de la incapacidad o de la licencia de maternidad según sea el caso, manteniéndose la misma proporción en la cotización que le corresponde al empleador y al trabajador.” (Negritas fuera de texto).*

*Igualmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 “[durante los periodos de incapacidad por riesgo común o de licencia de maternidad, habrá lugar al pago de los aportes a los Sistemas de Salud y de Pensiones. Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al periodo por el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso Base de Cotización el valor de la incapacidad o licencia de maternidad según sea el caso (...) En el evento de incapacidad derivada de riesgo común o de licencia de maternidad, los aportes al Sistema de Pensiones serán de cargo de los empleadores y empleados, en la proporción que establece la Ley. Cuando los empleadores opten por pagar el valor de las incapacidades que en este evento se causen, podrán repetir dicho valor contra la respectiva EPS, al igual que descontar de aquéllas el valor de los aportes al Sistema de Pensiones a cargo de sus empleados.”*

*Esto es que, en vigencia del vínculo laboral, como aquí sucede, la entidad empleadora tiene la obligación de realizar las cotizaciones al sistema de seguridad social integral, durante los periodos de incapacidad por origen común, sin que exista alguna disposición normativa que la autorice para relevarse de tal obligación o para definir unilateralmente los términos y condiciones bajo los cuales debe seguir cotizando.*

*No resulta aceptable, en ese orden, la afirmación elevada por la entidad accionada en torno a que los aportes se deben realizar solamente “(...) en aras de colaborar”.*

*Ahora bien, en cuanto a la base de cotización, que es precisamente lo que la actora discute, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, debe corresponder con el valor pagado por incapacidad y no necesariamente con el salario, como se reclama en la impugnación. Así, las cotizaciones deben tener*

---

<sup>1</sup> Sentencia T 33227 29/06/2011 acción de tutela - segunda instancia M. P. Gustavo José Gnecco Mendoza

como parámetro las dos terceras partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario durante los días restantes.”

Y de igual manera se manifestó el Ministerio del trabajo en concepto 52751 de 2014

*“En consecuencia, de acuerdo con el citado artículo, es claro que durante el periodo de incapacidad de origen común, y en el entendido que la incapacidad no suspende el contrato de trabajo, el empleador y el trabajador estarán obligados a realizar los pagos de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral sobre el valor de la incapacidad, en las mismas proporciones establecidas para el empleador (8,5% para salud, el 75% para pensión) y el trabajador (4% para salud y 25% para pensión), siendo la EPS la encargada de descontar del valor de la incapacidad, el monto correspondiente a la cotización del trabajador al sistema de salud.”*

*En el sub judice, de los documentos aportados por las partes, se pueden extraer los valores de salarios pactados para los años 2014 a 2017:*

- Año 2014 la suma de \$2´380.100 fol. 6
- Año 2015 la suma de \$2´489.600 fol. 91
- Año 2016 la suma de \$2´663.900 fol. 7
- Año 2017 la suma de \$2´850.400 fol. 8

*Y que, revisadas las planillas o relaciones de aportes o cotización, aportadas por la misma demandante (fol. 12 a 17—37 a 41), se advierte con meridiana claridad, que la cooperativa accionada efectuó los pagos al subsistema de seguridad social en pensión en el monto que le correspondía, pues haciendo una operación matemática básica, se advierte que el Ingreso Base sobre el cual se Cotizó dentro de los años 2014 a 2017 corresponde al 50% del salario que estaba pactado entre las partes para cada una de esas anualidades Así:*

- año 2014 la suma de \$1´190.000
- año 2015 la suma de \$1´245.000
- año 2016 la suma de \$1´332.000
- año 2017 la suma de \$1´425.000

*Conforme entonces la ley y las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias que sobre el tema se citaron previamente, puede concluirse que razón le asistió al juez de primera instancia al negar la pretensión de reajuste del ingreso base de cotización, toda vez que, como ya se indicó, la ahora ex empleadora cumplió con su obligación tal como lo impone la ley.*

*Ahora respecto a la pretensión correspondiente al pago de los dineros dejados de percibir por concepto de subsidio por incapacidad temporal desde el mes de septiembre de 2014 en adelante; debe señalarse, que está demostrado que el empleador cumplió con su obligación de asegurar a la demandante en el sistema de seguridad social integral y por tanto el pago de dichos auxilios corresponde a un tercero y no es posible imponer dicha condena en cabeza de la accionada, por lo menos no, bajo los argumentos que aquí se debatieron.*

*Se confirmará en consecuencia la sentencia que por vía de consulta se ha revisado.*

## **5. COSTAS**

*No se impondrán en esta sede, toda vez que se revisa en grado jurisdiccional de consulta.*

## **6. DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia, identificada con el **No. 3 del 21 de enero de 2020**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga, Valle**, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARIA IDALE AGUIRRE PAZ** contra **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO COOTRAPI**, conforme a las razones que anteceden.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en la instancia

**TERCERO: DEVUÉLVASE** el proceso a su lugar de origen una vez en firme el presente proveído.

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE,**

Las Magistradas,



**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**

**Ponente**



**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**



**MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR**

***Firmado Por:***

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE  
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL  
Despacho 001 De La Sala Laboral Del 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:*

**0915077a93ba578ac0d7454e3560caea9b0b62c02dedad67c5248835acfa5185**

*Documento generado en 15/09/2020 06:15:32 p.m.*



RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

**REFERENCIA:** APELACIÓN DE SENTENCIA  
**DEMANDANTE:** RAMIRO ARIAS OSPINA  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES  
**RADICACIÓN:** 76-520-31-05-001-2018-00007-00

Guadalajara de Buga, Valle, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020).

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede, la Sala Segunda de Decisión Laboral, a resolver en forma escrita, previo traslado a las partes para las alegaciones finales, el **recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, contra la sentencia No. 103 proferida el 23 de agosto de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Palmira, Valle, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.**

**Sentencia No. 168**

**Discutida y aprobada mediante Acta No. 35**

## **1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL**

En demanda presentada el 05 de enero de 2018, pretende el señor RAMIRO ARIAS OSPINA que se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a su favor, la pensión de vejez a que tiene derecho, a partir del 29 de agosto 2017, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde el primero de enero de 2018 hasta que se haga efectiva la inclusión en nómina, el pago de mesadas dejadas de percibir, lo que resulte probado con sustento en las facultades ultra y extra petita y cancelar las costas del proceso. Como pretensión subsidiaria pide que se indexen los valores que resulten de la condena.

Sostiene para así pedir, que goza de una pensión de jubilación extra legal reconocida por el Municipio de Palmira mediante resolución 00559 del 06 de mayo de 2005, en virtud de convención colectiva de trabajo vigente para el periodo 2003 a 2005 entre el Municipio de Palmira y sus trabajadores oficiales; que realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 24 de noviembre de 1970 hasta el 31 de octubre de 2017 reuniendo un total de 2.066.86 semanas cotizadas; que el 29 de agosto de 2017 radicó solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez; que mediante Resolución SUB 244574 del 31 de octubre de 2017 la entidad demanda negó el reconocimiento y pago de la prestación bajo el argumento de que no se pueden incluir los tiempo laborados para el Municipio de Palmira, con lo cual solo acredita un total de 173 semanas y con 63 años de edad, también indica que no hay posibilidad de recibir dos pensiones con asignaciones a cargo del tesoro público e igualmente señaló que la pensión de vejez y de jubilación sólo están permitidas cuando la pensión de vejez se conforma con aportes privados, ya que de caso contrario resultan incompatibles.

La demanda fue admitida mediante auto del 16 de febrero de 2018; notificada a Colpensiones, y al director de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, (fls 54 y 55) se pronunció únicamente la accionada, dando respuesta a los hechos, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo como excepciones de fondo INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN

Y COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE AGOTAR EN DEBIDA FORMA LA RECLAMACION ADMINISTRATIVA ANTE LA ENTIDAD (se resolvió como previa en la primera audiencia de trámite, declarándose no próspera), BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA, , INNOMINADA Y PRESCRIPCIÓN. Se sustenta la defensa en la insuficiencia de semanas cotizadas para alcanzar el derecho que reclama (fls 73 al 95)

Mediante auto del 16 de octubre de 2018, se dispuso conformar el litis consorte necesario y se ordenó integrar al proceso al Municipio de Palmira representado legalmente por el alcalde señor JAIRO ORTEGA SANBONI (fls 99)

Por medio de escrito allegado al despacho, la apoderada judicial del ente territorial vinculado, contestó la demanda, pronunciándose frente a los hechos y las pretensiones y proponiendo como excepciones FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, FALTA DE RELACIÓN POR CAUSALIDAD E INCUMPLIMIENTO DEL ACTOR DE SU CARGA PROBATORIA. Sustentando su defensa en que las pretensiones de la parte actora carecen de fundamento factico y jurídico en contra del Municipio de Palmira, pues claramente se evidencia que no es esa entidad, la llamada a responder por ninguna de las pretensiones, razón por la cual pide que se desvincule del proceso (fls 126 al 131).

Posteriormente, fue aportada al plenario, copia de la Resolución SUB 190607 del 17 de julio de 2018, por medio de la cual se da contestación positiva a la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión vejez “compartida” radicada el 18 de junio de 2018, en la cual se indica que el señor RAMIRO ARIAS OSPINA cuenta con 2.103 semanas y con 63 años de edad, cumpliendo así con los requisitos establecidos en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003; la prestación se reconoce a partir del 7 de abril de 2017, en cuantía igual a \$2.330.215 y para el año 2018 de \$2.425.521.

Surtido en legal forma el trámite procesal de primera instancia, mediante Sentencia No. 103 del 23 de agosto de 2019, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Palmira declara no probadas las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y prescripción propuesta por la entidad demandada; declara que la pensión de jubilación que le otorgo el Municipio de Palmira al señor Ramiro Arias a través de Resolución 0559 del 06 de mayo de 2005 suscrita entre Empleados Públicos de Palmira y el Sindicato de Trabajadores Oficiales con fundamento en el artículo 60 de la convención colectiva del trabajo vigente para el periodo comprendido entre el 19 de noviembre de 2003 y el 18 de noviembre de 2005 es compatible en un 100% con la que le otorgo la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a través de la Resolución SUB 190607 del 17 de julio de 2018 teniendo en cuenta que las partes que suscribieron el acuerdo convencional pactaron en forma expresa tal compatibilidad; absolvió a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de lo pretendido por concepto de intereses moratorios pero la condenó en costas procesales.

## **2. MOTIVACIONES**

### **2.1. DEL FALLO APELADO**

Determinó el a quo, que frente a lo reclamado y con el propósito de resolver el problema jurídico debe recordar que la Ley 90 de 1946 y el Acuerdo 224 de 1966 del Instituto de Seguros, aprobado por el Decreto 3041 de ese mismo año regularon las figuras de compatibilidad y compatibilidad de las pensiones de origen legal y tratándose de pensiones convencionales, extra legales o voluntarias, su compatibilidad con la pensión de vejez que reconoce el ISS fue únicamente posible a partir del 17 de octubre de 1985, al entrar en vigencia el Decreto 2879 de 1985 en su artículo 5 que aprobó el acuerdo 029 del 26 de septiembre emanado por el Concejo Nacional De Seguros Sociales Obligatorios.

Según el criterio jurisprudencial de la honorable Corte Suprema de Justicia, a partir del 17 de octubre de 1985 es factible compartir pensiones de jubilación extralegal o voluntarias con las reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales, a no ser que las partes hayan dispuesto expresamente en la respetiva convención, pacto colectivo, laudo arbitral; así lo tiene establecido la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la del 17 de mayo de 2005 radicado 25251, SL701 del 2013, SL 1366 de 2014, SL 4365 de 2016, SL8754 del 2016 y SL 1688 del 2017; en ese orden claramente se aprecia que en el texto convencional que fue aportado por la parte demandante como sustento normativo de lo pretendido, suscrito el 12 de diciembre de 2003 folios 8 al 25, las partes expresamente pactaron la compatibilidad pensional tal como se colige en lo previsto en el artículo 60 folio 21 y fue con fundamento en ese artículo que el Municipio de Palmira le otorgó la pensión de jubilación al señor RAMIRO ARIAS OSPINA como claramente se ve en la Resolución 0559 del 06 de mayo de 2005 quedando el presupuesto de continuar con los aportes al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, compromiso que cumplió hasta el 31 de octubre de 2017 tal como se concluye de la historia laboral expedida por la entidad demandada actualizada al 29 de noviembre de 2017 folio 29 al 41; en ese orden de ideas, concluyó el fallador, resulta viable acceder a lo pretendido por el actor, en el sentido de declarar que la pensión de jubilación que le otorgó el Municipio de Palmira es compatible en un 100% con la de vejez que le otorgó la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones; como consecuencia de lo anterior condenó a Colpensiones a que, una vez en firme la presente providencia, proceda a modificar la Resolución SUB 190607 del 17 de julio de 2018 en el sentido que tiene que señalar que la pensión de vejez que le otorgó al señor RAMIRO ARIAS OSPINA a partir del 07 de abril de 2017 a través de acto administrativo es compatible con la pensión de jubilación que le concedió el Municipio de Palmira por medio de la Resolución 0559 del 06 de mayo de 2005.

En cuanto a la pretensión de intereses moratorios, consideró que no hay lugar a interponer condena por este concepto, atendiendo que el retroactivo pensional fue ingresado en la nómina en el periodo 2018 -08 que se pagó en el periodo 2018-09 o sea que finalmente no se presentó mora en el pago de las mesadas adeudadas

## **2.2 DEL RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de la entidad demanda Colpensiones inconforme con la decisión presenta recurso de apelación; considera que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de carácter compatible con la pensión de jubilación del Municipio de Palmira, ya que fue reconocida con posterioridad al Decreto 2879 de 1985; insiste en la legalidad de la Resolución 190607 del 17 de julio de 2018 y solicita que se revoque la sentencia.

Dentro del término de traslado concedido para las alegaciones finales, se recibieron escritos de ambas partes; la accionada, a través de su vocera judicial, insiste en la incompatibilidad de la pensión cancelada por el Municipio de Palmira, con la reconocida por su procurada; considera por tanto, que Colpensiones actuó conforme la ley y por tanto solicita que se revoque la sentencia. El apoderado del demandante, solicita en cambio la confirmación de la decisión, considera que Colpensiones no reconoció la compatibilidad de la pensión, desconociendo lo pactado en la convención colectiva de trabajo.

## **3. CONSIDERACIONES**

### **3.1. PROBLEMA JURÍDICO**

Teniendo en cuenta lo expuesto en el recurso de apelación presentado por Colpensiones, el problema jurídico que debe ser resuelto, radica en determinar si la pensión reconocida a favor del demandante señor RAMIRO ARIAS OSPINA es de carácter compatible o compartido.

### 3.2. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES Y CASO CONCRETO

Los artículos 60 y 61 del CPTSS, establecen los deberes que tiene el juez en materia de pruebas, fallar conforme las allegadas al plenario en forma legal y oportuna, formar libremente su convencimiento e indicar los medios probatorios en los cuales sustenta su decisión.

Las partes, por su lado, tienen la obligación de aportar al proceso las pruebas que consideren necesarias para sacar adelante sus pretensiones o para probar las excepciones por medio de las cuales se oponen a aquellas, de tal suerte que le brinden al fallador, la certeza suficiente para resolver.

En el presente asunto, fue aportado el convenio colectivo de trabajo, entre los trabajadores oficiales pertenecientes al sindicato y el Municipio de Palmira, vigente para el 19 de diciembre de 2003 hasta el 18 de noviembre de 2005, en el cual las partes convinieron específicamente en su artículo 60 los requisitos para acceder a la pensión de jubilación; en el literal a de dicho canon, se dispone que las pensiones de invalidez, vejez y muerte que sean reconocidas por los fondos de pensiones **son compatibles** con la de jubilación que pague el Municipio a sus trabajadores oficiales y servidores públicos, quienes tendrán derecho al 100% de la pensión que pague el Municipio y al 100% de la pensión que pague el respectivo fondo pensional.

De lo anterior se deduce que no hay asomo de duda, en cuanto a que la decisión del fallador de instancia se encuentra ajustada a derecho, específicamente al artículo 5º del Decreto 2879 de 1995, que a la letra indica:

*“ARTÍCULO 5o. Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este Acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de Vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono...”*

**PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.”** (negritas ajenas al texto)

La compatibilidad pensional tiene como sustento la propia decisión del Municipio de Palmira, que la acordó con el sindicato de trabajadores de esa entidad y elevó dicho acuerdo a una convención colectiva, por manera que no hay razón alguna para que Colpensiones insista en la imposibilidad de reconocer la prestación con un argumento inexistente.

Pero si lo anterior no fuera suficiente, considera esta Corporación que no le asiste legitimación para reclamar a la referida entidad de seguridad social, habida cuenta que compatible o compatible, el demandante tiene derecho a la pensión de vejez a cargo de Colpensiones, toda vez que cotizó para el régimen que administra más de las semanas establecidas en la ley para acceder a su derecho y por tanto se impone el reconocimiento a cargo de esa entidad, independientemente de que el Municipio de Palmira cancele el 100% o el mayor valor.

Teniendo en cuenta que se impuso una condena en contra de Colpensiones, procede la revisión en grado jurisdiccional de consulta a su favor, en los términos del artículo 69 A del CPTSS.

El señor Arias Ospina, nació el 7 de abril de 1955, tal como se acredita con el documento visible a folio 3 del plenario; es decir, cumplió la edad mínima para acceder a la pensión de vejez a cargo de la accionada en la misma fecha del año 2017, conforme lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la 797 de 2003; para esa fecha contaba con



2.099 semanas cotizadas, según lo indicado en la Resolución No. SUB190607 del 17 de julio de 2018 (fl. 146); la accionada le reconoció la prestación a partir del 7 de abril de 2017; es decir, el derecho se observa acreditado y no se afectó con el paso del tiempo mesada alguna.

En este orden de ideas, se **CONFIRMARÁ** el fallo apelado, por ajustarse a la ley y a las pruebas aportadas.

#### 4. COSTAS

En esta instancia a cargo de Colpensiones y a favor del actor, como agencias en derecho se fija el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales diarios vigentes.

#### 5. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada, identificada con el No. 103 del 23 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Palmira, Valle, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **RAMIRO ARIAS OSPINA** contra **COLPENSIONES**, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de Colpensiones y a favor del demandante, como agencias en derecho se fija el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales diarios vigentes.

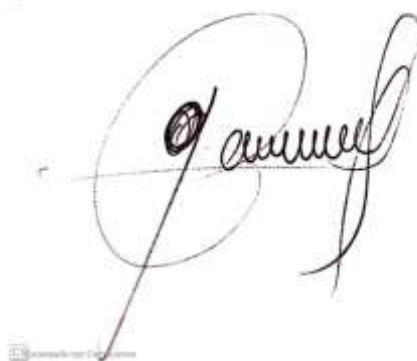
**TERCERO:** una vez en firme la presente providencia devuélvase la actuación a su juzgado de origen.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Las Magistradas,



**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**Ponente**



**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**



**MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR**

***Firmado Por:***

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE  
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL  
Despacho 001 De La Sala Laboral Del 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:*

**44983d5d89f8efafcfba35a6fdef344924ac23f747a59efad283b37fbae0c647**

*Documento generado en 15/09/2020 06:23:31 p.m.*



RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

**REFERENCIA:** APELACIÓN DE SENTENCIA  
**DEMANDANTE:** RUBÉN DARÍO GALLEGO  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES  
**RADICACIÓN:** 76-520-31-05-001-2018-00323-00

Guadalajara de Buga, Valle, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020)

En la fecha indicada, atendiendo lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, la Sala Segunda de Decisión Laboral, procede a dictar en forma escrita la sentencia por medio de la cual se resuelve el recurso de APELACIÓN interpuesto por el demandante, en contra de la sentencia No. 130 de 13 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Palmira (V), dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

**Auto de sustanciación No. 522**

Se le reconoce personería para actuar en representación de Colpensiones a la firma Arellano Jaramillo y Abogados SAS, representada por el abogado Luis Eduardo Arellano Jaramillo, portador de la tarjeta profesional número 56392, teniendo como sustento la escritura pública No 3372 del 2 de septiembre de 2019, que se anexa al expediente; igualmente se acepta la sustitución de poder que la sociedad en mención, por intermedio de su representante, le realiza a la doctora Mary Elena Pechené Santamaría, portadora de la tarjeta profesional número 290.626, expedida por el C.S.J. Lo anterior de conformidad con lo señalado en los artículos 73 y siguientes del CGP que se aplica por remisión analógica en materia laboral (art. 145 CPTSS).

Esta decisión se notifica en estado.

Dentro del término de traslado concedido para las alegaciones finales, se recibió escrito de Colpensiones, quien a través de su vocera judicial solicita en principio se revoque la sentencia de primera instancia, por cuanto el demandante no acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez por incapacidad; posteriormente, solicita se confirme la decisión toda vez que su procurada actuó de buena fe y en cumplimiento de la ley al reconocer la prestación y no existe derecho a la prestación antes de la fecha tenida en cuenta.

El demandante guardó silencio.

En vista que no quedan trámites pendientes por evacuar, se profiere la

**Sentencia No. 171**

**Discutida y aprobada según acta No. 35**

**1. ANTECEDENTES y ACTUACIÓN PROCESAL**

En demanda presentada el 06 de julio de 2018, pretende el demandante, que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar a su favor la pensión de vejez por incapacidad, a partir del 07 de febrero de 2011 fecha de estructuración de la invalidez, y no, como lo indica la resolución VPB 3029 del 31 de julio de 2013 a partir del 13 de julio de 2012; al pago de intereses moratorios conforme al artículo 141 de la ley 100 de 1993 sobre las mesadas dejadas de cancelar desde el 07 de febrero de 2011 al 12 de junio de 2012, igualmente desde el 02 de noviembre de 2012

(fecha de solicitud de la prestación económica) hasta el mes de septiembre de 2013, cuando se reconoció y se pagó la prestación solicitada; indexar el valor que de la condena se haga y a cancelar las costas y agencias en derecho

Sostiene para así pedir, que el señor Rubén Darío Gallego nació el 13 de julio de 1957; cotizó para riegos de invalidez, vejez y muerte desde el 27 de marzo de 1975 al 30 de junio de 2007; que la Junta Regional de Calificación de Invalidez, realiza dictamen médico el 17 de septiembre de 2012, determinando una pérdida de capacidad para laborar del 64.57% y fecha de estructuración el 02 de febrero de 2011; que presentó solicitud ante Colpensiones para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por incapacidad el 2 de noviembre de 2012, siendo negada por la entidad mediante Resolución GNR 016285 del 06 de diciembre de 2012 por insuficiencia de semanas; por Resolución GNR 057370 del 10 de abril de 2013, se resuelve el recurso de reposición, confirmando la negativa, pero, mediante Resolución VPB 3028 del 31 de julio de 2013, al resolver el recurso de apelación se revoca la decisión y se reconoce la pensión de vejez por incapacidad a partir del 13 de julio de 2012 con un total de 1.077 semanas cotizadas; que posteriormente, inconforme con la decisión, se presenta solicitud de revocatoria directa, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por incapacidad a partir del 07 de febrero de 2011 (fecha de estructuración de la PCL) reconocimiento de las 14 mesadas, pago de intereses moratorios y modificar la tasa de remplazo; Colpensiones en respuesta emite la Resolución GNR 267118 del 31 de agosto de 2015 en la cual no accede a la solicitud en razón a que no cumple con el número de semanas exigidas en el artículo 1 de la ley 860 de 2003, con lo cual no podrá ser beneficiario a la pensión por invalidez; Finalmente indica, que interpuso demanda ante el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, obteniendo el reconocimiento y pago de los intereses moratorios causados entre el 2 de marzo y 1o de septiembre de 2013, por medio de la Resolución GNR 111940 del 20 de abril de 2015 por un valor de \$319.823 pesos.

La demanda, presentada inicialmente ante un juzgado de la ciudad de Cali; fue admitida luego de su corrección, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Palmira, mediante providencia del 24 de septiembre de 2018; notificada a la accionada, a la agencia nacional para la defensa jurídica del Estado y al Ministerio Público, se pronunció sólo la primera de las mencionadas, dando respuesta a los hechos, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo como excepciones INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, CARENCIA DEL DERECHO, COBRO DE LO NO DEBIDO, PRESCRIPCIÓN, INNOMINADA O GENÉRICA Y BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDA (fls 94 al 98)

Surtido en legal forma el trámite de primera instancia, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Palmira Valle dictó Sentencia No.130 del 13 de noviembre de 2019, en la cual resuelve declarar probada la excepción de mérito propuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, denominada INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y absuelve a la demandada de todas y cada una de las pretensiones y condena en costas al actor.

El apoderado del demandante interpuso el recurso de apelación en contra de la decisión; indica en la sustentación, que de lo que trata la ley, es de establecer la fecha estructuración, es decir a partir de cuándo se causa el derecho, no puede excusarse, en el sentido en que la pensión, es de vejez por incapacidad y no reconocer a partir de la fecha de causación que fue el 07 de febrero de 2011; toda vez que se estaría en un limbo jurídico en el presente caso, entre la fecha de estructuración 07 de febrero de 2011 y la fecha de cumplimiento de los 55 años de edad del señor Rubén Darío Gallego; entonces, quien respondería por la prestación económica comprendida entre ese tiempo? Como dice la demanda, lo que pretende es que se reconozcan las mesadas pensionales desde la fecha que se determinó la fecha de estructuración.

Segundo punto, se dice que la resolución que concede la pensión de vejez por incapacidad en virtud de que empieza el 13 julio de 2012 hasta el mes de agosto de 2013 cuando se expide

dicha resolución, la solicitud de la prestación fue realizada el 02 noviembre de 2012 y se concede la pensión en julio de 2013, cuando las pensiones en este caso, si se toma por pensión de vejez serian cuatro meses y si se toma por pensión de invalidez serian dos meses, entonces si tomo el 02 de noviembre de 2012 como pensión de vejez seria a partir del 3 de marzo de 2013 es cuando se debió de haber pagado dicha prestación y si tomo la pensión de vejez por incapacidad serian dos meses es decir a partir del 02 de enero de 2013, luego entonces, por ese periodo si hay lugar al pago de los intereses moratorios si no tenemos en cuenta la fecha de estructuración, es decir, si hay derecho a los intereses moratorios por que al no haberse cancelado si no desde la fecha de estructuración o desde la fecha en que el demandante cumple los 55 años de edad; esto con respecto a los intereses moratorios

Fíjese que el Juzgado 36 Laboral de Bogotá, solamente reconoció los intereses de 02 de marzo al 01 de septiembre de 2013, también se desconoció la disposición anterior, en este caso no se puede hablar de cosa juzgada por que fue propuesto por la parte demandada.

No se puede en el caso en que el superior quiera establecer la prescripción por que la demanda se presentó el 06 de julio de 2018 que le correspondió por reparto al juzgado laboral de la ciudad de Cali quien por no tener competencia le corresponde a este despacho y si la revocatoria directa fue resuelta le preguntaremos agosto de 2015; en ese orden de ideas solicito al juez superior, reconocer la pensión de vejez por incapacidad desde la fecha de su causación, esto es desde el 02 de febrero de 2011 hasta el 10 de junio de 2013 cuando empieza a disfrutar de la pensión, sobre este valor se debe pagar los intereses moratorios hasta cuando se paguen estas mesadas; ahora sobre las mesadas que se reconocieron, el valor de los interés moratorios también deben ser causadas desde el 2012 hasta 2103 cuando se entró a pagar en agosto de 2013 para el pago de los intereses moratorios; sobre la tasa de remplazo también discrepo de lo que dijo el despacho, por que el 64% sería un total de 1000 semanas y el señor Rubén Darío Gallego tiene 1077 semanas y se dice que por cada 50 semanas cotizadas corresponde un por ciento más, es por lo que solicito un reajuste al valor de la pensión.

## **2. CONSIDERACIONES**

### **2.1. PROBLEMA JURÍDICO**

En atención al recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del demandante, el problema jurídico que debe ser resuelto, radica en determinar si el mencionado tiene derecho a la pensión anticipada de vejez a partir de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad para laborar, es decir el 7 de febrero de 2011 y, en caso positivo, si prescribió el derecho a reclamar las mesadas causadas.

Es de anotar, que el tema del reajuste de la prestación no será analizado, en aplicación de los principios de congruencia y consonancia, habida cuenta que no fueron propuestos en la demanda y por tanto no fueron objeto de controversia por parte de la entidad accionada, ni tampoco analizados por el fallador de instancia.

### **2.2. FUNDAMENTOS LEGALES Y DESARROLLO DE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS**

En este asunto quedó demostrado que el señor Rubén Darío Gallego nació el 13 de julio de 1957 (No se aporta registro civil de nacimiento ni copia de la cédula de ciudadanía, pero la entidad lo acepta), es decir, cumplió 55 años de edad en la misma fecha del año 2012; que cotizó al sistema pensional administrado por Colpensiones un total de 1084 semanas hasta el 30 de junio de 2007 (fl. 45), fue calificado con un porcentaje de pérdida de capacidad para laborar del 64.57% (38.22 corresponde a deficiencia), de origen común, estructurada el 7 de febrero de 2011, fl. 3. Igualmente, que presentó solicitud de su pensión de vejez anticipada por invalidez el 2 de noviembre de 2012 (fl. 8) y que, finalmente, la entidad le reconoció dicha

prestación a partir del 13 de julio de 2012, mediante Resolución VPB 3028 del 31 de julio de 2013, fl. 15; que presentó demanda para que le fueran reconocidos intereses moratorios, obteniendo sentencia favorable, fl. 37, en la cual se le ordena a Colpensiones el pago de los intereses causados entre el 2 de marzo y el 1º de septiembre de 2013, cumplida por la accionada, según acto administrativo GNR 111940 del 20 de abril de 2015 y que; el 25 de mayo de 2015, se presentó solicitud de revocatoria directa en contra de la Resolución VPB 3028 del 31 de julio de 2013, por cuanto considera el apoderado que no se reconoció la pensión de invalidez con fundamento en un mejor derecho, fls 24 y ss.

En el presente asunto, se itera, lo pretendido es el reconocimiento de la pensión de vejez por incapacidad, a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, desde el 2 de febrero de 2011.

Es preciso aclarar tal situación, porque al parecer existe en la parte demandante una confusión en cuanto al derecho pretendido, al momento de solicitar la revocatoria directa (con la cual expresa en el hecho 14 de la demanda, quedó agotada la reclamación administrativa), lo pretendido era la pensión de invalidez; en este proceso reclama, el reconocimiento de la pensión de vejez anticipada por invalidez o por incapacidad, a partir de la fecha en que se estructuró la pérdida de capacidad para laborar.

Son dos prestaciones diferentes, con requisitos también distintos, contenida en normas disimiles, cuando se tiene una pérdida de capacidad para laborar superior al 50% puede reclamarse una o la otra, sin embargo, lo que no puede hacerse, es una mixtura de ambas pensiones para obtener lo mejor de ambas, contrariando el principio de inescindibilidad o conglobamento.

En este asunto, se itera, lo reclamado en la pensión de vejez por incapacidad, consagrada en el parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003 que a la letra indica;

**“ARTÍCULO 9o.** El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

**PARÁGRAFO 4o.** Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993”

Ese canon establece como presupuestos para causar el derecho a la pensión anticipada de vejez por invalidez: i) Tener una deficiencia física, síquica o sensorial del 50%; ii) 1.000 semanas cotizadas en forma continua o discontinua y iii) **55 años de edad.**

*En cuanto al primer presupuesto, no hay duda, la deficiencia calificada al demandante, alcanza un total de 38.22% (la pérdida de capacidad total es de 64.57%), es decir, superior a la exigida en la norma, atendiendo la interpretación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, contenida entre otras en la SL083 de 2020. Frente al segundo, tampoco existe discusión, según la historia laboral que obra a folio 45 del plenario, el actor tiene cotizadas un total de 1.084 semanas, más que suficiente para cumplir la exigencia consagrada en la norma; el tercero, lo acreditó el señor Gallego el 13 de julio de 2012, cuando cumplió sus 55 años de edad.*

*En esas condiciones, la sentencia de primera instancia resulta ajustada a derecho, la pensión de vejez por incapacidad prevista en el parágrafo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, solo puede ser reconocida cuando se reúnen los tres presupuestos, independientemente que la situación de discapacidad del afiliado se haya estructurado en fecha anterior.*

*Como se indicó al inicio de este proveído, se pretende desconocer el tenor literal de la norma que consagra la prestación cancelada por Colpensiones, intentado llevar a confusión entre esta y aquella que establece los requisitos para la pensión de invalidez; queda claro, porque así lo indicó Colpensiones al momento de resolver la solicitud de revocatoria directa, que el actor no cumple los presupuestos para esta última, dispuestos en el artículo 38 de la misma Ley 100, específicamente el correspondiente a las semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez; por manera que, contrario a lo indicado en esa petición, la prestación reconocida es la única a la que tiene derecho.*

*Un asunto más, de tener derecho el demandante a la pensión de vejez anticipada por invalidez desde una fecha anterior, la decisión seguiría siendo desfavorable a sus intereses, toda vez que luego de que la entidad accionada le reconoció la pensión de vejez por incapacidad, mediante Resolución VPB 3028 del 31 de julio de 2013, a partir del 13 de julio de 2012, el actor no presentó solicitud alguna que interrumpiera la prescripción, propuesta en forma oportuna como excepción por Colpensiones, fue sólo hasta la demanda incoada en el año 2018, que la entidad se enteró de su interés en obtener la prestación reconocida desde una fecha anterior, toda vez que, también se itera, la solicitud con la que supuestamente agotó la reclamación administrativa el 25 de mayo de 2015, fl 24, se refiere a una situación diferente, el interés del actor, en que se le reconociera la pensión de invalidez, por considerarla más favorable; por manera que ese eventual derecho, quedó extinto por el paso del tiempo, al transcurrir casi 5 años sin ejercerlo.*

*En este orden de ideas, se CONFIRMARÁ el fallo apelado, por ajustarse a la ley y a las pruebas aportadas.*

### **3. COSTAS**

*Se abstendrá la Sala de imponerlas en esta instancia, habida cuenta que de no interponerse el recurso de apelación, igualmente se habría conocido en consulta la decisión, por ser totalmente desfavorable a los intereses del demandante.*

### **4. DECISIÓN**

*En mérito de lo anteriormente expuesto, La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,*

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia identificada con el No.130 del 13 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Palmira, Valle del Cauca, dentro del

**REFERENCIA:** **APELACIÓN DE SENTENCIA**  
**RADICACIÓN:** **76-520-31-05-001-2018-00323-00**

proceso ordinario laboral promovido por Rubén Darío Gallego contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES), conforme a las razones que anteceden.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia, por lo anotado.

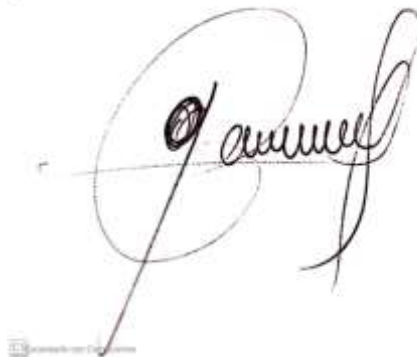
**TERCERO: DEVUÉLVASE** a su lugar de origen una vez en firme el presente proveído.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Las Magistradas,



**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**Ponente**



**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**



**MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR**

**Firmado Por:**

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**Despacho 001 De La Sala Laboral Del 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:

**f1b472bffb21b3f46e9c0935db52ec509cd587d647939f43437c3f4a9e7875d5**

Documento generado en 15/09/2020 08:19:58 p.m.



REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

REFERENCIA: CONSULTA DE SENTENCIA  
DEMANDANTE: TEODORO BANGUERA SALAZAR  
DEMANDADO: COLPENSIONES  
RADICACIÓN: 76-520-31-05-003-2018-00434-01

Guadalajara de Buga, Valle, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020)

En la fecha indicada, atendiendo lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, la Sala Segunda de Decisión Laboral, procede a dictar en forma escrita la sentencia por medio de la cual se revisa en grado jurisdiccional de CONSULTA, la sentencia No. 122 de 16 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira (V), dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Dentro del término de traslado concedido para las alegaciones finales, se recibieron escritos de ambas partes, los cuales se resumen de la siguiente forma:

El demandante a través de su apoderado, reitera su solicitud de reconocimiento del retroactivo pensional, indica que la pensión de vejez le debió ser cancelada desde el momento mismo en que cumplió la edad para ello; indica que la prestación le fue otorgada con 1.127 semanas cotizadas, esto es, 127 más de las exigidas por la ley, con las cuales se podía compensar sobradamente las que no canceló entre mayo y noviembre de 2012; considera que actuó de buena fe, pues radicó su solicitud ante Colpensiones y le solicitó a su empleador que no le realizara más descuentos para pensión; solicita que con las pruebas aportadas se acredite su derecho y por tanto solicita, que se acceda a las pretensiones incoadas.

La vocera judicial de Colpensiones, manifiesta que la pensión de vejez le fue reconocida al demandante conforme lo establecido en la ley; recuerda que para disfrutar de dicha prestación es preciso el retiro del sistema además de cumplir con los presupuestos de edad y número de semanas y; que en el caso del demandante, no demostró dicho retiro, solicita por tanto que se confirme la sentencia consultada.

Teniendo en cuenta que no quedan trámites pendientes por evacuar, se procede a proferir la

**Sentencia No. 172**

**Discutida y aprobada según Acta No. 35**

**1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL**

El señor TEODORO BANGUERA SALAZAR presentó demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, en procura de obtener el pago del retroactivo de mesadas pensionales dejadas de percibir desde el momento que cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, la que fue reclamada el **11 de febrero de 2012** y reconocida mediante resolución GNR No.188959 de 22 de julio de 2013, con efectividad a partir del **1 de agosto de 2013**, debiendo reconocer el retroactivo causado **entre el 11 de febrero de 2012 y el**

**30 de julio de 2013**, la indexación e intereses moratorios legales, como las costas y agencias en derecho (fls.42 y 43).

Los hechos relevantes en los cuales se sustentaron tales pretensiones se resumen en lo siguiente:

Que mediante resolución GNR No.188959 de 22 de julio de 2013, le fue reconocida pensión de vejez por COLPENSIONES, a partir del 1 de agosto de 2013, en la suma de \$589.500.

Que interpuso recurso de reposición contra la anterior decisión, siendo confirmada la decisión en todas sus partes por resolución N.201983 de 5 de junio de 2014, interponiendo apelación mediante escrito del 8 de julio de 2014.

Que según historia laboral se puede observar que cotizó hasta abril de 2012, sin registrar la novedad de retiro con el empleador AGROPANELA SANTA HELENA SAS, habiendo solicitado a esa empresa no seguir descontando aportes para pensión a partir de mayo de 2012, por haber radicado documentos para la pensión de vejez.

Que a partir de mayo de 2012 no se le hizo descuento para pensión pero la empresa hizo el pago para el resto de seguridad social y parafiscal hasta la fecha del retiro voluntario presentada el 1 de noviembre de 2012.

Que procedió según lo indicado en la Resolución VPB No.21541 de 21 de noviembre de 2014 -mediante la cual se resolvió el recurso de apelación-, por lo que la empresa AGROPANELERA SANTA HELENA S.A.S radicó la documentación solicitada, para que con ello se reconociera y pagara su retroactivo de pensión de vejez.

Que Colpensiones dio respuesta a lo solicitado indicando que verificados los soportes anexos, se evidencia que en la planilla para el ciclo 2012/11 no se observa aporte a pensión; aclarando que el último aporte presentado en la Historia del afiliado Teodoro Banguera Salazar es hasta 2012/04, por lo que no es posible aplicar la novedad de retiro solicitada.

Que Colpensiones no tuvo en cuenta que en los formatos se detalló que la novedad de retiro fue de abril de 2012, mes en que el trabajador realizó su último aporte a pensión y que en noviembre se presentó el retiro voluntario, sin ser necesario efectuar más cotizaciones al acreditar 1.127 semanas cotizadas, lo que hizo de buena fe al haber radicado su solicitud para obtener la pensión de vejez, al contar con más semanas cotizadas de las requeridas. (fs. 43 a 46).

La demanda fue admitida mediante providencia del 9 de julio de 2019; dándose traslado de ella a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y a Colpensiones, entidad esta última, que mediante escrito obrante a folios 64 a 70 dio respuesta a la acción, pronunciándose sobre los hechos, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo como excepciones de fondo las de COBRO DE LO NO DEBIDO POR INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION QUE RECLAMA, PRESCRIPCION y la INOMINADA O GENERICA (Dio lectura en la audiencia de que trata el artículo 72 del CPTSS)

Surtido en legal forma el trámite procesal de primera instancia, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira, Valle del Cauca, mediante Sentencia No. 122 de 16 octubre de 2019, declaró probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, absolviendo a Colpensiones, condenó en costas al demandante y dispuso la consulta de la sentencia. (fl 77)

## **2. MOTIVACIONES DEL FALLO CONSULTADO**

*Se sustenta la decisión, básicamente, en la falta de desafiliación del sistema pensional del demandante en forma oportuna; indica que si bien quedó demostrado que cotizó hasta el mes de abril de 2012 y laboró hasta noviembre de ese mismo año, no ocurre lo mismo con la presentación de la novedad de retiro; aunado al hecho que de existir derecho, el mismo se habría visto afectado por el paso del tiempo, teniendo en cuenta que dejó transcurrir más de tres años para reclamar.*

*Teniendo en cuenta que la decisión fue completamente desfavorable a los intereses del demandante, se dispuso que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta a su favor.*

### **3. CONSIDERACIONES**

#### **3.1. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER**

*En atención al grado jurisdiccional de consulta que se debe conocer del fallo de primera instancia porque fue adverso al actor, el problema jurídico a resolver, reside en determinar, si como lo concluyó el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira -Valle- en la sentencia objeto de consulta, el demandante no tiene derecho al retroactivo pensional y demás derechos reclamados.*

#### **3.2. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES Y APLICACIÓN AL CASO CONCRETO**

*Previamente se destaca que en el informativo quedó acreditado, y tampoco fue objeto de controversia, que el señor TEODORO BANGUERA SALAZAR, nació el 10 de febrero de 1952, ello se infiere de la copia de la cédula de ciudadanía vista a folio 8 del plenario; que mediante Resolución GNR 188959 de 22 de julio de 2013, le fue reconocida la pensión de vejez, a partir del 1º de agosto de 2013, en la suma de \$589.500, por pertenecer al régimen de transición y conforme al Decreto 758 de 1990; la petición la había presentado ante la accionada el 3 de abril de 2012, (fls. 3 a 8); que contra esa decisión interpuso recursos de reposición y en subsidio apelación, pretendiendo el reconocimiento de la prestación a partir del mes de febrero de 2012, cuando cumplió 60 años de edad y realizó cotizaciones al sistema, recursos que fueron resueltos en forma desfavorable, mediante Resoluciones GNR 201983 de 5 de junio de 2019 y VPB 214541 de 21 de noviembre de 2014, respectivamente (fl. 15 a 17 y 19 a 20); finalmente, que realizó aportes hasta el mes de abril de 2012 y sus servicios fueron prestados para la empleadora Agropanela Santa Helena SAS, hasta el 1º de noviembre de ese mismo año.*

*En el presente asunto, insiste el demandante en su derecho al pago del retroactivo de su pensión de vejez, desde el momento en que cumplió los requisitos para acceder a la prestación, esto es, desde el 11 de febrero de 2012 (fecha posterior al cumplimiento de los 60 años y contar con más de 1000 semanas de cotización), indicando que reclamó la prestación en esa misma fecha y que la entidad sólo vino a reconocerla a partir del **1 de agosto de 2013**.*

*Antes de entrar a dirimir el asunto, es de resaltar que la pensión de vejez reconocida al señor TEODORO BANGUERA SALAZAR, fue con fundamento en el acuerdo 049 de 1990, según se advierte de la resolución de reconocimiento GNR 188959 de 22 de julio de 2013 vista a folio 3 a 8 del plenario.*

*Ahora bien, en casos como el que nos ocupa, en relación al retroactivo pensional se tiene que los arts. 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, establecen que hay lugar al reconocimiento de la pensión, una vez reunidos los requisitos de edad y tiempo de cotización y que el disfrute efectivo, se hace exigible, una vez se causa la desafiliación del régimen de*

seguridad social en pensiones. Así lo adoctrinó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL15496-2017, al indicar:

*“Como así de sencillas son las cosas frente al cuestionamiento puesto por el recurrente, para su resolución es suficiente decir que el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año --copiado a la letra por la censura--, establece varias eventualidades: la primera, que la pensión de vejez debe reconocerse a solicitud de parte, una vez reunidos los requisitos mínimos exigidos; la segunda, que para poder entrar a disfrutar de la pensión es necesaria la desafiliación del sistema; y la tercera, que para liquidar la pensión debe tenerse en cuenta la última semana efectivamente cotizada para el riesgo de vejez.*

***En ese orden, es evidente y surge nítido del precepto en comento, que para poder entrar a disfrutar de la pensión de vejez es necesaria la desafiliación del sistema, lo que consecuencialmente indica que mientras no exista esa desafiliación el pensionado no puede recibir el importe de la mesada”*** (negritas fuera de texto).

El artículo 17 de la Ley 100 de 1993, permite además, que una vez cumplidos los requisitos para acceder a la pensión de vejez, cesen las cotizaciones, aún cuando el vínculo laboral se mantenga, el texto del segundo inciso así lo señala:

*“La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.”*

Sin embargo, el afiliado puede continuar realizando aportes, con la expectativa de mejorar el valor de su mesada pensional, así lo establece el tercer inciso de esa misma norma.

El actor señala que en este caso le solicitó a su empleador que no continuara realizando aportes para pensión a su nombre, a partir del mes de mayo de 2012 por tener reunidos ya los requisitos para acceder a la prestación por vejez, efectivamente las cotizaciones cesaron a partir e inclusive del referido mes, sin embargo, la mencionada empleadora no presentó la correspondiente novedad ante la accionada, por manera que no sería esta la norma a tener en cuenta.

Ahora bien sobre los casos en que no se da la desafiliación requerida, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5603 de 6 de abril de 2016, radicación No.47.236 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, expresó que al no presentarse la desafiliación formal del sistema, para efectos del disfrute de la pensión de vejez, es posible derivar la voluntad de retiro teniendo en cuenta la concurrencia de otros factores externos, tales como el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la ley para acceder a la prestación económica, la cesación en las cotizaciones y la solicitud de reconocimiento.

Frente a éste último punto, el del disfrute de la prestación económica, al revisar el plenario, se itera, no se encuentra prueba que demuestre que el empleador del actor haya reportado la novedad de retiro del sistema general de pensiones, sin embargo, lo cierto es que tal y como lo sostiene la Sala de Casación Laboral, no solamente el hecho de la desafiliación formal del sistema permite definir cuál es la fecha de disfrute de la pensión, sino que a partir de la concurrencia de otros eventos se puede establecer cuál fue el momento en el que inequívocamente el afiliado tuvo la intención de retirarse definitivamente, como lo son la cesación en las cotizaciones y la solicitud de reconocimiento y pago de la prestación económica, como ocurre en el presente asunto.

Se dice lo anterior, toda vez que, analizada las pruebas aportadas, del documento contentivo de historia laboral obrante a folio 21 a 24 de la foliatura se advierte que el señor BANGUERA SALAZAR, cotizó a COLPENSIONES hasta el 30 de abril de 2012, sin que se observe en dicha fecha novedad de retiro ni solicitud de desafiliación del sistema; que solicitó el día 3 de abril de 2012 el reconocimiento de la pensión de vejez (fl.3 a 8), dado

que para aquella fecha ya contaba con 60 años de edad, como se desprende de su cédula de ciudadanía vista a folio 8, al haber nacido el 10 de febrero de 1952, y contar con 1.1127,88 semanas de cotización (fl. 21).

En ese orden de ideas, al concurrir los elementos señalados por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral y siguiendo la línea por ella trazada la prestación económica debía otorgarse al demandante desde el 1 de mayo de 2012 fecha en que dejó de efectuar cotizaciones al sistema, por lo que se puede concluir que se causó retroactivo desde la fecha mencionada hasta el 31 de julio de 2013, toda vez que la pensión de vejez le fue reconocida a partir del 1 de agosto de 2013.

No obstante lo anterior, al haber sido propuesta la excepción de prescripción por la entidad demandada, se verificará si el derecho al retroactivo reclamado aún se encuentra vigente.

Ahora bien, dicho término puede ser interrumpido con la presentación de la reclamación a la autoridad encargada de reconocerlo –artículo 2539 del C.C.-, evento en el cual, empieza a computarse el lapso trienal de nuevo; no obstante, cuando la entidad se demora en emitir la respuesta correspondiente, el inicio del nuevo cómputo solo se presenta una vez le es notificado al interesado el acto administrativo que contiene la decisión.

En el caso concreto, se advierte que con la solicitud de reconocimiento pensional, que lleva inmerso el reconocimiento del retroactivo generado, radicada ante Colpensiones el 3 de abril de 2012, se interrumpió la prescripción de las mesadas que pudieron haberse causado hasta ese momento y, como la entidad solo desató el recurso de apelación interpuesto en contra de la primigenia resolución que reconoció el derecho, a través de la Resolución VPB 21541 de 21 de noviembre de 2014, notificada al actor el 15 de diciembre de 2014 (fl. 18 y 19), a partir de esta última fecha, empieza a contarse nuevamente el término de prescripción, en razón a la interrupción.

En consecuencia, el señor Banguera Salazar contaba hasta el 15 de diciembre de 2017, como plazo máximo para presentar la demanda tendiente al reconocimiento del retroactivo pensional echado de menos, lo que evidentemente incumplió, toda vez que conforme al acta individual de reparto, el libelo que dio origen al presente proceso fue radicado el día 26 de septiembre de 2018 (fl. 50); de tal manera que en tales condiciones se encuentra prescrito el derecho solicitado, como bien lo consideró el a quo.

En tales condiciones, se hace necesario confirmará la sentencia proferida, conforme a las razones expuestas.

#### **4. COSTAS**

Sin costas en la instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

#### **5. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia consultada identificada con el No. 122 del 16 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira (V), dentro del proceso ordinario laboral promovido por **TEODORO BANGUERA SALAZAR**

contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)**, conforme lo vertido en esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta la instancia por no aparecer causadas (Art. 5 C.G.P.)

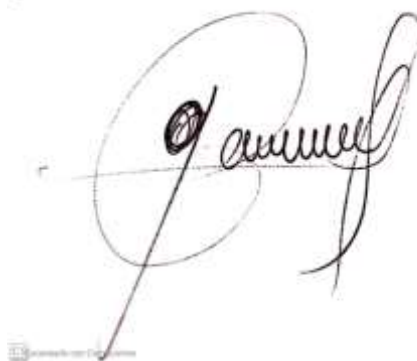
**TERCERO:** una vez en firme la presente providencia devuélvase la actuación a su juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Las Magistradas,



**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**Ponente**



**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**



**MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR**

**DIEGO FERNANDO TORRES ZULUAGA**  
**Secretario**

**Firmado Por:**

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**Despacho 001 De La Sala Laboral Del 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:

**c5ce484943afc6939fd768a582648680bce5216728daef1b36b893691443d984**

Documento generado en 15/09/2020 08:23:23 p.m.



RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**GRUPO:** APELACIÓN DE SENTENCIA  
**DEMANDANTE:** YAMILETH ROJAS ZULUAGA  
**DEMANDADO:** PROTEGER CTA Y OTRO  
**RADICACIÓN:** 76-834-31-005-001-2015-00457-01.

Guadalajara de Buga, Valle, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020),

Conforme lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del presente año, la Sala Segunda de Decisión Laboral, procede a revisar en forma escrita y previo traslado para alegaciones finales, **el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia No. 48 del dieciocho (18) de marzo del año dos mil diecinueve (2019)**, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá, Valle, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Dentro del término concedido a las partes para presentar alegatos, sólo la parte actora presentó escrito; indica la apoderada judicial, que su procurada, como asociada de la CTA Proteger, estuvo vinculada con el Hospital Rubén Cruz Vélez como enfermera, en una actividad misional de este último, que además, era el beneficiario directo de sus servicios; agrega que la señora Rojas Zuluaga estuvo subordinada a ambas entidades; que el contrato que suscribió con el hospital en marzo de 2012 y que fuera finalizado en agosto del mismo año, tenía como propósito camuflar una relación que llevaba más de 10 años, haciéndose evidente la mala fe del referido ente de salud.

Las accionadas guardaron silencio.

Teniendo en cuenta que no quedan trámites pendientes por evacuar, se procede a proferir la

**SENTENCIA No. 164**  
**Discutida y aprobada mediante Acta No. 35**

**1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL.**

**YAMILETH ROJAS ZULUAGA**, presentó demanda ordinaria laboral buscando se declare la existencia de un contrato de trabajo con la cooperativa de trabajo **PROTEGER CTA** desde enero de 2002 a 31 de agosto de 2012 y que se declare que el beneficiario del mismo fue **EL HOSPITAL MUNICIPAL RUBEN CRUZ VELEZ DE TULUÁ**; como consecuencia pide se condene solidariamente a la CTA y al hospital al pago de la indemnización por despido unilateral y sin justa causa, al pago de las sumas que por concepto de prestaciones sociales y vacaciones se adeuden, al pago de la sanción moratoria contenida en el Art. 65 del CST y la establecida en el Art. 99 de la ley 50 de 1990, los aportes a seguridad social, costas y lo que extra y ultra petita quede probado.



Los hechos relevantes en los cuales se sustentaron tales pretensiones se resumen en que la demandante estuvo vinculada a la CTA para desempeñar funciones propias de su profesión de enfermera, por medio de contrato de prestación de servicios, que el servicio fue prestado en el hospital Municipal Rubén Cruz Vélez desde enero de 2002 a través de intermediación laboral por medio de la cooperativa; que el 1 de marzo de 2012 fue nombrada en provisionalidad a la planta del hospital, en el cargo de auxiliar en el área de la salud, pero que previo a ello no hubo terminación del contrato de prestación de servicios; que el 31 de agosto de 2012 el hospital la declaró insubsistente; que hubo mala fe de las demandadas teniendo en cuenta que lo que se pretendió al vincularla como asociada de la cooperativa fue tratar de ocultar la verdadera relación que existía; que la vinculación en provisionalidad se hizo para finalizar el contrato de prestación de servicios que venía sosteniendo por mas de 10 años; que durante todo el tiempo no le fueron reconocidas prestaciones sociales, ni afiliación a seguridad social,

Mediante Auto No. 1251 del 8 de septiembre de 2016, el juzgado admitió la demanda y dispuso notificar dicho proveído y correr el traslado de rigor al demandado (fol. 23)

Notificadas las demandadas, dieron respuesta a la acción; el hospital por su parte negó la mayor parte de los hechos y señaló que la única relación sostenida con la demandante fue la que existió a partir del nombramiento en provisionalidad desde el 2 de marzo de 2012 y hasta el 31 de agosto del mismo año, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones previas de la falta de jurisdicción y competencia y prescripción; de fondo propuso buena fe, cobro de lo no debido, prescripción e innominada.

La CTA demandada no presentó contestación.

En la diligencia de que trata el Art. 77 del CPTSS, se impuso en contra de la demandada CTA como consecuencia por su inasistencia presumirse por ciertos los hechos 1, 2, 4 inc. 1°; 6 primera parte; 8, 9, 10, 13 y se resolvieron negativamente las excepciones previas.

Surtido en legal forma el trámite procesal de primera instancia, mediante Sentencia No. **48 del dieciocho (18) de marzo del año dos mil diecinueve (2019)**, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá resolvió absolver a las demandadas de las pretensiones invocadas por YAMILETH ROJAS ZULUAGA.

Recibido el expediente en esta instancia, se admitió su conocimiento y se corrió el traslado de rigor conforme lo ordena el Art. 15 del Decreto legislativo 806 de 2020.

## **2. MOTIVACIONES**

### **2.1. FUNDAMENTOS DEL FALLO**

Partió el a quo por narrar los antecedentes del asunto; seguidamente planteó el problema jurídico a resolver y señaló las normas y jurisprudencia base de su decisión; seguidamente indicó que desde el decreto 4588 de 2006 quedó establecido que la razón de existencia de las CTA no era la tercerización del trabajo, sino que estas se crearon con miras a la creación de empresa con autonomía y autogobierno por parte de trabajadores de oficios afines empero, explicó, que en la práctica ello se ha desfigurado.

Manifestó el juez que cuando la demandada es una CTA hay varias formas de elevar las pretensiones y que el escenario que se planteó en la demanda va encaminado a que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la CTA Proteger y se declare como solidariamente responsable al hospital al ser el beneficiario del servicio; señaló que en el presente asunto no se podrá acceder a las pretensiones, porque en realidad todo apunta a que quien fungía como verdadero empleador fue el hospital Municipal y la CTA era una mera intermediaria.



*Indicó que los hechos de la demanda se tuvieron por ciertos porque el representante legal de la CTA no acudió a la audiencia de conciliación y que esos hechos apuntan a que la relación laboral existente entre la demandante y esta cooperativa era aparente; aseguró que los testigos y la misma demandante explicaron que los servicios se prestaron a favor del Hospital, que no había autonomía e independencia por parte de la cooperativa, es decir con los mismos se reafirmaron esas presunciones que fueron trabajadores del hospital y la CTA era una mera intermediaria.*

*Señaló que en los alegatos pidió la parte demandante, acudir a los principios garantistas y protectores que rigen las relaciones laborales, y argumentó que pese a la existencia de esas garantías, debe el juez también regirse por la consonancia y la congruencia; indicó que ni acudiendo a las facultades extra y ultra petita podría en este asunto arribar a una conclusión diferente pues no le está dado al juez cambiar las pretensiones y los roles en lo que fueron llamadas las demandadas y añadió que si en gracia de discusión pudiera el juez adjudicarse la potestad de modificar las pretensiones en este asunto no sería entonces el competente para emitir fallo, por cuanto el hospital demandado es un ente de carácter público y la labor desarrollada por la demandada es del carácter de empleada pública, luego entonces el juez competente sería el contencioso administrativo y continuó diciendo que si mas aun intentara adecuar el tramite y pese a todo lo ya dicho buscara la forma de emitir sentencia señaló que no se logró demostrar la fecha inicial de la relación, pues con todo el cumulo probatorio se evidencia una total de 6 fecha diferentes y disimiles y no cercanas.*

*Con todo, procedió a denegar las pretensiones de la demanda*

## **2.2. APELACIÓN DEMANDANTE**

*Señaló no estar de acuerdo con la decisión, que hay un hecho cierto y es que si existe en el proceso prueba de la relación laboral, pues existen documentos que emanan de autoridades públicas, son auténticos y gozan de plena prueba como lo es el certificado en el que claramente el funcionario publico encargado certificó los periodos laborados por Yamileth Rojas, señalando que se vinculó desde el año 2002 y hasta el año 2012, y que en una mala apreciación el a quo dice que no hay un lapso distinguible; indicó que también existieron varios contratos y no hubo interrupción laboral en la prestación del servicio y que en una mala gestión, en un disfraz de la relación laboral, se trataba de ocultar que la prestación la estaba haciendo la Cooperativa a favor del hospital y así hicieron diferentes tipos de contrato; señaló que se prueba dentro del proceso con la prueba de la señora Eleodora que pertenecía a la cooperativa que las jefes eran de la cooperativa pero que el beneficiario era el hospital, señaló que en la declaración de parte la demandante indicó que estaban en la CTA, que ellos le pagaban el salario, pero que los beneficios los tomaba el hospital; que se probó que la CTA estaba dentro de las oficinas pues el hospital le permitió estar allí; también se probó con los documentos la existencia de la CTA, la vinculación que esta tenía con los diferentes contratos y los horarios y que no se puede decir a la ligera que no existe contrato de trabajo, que no es imposible definir la existencia del contrato, que nunca hubo interrupción sino una continuidad en el servicio. Pide que se apliquen los principios protectores al trabajador.*

## **3. PROBLEMA JURÍDICO**

*De la revisión del recurso de alzada advierte la colegiatura que el problema jurídico gira en torno a determinar si en realidad la Cooperativa de Trabajo Asociado ostentaba la calidad de verdadera empleadora de la demandante o si se verificó en este asunto una mera intermediación.*

## **4. CONSIDERACIONES**

#### 4.1. Cuestión preliminar

El canon 281 del C.G.P., al cual es posible acudir, por la remisión analógica prevista en el artículo 145 del CPTSS, establece que “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.”

Al respecto en la Sentencia SL1910-2019 de fecha 22/05/2019 radicación 73092 Magistrada ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, precisó ciertos conceptos generales del derecho y así se expresó:

“En lo que jurídicamente concierne al principio de congruencia, la Sala reitera las reflexiones esbozadas en la sentencia CSJ SL2808-2018, que resolvió similar acusación a la acá ventilada. En dicha oportunidad se precisó el alcance y aplicabilidad de dicho principio, en los siguientes términos:

Dicho de otro modo, en atención al precepto legal en el que se sustenta la acusación, la sentencia debe estar acorde con las pretensiones de la demandada y con las excepciones que se plantean; empero, ello no obsta para que el juez, eventualmente, pueda interpretar la demanda, es más, constituye su deber dado que está en la obligación de referirse «a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales» (art. 55, L. 270/1996), de manera que su decisión involucre las peticiones del escrito inicial en armonía con los hechos que le sirven de fundamento. (...)

Las anteriores disquisiciones hacen referencia a la denominada congruencia externa, según la cual se reitera toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia.”

Por manera que ha de ser el juez muy acucioso respecto a lo que le están solicitando, a efectos de resolverlo con claridad y precisión, recordando claro está, que conforme lo establecido en el artículo 50 de la última de las normas en mención, el juez de primera o única instancia, en materia laboral, tiene facultades para fallar por fuera (extra petita) o más allá (ultra) de lo pedido.

Sin embargo, esa garantía de fallar fuera de lo pedido está establecida exclusivamente para juez de primera instancia, extendida también al de única instancia como lo expresó la Corte Constitucional en sentencia C 662-98, pero está vedada al juez de segunda instancia. Así lo enseñó la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia SL-8716 (38010), jul. 2/14, M. P. Rigoberto Echeverri Bueno

“Efectivamente, como lo reclama la censura, el Tribunal ordenó la indexación de las sumas que fueron objeto de condena, a partir de la fecha en la que ocurrió el despido y hasta el momento en el que se hiciera el pago efectivo de las mismas, «...de manera oficiosa, con el propósito de lograr el equilibrio económico de la condena...» También resulta evidente que dicha pretensión no fue incluida dentro de la demanda, ni adicionada en la primera audiencia de trámite o considerada por el juzgador de primer grado, por virtud de las facultades ultra y extra petita.

Por lo mismo, el Tribunal incurrió en la infracción del artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, pues dicha norma no lo autorizaba para ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos en la demanda, por lo que, al ordenar el pago indexado de las condenas, actuó sin competencia funcional.”

Bien, en el caso que ocupa la atención de la Sala, como bien advirtió el a quo, se observa que en el acápite de pretensiones (fol. 12) se reclama la declaración de existencia de un contrato de trabajo, entre la demandante y la CTA Proteger y pide que se declare que el hospital Municipal Rubén Cruz Vélez es solidariamente responsable de las obligaciones y condenas que se profieran por ser beneficiario; sin embargo, en los hechos de la demanda específicamente en el hecho decimo primero se alegó que las codemandadas actuaron de

*mala fe teniendo en cuenta que lo que se pretendió al vincular a la demandante como asociada a la cooperativa era tratar de ocultar la verdadera relación existente.*

*Se resalta lo anterior, porque en sentir de esta sala existe una confusión dentro de los argumentos de la demandante, porque, o se declara la existencia del contrato de trabajo con la referida CTA y que Hospital debe responder como beneficiario de la obra, o se indica que este fue el verdadero empleador y la CTA fue una mera intermediaria, temas diametralmente opuestos, no sólo en materia de responsabilidad; que sería directa en el primer caso hablando la precitada CTA, y como solidaria en el segundo; sino también en cuanto a las pruebas, porque en la primera de las situaciones, sería acreditar el vínculo directo con la CTA, como trabajadora y empleadora y, en el segundo, la condición de intermediaria, acreditando que la vinculación fue solo aparente.*

*Para ilustrar mejor al respecto se hace necesario acudir a los Art. 34 y 35 del CST.*

*La primera de las normas citadas señala en su numeral 1º:*

*“Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.”*

*Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que para que la solidaridad se verifique, se requiere, además de que la actividad desarrollada por el contratista independiente cubra una necesidad propia del beneficiario, que ella constituya una función normalmente desarrollada por este último, que sea directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico.*

*Sobre la interpretación del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, dicha Corporación, en sentencia del 24 de agosto de 2011, radicación 40.135, sostuvo:*

*“Para resolver el cargo baste recordar lo que sobre la solidaridad prevista por el artículo 34 del CST ha dicho la Corte:*

*“En la sentencia del 25 de mayo de 1968, citada entre otras en la del 26 de septiembre de 2000, radicación 14038, se pronunció la Sala en los siguientes términos: (...) “Para la Corte, en síntesis, lo que se busca con la solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo es que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Por manera que si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores.*

*Quiere ello decir que si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que éste adelante la actividad, empleando trabajadores dependientes por él contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores, por la vía de la solidaridad laboral, pues, en últimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales.*

*Es cierto que la jurisprudencia de la Sala, al interpretar el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, ha fundado la solidaridad laboral en la relación que exista entre las actividades del contratista independiente y las del beneficiario y dueño de la obra, en cuanto ese artículo preceptúa que: “el beneficiario o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable...”.*

*Entre tanto, el Art. 35 señala:*

- 1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.*
- 2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.*
- 3. El que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.*

*Ha dicho la Corte Suprema de Justicia, haciendo un análisis de las cooperativas de trabajo asociado, que si bien dentro de su normal desarrollo, las mismas pueden contratar la ejecución de una labor a favor de terceras personas, de conformidad con lo establecido en la Ley 79 de 1988 y el Decreto 468 de 1990; también lo es que las mismas pueden ser explotadas para enmascarar una verdadera relación de trabajo; la alta corporación en Sentencia SL1430-2018 señaló:*

*“Si bien es cierto, las cooperativas de trabajo son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, sin ánimo de lucro, con plena autonomía técnica, administrativa y financiera, y que conforme a la Ley 79 de 1988 y el Decreto 468 de 1990, se admite que estos entes contraten la ejecución de una labor a favor de terceras personas, también lo es, que cuando se está en presencia de la subordinación y la continuidad de la relación laboral que se venía desarrollando, sumado a la utilización de los elementos de trabajo, materiales, herramientas y espacios físicos suministrados por la empresa usuaria, que fue lo que sucedió en el sub lite, no resulta de recibo que se aluda a un vínculo de trabajo asociado consagrado en esos preceptos legales.*

*En sentencia CSJ SL6441-2015 la Sala insistió en que las cooperativas de trabajo asociado no pueden ser utilizadas o instrumentalizadas para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada. En esa oportunidad se puntualizó:*

*Ahora bien, la Corporación no desconoce que la organización del trabajo autogestionario, en torno a las cooperativas de trabajo asociado, constituye una importante y legal forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados, pero dicha forma de contratación no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada, que fue lo que ocurrió en el sub judice; así también se ha reiterado en múltiples ocasiones. Baste recordar lo dicho en sentencia CSJ SL, 6 dic. 2006, Rad. 25713:*

*(...) no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de una persona natural o jurídica. Esa conducta no cuenta con respaldo jurídico y constituye una reprochable tergiversación del objetivo que persiguió la ley al permitir el funcionamiento de esos entes cooperativos, en los que debe prevalecer real y*

*efectivamente, mas no sólo en apariencia, el trabajo cooperado y mancomunado de los trabajadores que de manera libre hayan tomado la decisión de organizarse para desarrollar su capacidad laboral.”*

*Efectuada la anterior precisión, es menester acudir al caudal probatorio y verificar pues cual fue el verdadero camino probatorio que se trasegó y determinar si la sentencia emitida se ajustó a lo probado.*

#### **4.2. Caso concreto:**

*Establecen los artículos 60 y 61 del CPTSS los deberes que en materia de pruebas tiene el juez laboral al proferir su decisión; analizar todas las pruebas allegadas en tiempo (reza la primera de las normas mencionadas) y; formar su convencimiento “inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes”, indicando además, “en todo caso, en la parte motiva de la sentencia” los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento” (dispone la segunda).*

*Ya quedó dicho, la pretensión de la parte demandante innegablemente es que se declare la existencia de un contrato de trabajo con Proteger CTA desde el mes de enero de 2002 y hasta el 31 de agosto de 2012; por tanto, es necesario recordar que conforme lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., existe contrato de trabajo cuando se reúnen tres elementos esenciales, prestación personal de servicios, continuada dependencia o subordinación y un salario como remuneración.*

*Partió la recurrente por manifestar que en este asunto quedó demostrada la relación laboral que existió (no manifestó con cuál de las codemandadas), ante la existencia de un certificado emanado de una autoridad pública. En efecto revisadas las pruebas documentales, encuentra la Sala que, dentro de las aportadas por la demandante (fol. 6) reposa un certificado que emana de la oficina de talento humano de la codemandada ESE hospital Rubén Cruz Vélez, certificado en el que la codemandada acredita que la demandante prestó sus servicios al interior de dicha entidad de salud desde el mes de enero del año 2002 por medio de Cooperativa de Trabajo {no se indicó a través de que cooperativa} y adicionalmente también quedó demostrado, y fue aceptado por la ESE que la demandante estuvo vinculada provisionalmente en el cargo de auxiliar en el área de la salud código 412 grado 10 a partir del 2 de marzo de 2012 y hasta el 32 de agosto de 2012, cuando fue declarada insubsistente.*

*Cabe en este punto recordar que la falta de asistencia de la codemandada CTA Proteger a la audiencia de conciliación, así como a la diligencia en la que se le tomaría su declaración de parte, le generó la imposición unas sanciones procesales y así las cosas se dio por cierto que la demandante estuvo vinculada al Hospital a través de esta y además se dio por cierto la CTA actuó como una mera intermediaria (hecho 2) entre otras circunstancias, tales como el no pago de prestaciones y el valor del salario.*

*Continuando con el reparo, advierte esta sede que se dolió la recurrente de que la prueba testimonial de la señora Eleodora así como el interrogatorio de parte de la demandante fueran indebidamente valorados, pues a su criterio la testigo citada explicó que en realidad pertenecía a la cooperativa y que las jefes eran de la cooperativa y que el beneficiario era el hospital y respecto a la activa aseguró que en su interrogatorio esta indicó que estaba en la CTA, que ellos le pagaban el salario, y que los beneficios los tomaba el hospital, que señaló que CTA estaba dentro de las oficinas pues el hospital le permitió estar allí.*

*Pues bien, a fin de verificar lo anterior se acudió al testimonio de Eleodora Guevara Hoyos (min 19:30 audio 2 archivo 1), la testigo aseguró que ingresó a trabajar junto con la demandante el 19 de enero de 2006 mediante proteger CTA y duraron 6 años con esta y*

después 6 meses directamente con el Hospital, que la diferencia entre una forma de contrato y otra solo monetaria porque el trabajo con proteger y el hospital era igual pero que el salario con la CTA era más poquito, mientras que con el hospital era más y tenían las prestaciones; que las personas que le daban ordenes eran las jefes del hospital, pero los permisos los gestionaban por medio de la CTA, que los elementos de trabajo los ponía el hospital, que la CTA a veces los mandaba a llamar a las oficinas que quedaban en diferentes partes por cuestiones personales y no había más reuniones, ni votaciones, ni tampoco les participaban de ganancias; señaló que hubo un lapso de 10 u 11 meses que las vincularon a través de una CTA llamada alianza; señaló que casi todo el personal estaba vinculado por proteger y que las jefes de enfermería también venían contratadas por la CTA, pero explica que su servicio era prestado para el hospital.

Analizado ese testimonio, se advierte que la citada dama explicó la realidad que la circundaba, pues en efecto se encontraba vinculada por medio de la CTA, al igual que la mayoría de los demás servidores, entre ellos los jefes de enfermería quienes eran las personas que le impartían ordenes, no obstante, no debe dejarse de lado que a misma ponente admitió que la CTA no la participaba de ganancias, no había reuniones cooperativas, ni eventos de elección y además que los elementos de trabajo eran puestos a disposición por parte del hospital.

Ahora bien, en el interrogatorio de parte que rindió la demandante (min 6:00 audio 2 archivo 1), esta aseguró que laboró desde el año 2002 para el hospital Rubén Cruz Vélez, que el encargado de la contratación era el hospital y de este la enviaron a la cooperativa a firmar, que era el hospital el que le cancelaba el salario; explicó que el hospital siempre fue político y a ella le gustaba la política y fue por ese medio que ingresó, es decir por referencias de políticos afines y fue directamente el hospital quien la contrató inicialmente y que firmó como 3 contratos a lo largo de 10 años, pero que a partir de los 5 años de estar vinculada el hospital puso a terceros a manejar al personal a través de cooperativas, que con proteger estuvo como 2 o 3 años, porque antes de esta estuvo con Solaservis; indicó que su salario era consignado a su cuenta, señaló que las personas de la CTA no estaban constantemente en el hospital, que venían eventualmente a hacer reuniones y cosas así pero no más; que nunca hubo votaciones ni nada parecido en la CTA.

De las anteriores probanzas, se infiere diáfano que no erró el juez en su decisión, pues en realidad lo que se aprecia en este asunto, por propia confesión de la demandante, es que quien hacía las veces de verdadero empleador y dueño era el Hospital Rubén Cruz Vélez y no la CTA Proteger, como se pidió en la demanda inicial, pues nótese que la misma señora Rojas Zuluaga aseguró que por espacio de al menos 5 años estuvo vinculada de manera directa a la ESE demandada, que después de esos primero 5 años estuvo contratada por la CTA SOLASERVIS y ya por último vino a firmar contrato con Proteger.

De cara a lo anterior, no queda otro camino para esta sala que confirmar la decisión, pues la realidad probatoria demuestra que el a quo, efectuó de manera correcta sus apreciaciones.

## **5. COSTAS**

De conformidad con el Art. 365 del C.G.P., numeral 1º, las costas en esta instancia correrán a cargo de la parte recurrente y a favor de la parte demandada, las agencias en derecho se fijan en la suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente, a favor de la demandada.

## **6. DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia identificada con el **No. 48 del dieciocho (18) de marzo del año dos mil diecinueve (2019)**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá, Valle**, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **YAMILETH ROJAS ZULUAGA** contra **PROTEGER CTA Y OTRO**, conforme a las razones que anteceden.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia correrán a cargo de la parte recurrente y a favor de la parte demandada, las agencias en derecho se fijan en la suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente, a favor de la demandada

**TERCERO: DEVUÉLVASE** la actuación al juzgado de origen, una vez en firme la presente sentencia.

**Notifíquese y cúmplase**

Las Magistradas,

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**



**Ponente**

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**  
(con impedimento)



**MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR**

**Firmado Por:**

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**Despacho 001 De La Sala Laboral Del 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:*

***b0ab223e438e63502cee925c1d54d2496babb4380504b1fdc53d8d662270f468***

*Documento generado en 15/09/2020 05:20:44 p.m.*





**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA**  
**SALA LABORAL**

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**  
**MAGISTRADA SUSTANCIADORA**

**Expediente No. 76-834-31-05-001-2015-00457-01**

Efectuada la revisión de la presente proceso ordinario laboral promovida por YAMILETH ROJAS ZULUAGA contra PROTEGER CTA Y OTRO, se advierte que la suscrita Magistrada, quien integra la Sala con la Magistrada ponente CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE, se encuentra incurso en una causal de impedimento que no le permite conocer el asunto de la referencia, por cuanto de conformidad con el artículo 140 del Código General del Proceso que señala *“los magistrados, jueces, conjueces en quienes concurra alguna causal de recusación deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ella, expresando los hechos en que se fundamenta.”*

En el caso bajo estudio, mi cónyuge ENVER IVAN ALVAREZ ROJAS, funge en propiedad como Juez Primero Laboral del Circuito de Tuluá, circunstancia que configura la causal de impedimento prevista en el numeral 2 del artículo 141 del C.G.P., aplicable por remisión normativa al procedimiento laboral, razón por la cual debo declararme impedida para conocer del mismo.

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**  
**Magistrada**



**Firmado Por:**

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS  
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL  
DESPACHO 4 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:

**e70368739fed01c7b3934b3fbc97e1a856a936b6b54b366a507bfb5efef15573**

Documento generado en 12/08/2020 03:34:34 p.m.



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

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**GRUPO:** APELACION Y CONSULTA DE SENTENCIA  
**DEMANDANTE:** CARLOS JESUS MORALES MONTOYA  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES  
**RADICACIÓN:** 76-834-31-05-001-2016-00414-01

Guadalajara de Buga, Valle, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Conforme lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del presente año, la Sala Segunda de Decisión Laboral, procede a resolver en forma escrita y previo traslado para alegaciones finales, **el grado jurisdiccional de consulta sobre la Sentencia No. 82 del veintiocho (28) de mayo del año dos mil diecinueve (2019)**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá, Valle**, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

**Auto de sustanciación No. 523**

Se le reconoce personería para actuar en representación de Colpensiones a la firma MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., representada por la abogada María Juliana Mejía Giraldo, portadora de la tarjeta profesional número 258.258, teniendo como sustento la escritura pública No 3373 del 3 de septiembre de 2019, que se anexa al expediente; igualmente se acepta la sustitución de poder que la sociedad en mención, por intermedio de su representante, le realiza a la doctora Liliana Andrea Maya Restrepo, portadora de la tarjeta profesional número 235.126, expedida por el C.S.J. Lo anterior de conformidad con lo señalado en los artículos 73 y siguientes del CGP que se aplica por remisión analógica en materia laboral (art. 145 CPTSS).

Esta decisión se notifica en estado.

Ejecutoriado el auto que admitió el asunto en esta instancia, se corrió traslado para que las partes presentaran alegatos de conclusión; recibíendose escrito exclusivamente de la demandada, parte el documento por una sustitución de poder que ya había sido concedida en esta instancia (Auto 843 del 03/12/19) acto seguido se adentra en los alegatos, trae a colación los Art. 33 de la ley 100 de 1993, Art. 13 y 35 del Decreto 758 de 1990; aseguró que el demandante se retiró del sistema el día 7 de noviembre de 2012 y que mediante Resolución GNR 71068 de 2016 se reconoció la prestación desde el 8 de noviembre de 2012 cancelándosele un retroactivo por valor de \$2'359.240 que ese acto administrativo se ajusta al ordenamiento y con este se configuró un "hecho superado"; adicionó que no hay lugar al pago de intereses moratorios toda vez que la pensión fue reconocida desde el mes de junio de 2013 y las mesadas han sido cancelada mes tras mes oportunamente.

Es del caso indicar que los argumentos expuestos ya fueron tenidos en cuenta por esta colegiatura y en consecuencia se procede a proferir la,

**Sentencia No. 174**

**Discutida y aprobada mediante Acta No. 35**

**1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL**

*Pretende el demandante que se condene a COLPENSIONES, a reconocer y pagar a su favor el retroactivo pensional por vejez causado entre el 8 de noviembre de 2012 y el 30 de junio de 2013; los intereses moratorios causados sobre dicha prestación, y las costas que se causen en el proceso.*

*Se sustentan dichas peticiones, en que mediante Resolución GNR 101030 del 19 de mayo de 2013 Colpensiones le reconoció pensión de vejez a partir del 13 de diciembre de 2012, que nació el 26 de julio de 1952, cumpliendo los 60 años de edad el 26 de julio de 2012; que el 2 de agosto de 2012, elevó la solicitud pensional reclamando el retroactivo desde el 8 de noviembre de 2012 y junio de 2013, y que cotizó hasta el 7 de noviembre de 2012; que el 12 de febrero de 2016 presentó reclamación administrativa y mediante Resolución GNR 71068 del 7 de marzo de 2016 se le reconocieron 2 mesadas pero no se reconocieron las demás, ni los intereses de mora.*

*La demanda fue admitida, mediante providencia del 6 de marzo de 2017, fl. 27. Notificada en debida forma, la accionada se pronunció frente a los hechos, se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo “Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; Prescripción e Innominada”*

*Surtido en legal forma el trámite procesal, se profirió la **Sentencia No. 82 del veintiocho (28) de mayo del año dos mil diecinueve (2019)** en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.*

## **2. MOTIVACIONES DEL FALLO**

*Como fundamento de su decisión, el Juzgado partió por recordar los problemas jurídicos, consistentes en determinar el derecho del actor al retroactivo reclamado y a los intereses moratorios; manifestó cuales son las normas base de la decisión y los requisitos necesarios para el pago de la pensión de vejez. Consideró que como la última fecha de cotización efectuada por el demandante lo fue el 7 de noviembre de 2012 y por tanto la prestación debió pagarse desde el 8 de ese mismo mes y año, sin embargo con la prueba oficiosa se demostró que la primera mesada reconocida fue la de junio de 2013 quedándose adeudando todo ese interregno, explicó que con resolución adicional se pagaron los meses de noviembre y diciembre de 2012, quedando sin cancelar los meses de enero a mayo de 2013, explicó que el demandante elevó la reclamación del retroactivo el 12 de febrero de 2016, lo que significa que las mesadas anteriores al 12 de febrero de 2013 prescribieron, esto es la mesada de enero de 2013; efectuó la liquidación de las mesadas entre febrero y mayo de 2013 (\$4'562.796)*

*En cuanto a los intereses moratorios, explicó que proceden siempre que la entidad no reconozca y pague oportunamente las mesadas pensionales; que para esta pensión el termino era de 4 meses a partir de la solicitud, que la misma se elevó el 2 de agosto de 2012 debía reconocerse el 2 de diciembre de 2012, que como las mesadas no fueron pagadas oportunamente se impone la mora, así pues por las mesadas pagadas mediante acto administrativo se impuso el pago de \$2'408.830 y respecto al capital restante impuso su pago, liquidado al momento del pago del retroactivo.*

## **3. APELACIÓN COLPENSIONES.**

*Inconforme con la decisión interpuso recurso argumentando que respecto al retroactivo consideraba encontrarse frente un hecho superado, teniendo en cuenta que mediante Resolución GNR 71068 de marzo de 2016 se le canceló un retroactivo por unos meses y ese retroactivo estaba prácticamente satisfecho y respecto a los intereses moratorios señaló que los mismos no tienen vocación de prosperar porque estos solo se conceden cuando no hay pago de mesadas debidamente reconocidas, lo que no sucede en este asunto, si se tiene en cuenta que mediante Resolución GNR 101030 se reconoció la pensión de vejez del*

*demandante con fecha de inclusión en junio de 2013 que se ha venido pagando oportunamente y no se ha incurrido en mora.*

#### **4. CONSIDERACIONES**

##### **4.1. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER**

*El problema jurídico en este asunto, reside en determinar, si la sentencia de primer grado se encuentra ajustada a derecho (por vía de consulta) y verificar si conforme con la alzada en este asunto no habría lugar al pago del retroactivo e intereses a que fue condenada la entidad.*

##### **4.2. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES**

- Artículos 33, 36 y 141 de la Ley 100 de 1993.*
- Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 de ese mismo año, artículos 12 y 13.*
- Artículo 4º de la Ley 700 de 2001.*
- Acto Legislativo 01 de 2005.*
- SL5603/2016*

##### **4.3. CASO CONCRETO**

*Contiene el artículo 36 de la ley 100 de 1993, el régimen de transición según el cual, las personas que cumplan los presupuestos contenidos en dicha norma, tienen derecho a que su pensión de vejez les sea reconocida con sustento en la norma anterior, que les sea más favorable; el demandante, en efecto, es beneficiario de dicho régimen y sobre ese tema no hay discusión, pues con sustento en el mismo y en el Acuerdo 049 de 1990 (normativa anterior aplicable), Colpensiones, expidió la Resolución GNR 101030 del 19 de mayo de 2013, por medio de la cual le reconoció la pensión de vejez.*

*El Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 de ese mismo año, establece en sus artículos 12 y 13, los presupuestos para acceder a la pensión, el primero de ellos, dispone los requisitos de edad, 60 años cuando como en este caso se trata de un hombre y, 1000 semanas de cotización en toda la vida o 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.*

*El canon 13 de esa misma normativa establece la consolidación del derecho cuando se reúnan los dos presupuestos antes mencionados y su disfrute, una vez se produzca la desafiliación del sistema pensional.*

*Es de anotar, que el Acto Legislativo 01 de 2005, en su párrafo transitorio 4º, previó que el régimen de transición sólo se aplicaría hasta el 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la fecha de su entrada en vigencia, contaran con 750 semanas, a estas personas se les conservaría dicho régimen hasta el 31 de diciembre de 2014.*

*Finalmente, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003, dispone la obligación de los fondos administradores de pensiones, de reconocer y pagar la pensión, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la reclamación presentada con la documentación necesaria para acreditar la existencia del derecho. En caso que no se cumpla dicho plazo, se deberán cancelar los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la primera de las normas citadas; recordando claro está, que la Ley 700 de 2001, en su artículo 4º, prevé un plazo de 2 meses adicionales, para la inclusión en nómina de pensionados, lo que en últimas, confiere a los fondos, como lo es el accionado en este asunto, un plazo de gracia de 6 meses, para reconocer y pagar la mencionada prestación.*

*Pues bien, como se indicó líneas arriba y lo señaló el a quo en su providencia, para el disfrute de la pensión de vejez, es preciso, además de tener consolidado el derecho; que se acredite la desafiliación del sistema, así lo disponen los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, que se*

*aplican en la actualidad atendida la integración normativa consagrada en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993.*

*Esa desafiliación puede ser expresa o deducida de otras circunstancias, a manera de ejemplo, la presentación de la solicitud una vez cumplidos los precitados requisitos y en una fecha cercana a la fecha en que cesan los aportes para pensión.*

*En la sentencia SL5603/2016, radicación 47236 y ponencia de la Doctora Clara Cecilia Dueña Quevedo, reiteró la Corte:*

*“Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.*

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

*...*

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

*En el caso sub judice, el señor Morales Montoya, presentó su solicitud el 2 de agosto de 2012, fecha para la cual, evidentemente, había reunido los presupuestos de edad y número de semanas para acceder a la pensión de vejez, situaciones que no están en discusión; y adicionalmente, cesó en sus cotizaciones el día 7 de noviembre de ese mismo año 2012, como se advierte de las Resoluciones GNR 101030 (fol. 8) y GNR 71068 (fol. 18); así las cosas no hay lugar a ninguna duda que era a partir del día siguiente a esa fecha que debía reconocerse el derecho del ahora pensionado pues su conducta fue suficientemente clara; sin embargo, la entidad demandada, sin razón demostrada, concedió la pretensión desde el 30 de junio de 2013 <como se comprobó con los documentos visibles a folio 60 y s.s> y no desde la antedicha fecha.*

*Ahora bien, no sin razón enfatizó la apoderada recurrente que la entidad demandada concedió un retroactivo al demandante, dicho que se corrobora con el texto de la Resolución GNR 71068 de 2016 (fol. 18 y ss.) en la que se advierte el pago de la mesada de noviembre y una adicional que sería la de diciembre de 2012, pago que ascendió a la suma de \$2´359.240; sin embargo dicho monto no cubrió la totalidad de mesadas dejadas de cancelar, pues como se advirtió líneas atrás, la prestación fue cancelada el 30 de junio de 2013 y por tanto quedaron sin cubrir las mensualidades de enero a mayo de 2013, tal como lo advirtió el juez en su providencia. Así las cosas, no existió para el caso un pago total de la obligación, o como lo llama la defensa de la entidad un “hecho superado” pues ya se anotó quedaron mensualidades sin cubrir.*

*Frente al tópico de la prescripción, es deber manifestar que quedó probado en efecto que el demandante presentó su reclamación el 12 de febrero de 2016 y por tanto la mesada correspondiente al mes de enero de 2013 quedó afectada por el fenómeno de la prescripción.*

*Finalmente, frente al tema de los intereses moratorios, en el presente asunto, como ya se vio, se indicó por la vocera judicial de Colpensiones, que la norma que consagra los intereses moratorios, solo los establece cuando hay retardo o mora en el pago de las mesadas, pero no para el reconocimiento y adicionó que la prestación ya había sido reconocida*

*Analizada la manifestación encuentra esta Sala, que la simple lectura del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desvirtúa ese argumento, habida cuenta que allí se consagra la obligación de cancelar intereses tanto cuando existe mora en el reconocimiento como en el pago; de donde se deduce, que si se supera el término de gracia concedido en el parágrafo del artículo 33 de*

la Ley 100 de 1993 para resolver la solicitud, reconociendo la prestación solicitada, también hay lugar a imponer los referidos intereses moratorios.

Aceptar la posición de la togada, sería entonces predicar, que las entidades administradoras de los fondos de pensiones, como en este caso Colpensiones, no tienen un término límite para resolver las solicitudes de sus afiliados o que si lo tienen pero no hay consecuencia en caso de incumplimiento del mismo, por cuanto la sanción en forma de intereses, únicamente procede cuando efectuado dicho reconocimiento mediante un acto administrativo, no se cancelan las mesadas oportunamente, contraviniendo el querer del legislador de 1993 y especialmente el de los usuarios que dependerían del querer de las mentadas entidades, para ver resueltas sus peticiones. Por tanto, sabiéndose que la prestación fue reclamada el 2 de agosto de 2012 la entidad debía resolver hasta antes del 2 de diciembre de 2012 y no lo hizo y por tanto hay lugar a la imposición de los intereses tal como fueron impuestos por el A quo.

Se CONFIRMARÁ en consecuencia la sentencia consultada y apelada por encontrarse ajustada a la ley y a la jurisprudencia que resultan aplicables.

## **5. COSTAS**

En esta sede a cargo de la accionada y a favor del demandante, como agencias en derecho se fija la suma de \$200.000. Líquidense en los términos del artículo 366 del CGP.

## **6. DECISIÓN**

Sin más consideraciones, la Sala 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** en todas sus partes la **Sentencia No. 82 del veintiocho (28) de mayo del año dos mil diecinueve (2019)**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá, Valle**, dentro del proceso ordinario laboral promovido por CARLOS JESUS MORALES MONTOYA contra COLPENSIONES, conforme las razones expuestas.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en la instancia.

**TERCERO: DEVUÉLVASE** a su lugar de origen una vez en firme el presente proveído.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Las Magistradas,

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**  
**(Con impedimento)**



**MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR**

**Firmado Por:**

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE  
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL  
Despacho 001 De La Sala Laboral Del 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:*

**2e2a87d02e2dac1afb9f5a4376f5e714183a767d0275e057041d7c7f9a27f462**

*Documento generado en 15/09/2020 08:34:36 p.m.*





**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA**  
**SALA LABORAL**

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**  
**MAGISTRADA SUSTANCIADORA**

**Expediente No. 76-834-31-05-001-2016-00414-01**

Efectuada la revisión de la presente proceso ordinario laboral promovida por CARLOS JESUS MORALES MONTOYA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se advierte que la suscrita Magistrada, quien integra la Sala con la Magistrada ponente CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE, se encuentra incurso en una causal de impedimento que no le permite conocer el asunto de la referencia, por cuanto de conformidad con el artículo 140 del Código General del Proceso que señala *“los magistrados, jueces, conjueces en quienes concurra alguna causal de recusación deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ella, expresando los hechos en que se fundamenta.”*

En el caso bajo estudio, mi cónyuge ENVER IVAN ALVAREZ ROJAS, funge como Juez Primero Laboral del Circuito de Tuluá, cargo que desempeña en propiedad por concurso de meritos, circunstancia que configura la causal de impedimento prevista en el numeral 2 del artículo 141 del C.G.P., aplicable por remisión normativa al procedimiento laboral, razón por la cual debo declararme impedida para conocer del mismo.

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**  
**Magistrada**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**GRUPO:** CONSULTA DE SENTENCIA  
**DEMANDANTE:** MOISES HENAO VALENCIA  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES  
**RADICACIÓN:** 76-834-31-05-001-2017-00580-01

*Guadalajara de Buga, Valle, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020)*

*En la fecha indicada, atendiendo lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, la Sala Segunda de Decisión Laboral, procede a dictar en forma escrita la sentencia por medio de la cual se revisa en grado jurisdiccional de CONSULTA, la sentencia 079 del 28 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (V), dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.*

**Auto de sustanciación No. 524**

*Se le reconoce personería para actuar en representación de Colpensiones a la firma MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., representada por la abogada María Juliana Mejía Giraldo, portadora de la tarjeta profesional número 258.258, teniendo como sustento la escritura pública No 3373 del 3 de septiembre de 2019, que se anexa al expediente; igualmente se acepta la sustitución de poder que la sociedad en mención, por intermedio de su representante, le realiza a la doctora Liliana Andrea Maya Restrepo, portadora de la tarjeta profesional número 235.126, expedida por el C.S.J. Lo anterior de conformidad con lo señalado en los artículos 73 y siguientes del CGP que se aplica por remisión analógica en materia laboral (art. 145 CPTSS).*

*Esta decisión se notifica en estado.*

*Dentro del término de traslado concedido para presentar alegatos, sólo se pronunció Colpensiones por intermedio de su vocera judicial, insiste en la imposibilidad de sumar tiempos de servicios y semanas cotizadas para la pensión del Acuerdo 049 de 1990, señala, que su procurada le reconoció al actor, la pensión en las condición más favorables permitidas por la ley, cita apartes normativos y jurisprudenciales para avalar su posición.*

*El actor guardó silencio.*

*Teniendo en cuenta que no quedan trámites pendientes por evacuar, se procede a proferir la*

**Sentencia No. 175**

**Discutida y aprobada según Acta No. 35**

**1. ANTECEDENTES**

*El señor MOISES HENAO VALENCIA, por conducto de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con el fin de que se le reliquide y/o reajuste la*

*pensión de vejez reconocida, con el IBL de toda su vida laboral, al tener más de 1250 semanas cotizadas y ser beneficiario del régimen de transición, conforme la sentencia SU 769 del 16 de octubre de 2014, indexación y costas del proceso (fl. 87)*

## **2. HECHOS:**

*Los hechos relevantes en los cuales se sustentaron tales pretensiones fueron los siguientes:*

- 1.- Que nació el 11 de marzo de 1954, cumpliendo los 60 años el mismo día del año 2014.*
- 2.- Que entre el 1 de septiembre de 1972 y el 29 de noviembre de 1977 laboró para la Policía Nacional.*
- 3. Que tiene cotizadas 1.365 semanas a Colpensiones, incluidas las del sector público y privado*
- 4. Que según sentencia de la Corte Constitucional SU 769 de 16 de octubre de 2014, es permitida la sumatoria de tiempos públicos y privados, cotizados y no cotizados a Colpensiones en aplicación del Decreto 758 de 1990.*
- 5. Que mediante resolución GNR 301077 de 28 de agosto de 2014, le fue reconocida pensión de vejez a partir del 11 de marzo de 2014, con un IBL de \$622.856 y una tasa de remplazo del 78%, para una mesada de \$616.000 equivalente al salario mínimo de 2014.*
- 6. Que calculada su pensión con el IBL de toda su vida laboral, tiene derecho a un IBL real de \$813.818 y con la tasa de remplazo del 90%, arrojaría una primera mesada para el 2014 de \$732.436, y las diferencias pensionales mencionadas.*
- 7.- Que el 16 de marzo de 2017 solicitó el reajuste de la pensión de vejez, siendo negado mediante resolución SUB 106912 de 27 de junio de 2017 (fls. 87 y 88).*

## **3. ACTUACIÓN PROCESAL.**

- 1.- Mediante Auto No.1736 de 30 de noviembre de 2018, el Juzgado admitió la demanda una vez subsanada y dispuso correr el traslado de rigor a la demandada y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público (fl. 102).*
- 2.- Debidamente notificada, la sociedad demandada en forma oportuna da respuesta a la demanda (fl.123 audiencia No.119 de 28 de mayo de 2018), manifestando que algunos hechos eran ciertos, otros eran una pretensión o un comentario, se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló como excepciones de fondo las que denominó la INNOMINADA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, CARENCIA DEL DERECHO Y COBRO DE LO NO DEBIDO, PRESCRIPCIÓN y BUENA FE (fls. 110 a 113).*
- 3.- Surtido en legal forma el trámite procesal de primera instancia, mediante Sentencia No. 079 de 28 de mayo de 2019, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (V), resolvió negar las pretensiones de la demanda, condenó en costas al demandante y dispuso la consulta ante el Tribunal Superior. (fl. 123).*

## **4. MOTIVACIONES**

### **4.2. FUNDAMENTOS DEL FALLO CONSULTADO.**

*Como fundamento de su decisión, el Juzgado de conocimiento comienza indicando como hechos probados que no está en discusión que el actor es titular de pensión de vejez reconocida con el decreto 758 de 1990, al ser beneficiario del régimen de transición; que la entidad al momento del reconocimiento aplicó el principio de favorabilidad al reconocer la pensión con el decreto 758 de 1990 por ser más beneficioso que la Ley 71 de 1988, estableciendo el IBL con*

*las semanas cotizadas y aplicando la tasa de remplazo correspondiente; seguidamente señala lo pretendido por la parte actora y como problema jurídico indicó que consistente en determinar si para la pensión del decreto 758 de 1990, se pueden acumular tiempos cotizados a otras cajas o servidos en entidades públicas.*

*Manifiesta que la respuesta del Despacho es que no se pueden acumular dichos tiempos, por las siguientes razones:*

*Que el Despacho conoce la tesis de la Corte Constitucional expuesta en la sentencia SU 769 de 2014 y reiterada en algunas tutelas, donde la Corte narra que es posible la acumulación de tiempos. Que el Juzgado se aparta de esa postura con los siguientes argumentos:*

*1. Que existe disanalogía en la sentencia SU 769/14 y en los otros fallos concatenados a la misma; que la Corte hace una flexibilización de los requisitos para aquellas personas que no alcanzan pensión ni en un régimen ni en el otro, ni en las transiciones ni en la Ley 100/93 con sus modificaciones, porque siempre les queda faltando una parte de uno u otro requisito, entonces en aplicación de esas normas constitucionales flexibiliza los requisitos para que ese no pensionado pueda alcanzar la pensión. Caso distinto al esbozado por cuanto el demandante ya es pensionado y tuvo la posibilidad de pensionarse con aplicación de dos regímenes utilizándose el más favorable.*

*Que el segundo argumento es la perspectiva histórica de los regímenes en Colombia, en los cuales queda claro que en aquellos propios reglamentarios de las pensiones a cargo del ISS, nunca se pudo acumular tiempos cotizados a otros regímenes, recordando que en la década del 40 y en especial de la reglamentación del Decreto 3041 de 1966, quedaba suficientemente claro que en Colombia la creación del ISS, solo se tenía en cuenta para efectos de pensión los tiempos efectivamente cotizados al ISS; que desde allí se creó la pensión compartida en la que el instituto iba a pagar conforme las cotizaciones y si la pensión que tenía que reconocer el patrón era mayor, el trabajador tenía derecho a que ese mayor valor lo pague el empleador.*

*Aclara que si se pudiera acumular tiempos servidos en dicho régimen, no existiría la pensión compartida; que desde la perspectiva histórica en la reglamentación del ISS, no se puede acumular tiempos diferentes.*

*Que surge entonces la ley 71 de 1988 que si permite acumulación de tiempos; que antes de la creación de la ley 100 de 1993, es evidente que el régimen que se le aplicó al demandante no es posible acumular tiempos y al no ser acumulables se debe recordar el principio de la inescindibilidad; que se debe asumir en pensiones una norma, un régimen y no se puede partir y tomar lo que más me convenga; que en el caso del demandante al poder aplicarse dos normas ley 71 de 1988 y Decreto 758 de 1990, se tenía que escoger una; que evidentemente hecho el cálculo por el Despacho tiene razón la entidad al aplicar el decreto 758 de 1990, por ser el que más le convenía.*

*Indica que como cuarto argumento, al ser reconocida la pensión del actor con régimen de transición, lo que se pide no sería mejorar el derecho porque se rompe la transición.*

*Finalmente señala que el órgano de cierre la Corte Suprema de Justicia, por más de una década en la cual se mantiene muy bien explicado los factores dichos, la explicación de que en efecto el Decreto 758 reglamentario del ISS no se puede aplicar otros tiempos cotizados a otras cajas en pensiones y de esto se puede señalar entre otras muchas las sentencias 23611 de 4 de noviembre de 2004, 26729 de 2006, 35792 de 2009, 42242 de 2011, 442190 y 42899 de 2012, 21551 de 2016, 16104 de 2014, 19871 de 2017, 5506 de 2018 y 3695 de 2018, lo que constituye doctrina probable por ser un criterio de 15 años. Que en especial el 36951 de 2018 la Corte ha hecho explicación de uno de los principales factores en cuanto a la Corte Constitucional, refutando su argumento, donde ha sostenido que una interpretación más favorable al trabajador y entender que cotizaciones es cualquier cotización a cualquier caja, no es una interpretación*

más favorable, no es armónica con la norma, interpreta un reglón de una normatividad en otro sentido.

Por último manifiesta que el Acuerdo 049 que reglamentario el Decreto 758 de 1990 que le dio derecho al actor, es el reglamento de las pensiones a cargo del ISS; que no se puede pedir que en cada reglón que diga cotizaciones tenga que hacer esa explicación porque la norma es un todo, sin poderse motilar la interpretación solo en un reglón de lo que es un conjunto reglamentario, concluyendo que por las razones anteriores el Juzgado resuelve negar las pretensiones de la demanda, condena en costas al demandante y dispone la consulta ante el Tribunal Superior de Buga Sala laboral.

## **5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER**

El problema jurídico que se debe resolver en esta ocasión, giran en torno a determinar, si es posible la sumatoria de semanas cotizadas al sistema pensional administrado hoy en día por Colpensiones, con tiempos de servicios públicos sin aportes para esa entidad.

## **6. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES y APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.**

En el presente asunto, el a quo negó la reliquidación con sustento en la imposibilidad de semanas cotizadas al ISS hoy Colpensiones (RPMPD) con tiempos servidos en entidades públicas, cotizados a otras cajas de previsión social o no cotizados y a cargo del empleador.

Sin embargo, la condición de beneficiario del régimen de transición del demandante no fue objeto de controversia, de hecho, el derecho pensional se analizó con sustento en todos los regímenes que resultaban aplicables y se aplicó el que en el sentir de la accionada, le resultaba más favorable.

Habiéndose determinado entonces, la condición de beneficiario del régimen de transición del demandante, el tema a dilucidar, consiste en determinar, si para reconocer la pensión de vejez al amparo del precitado Acuerdo, es posible tener en cuenta también el tiempo de servicios que el actor prestó en entidades públicas, sin cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, venía manteniendo una sólida posición, según la cual, bajo el Decreto 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 de 1990, resultaba improcedente la acumulación de tiempo de servicios con aportes al ISS, porque los reglamentos de ese instituto en el régimen de prima media con prestación definida no contemplan tal posibilidad y ello solo fue factible a partir de la entrada en vigencia del parágrafo 1° del Art. 33 de la Ley 100 de 1993 que permitió expresamente tal acumulación y por tanto, había sostenido desde antaño, que dichas acumulaciones eran posibles únicamente para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el artículo mencionado, lo cual excluiría la acumulación para el Acuerdo 049 de 1990 (SL16810-2016, SL16104-2014, SL16086-2015, SL11241-2016, SL317-2019 y más recientemente la SL2022 del 17 de junio del presente año-radicación 71.475, entre muchas otras). Posición que fue la que aplicó el juez de primera instancia para negar las pretensiones de la demanda.

Sin embargo, en recientes pronunciamientos, más exactamente a partir del 1° de julio del año que avanza, en la sentencia laboral 1947 de esa fecha, la Alta Corporación varió su posición y; en sala mayoritaria, interpretó de manera diferente el parágrafo en mención, considerando que es posible la pretendida acumulación, incluso para las peticiones de reliquidación, así lo resumió en la sentencia laboral No. 2557 del 8 de julio del año que avanza (radicación 72.425 y ponencia del Magistrado Iván Mauricio Lenis Gómez), al expresar:

“Pues bien, en recientes pronunciamientos la Corte cambió de criterio jurisprudencial y estableció que en el marco del Acuerdo 049 de 1990 es procedente la sumatoria de tiempos de servicios en los

sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales (CSJ SL1947-2020 y CSJ SL1981-2020). Precisamente, en la primera referida, la Corporación explicó:

*No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.*

*Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.*

*Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.*

*Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.*

*De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.*

*En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.*

*Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.*

*Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.*

*La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.*

*En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.*

*En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es*

*predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.*

*Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens (...).*

**Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.**

**De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.”** (Negrillas ajenas al texto)  
*A la fecha, conocidas son cuatro las decisiones de la Corte en el mismo sentido (además de las mencionadas, la SL 2587/2020), razón que impone, en los términos del artículo 10 de la Ley 153 de 1887, su acogimiento, atendiendo su condición de máximo órgano de cierre en materia laboral.*

*Por lo anterior, la Sala Segunda de Decisión Laboral, modificó su posición y desde la sentencia proferida el 2 de septiembre del presente año, en el proceso del señor Francisco Antonio Campo Urrea (radicación 76-520-31-05-003-2017-00225-01), varió la posición que venía sosteniendo para acatar la definida por la Corte y en consecuencia, el segundo problema necesario para resolver la viabilidad de las pretensiones, tiene respuesta también favorable.*

*Así las cosas, resulta claro que en el subjudice, esas 1.365 semanas que tiene el actor en su haber, son suficientes para acceder al derecho a la pensión de vejez al amparo del Acuerdo 049 de 1990, dada su condición de beneficiario del régimen de transición y atendiendo, se itera, la nueva interpretación realizada por la Corte.*

*Le correspondía en consecuencia al demandante, el 90% del ingreso base de liquidación, que conforme la liquidación realizada por el actuario del tribunal, alcanza un valor de \$754.098, por tanto, la mesada pensional para el año 2013 es la suma de \$678.688.18 y para el 2014, \$691.855, conforme esa misma liquidación (anexo 1).*

*El reajuste pensional se reconocerá entonces a partir de la misma fecha en que le fue reconocida la pensión, habida cuenta que reclamó el reajuste dentro de los tres años siguientes (la Resolución GNR 301077 del 28 de agosto de 2014, le reconoció la pensión a partir del 11 de marzo de ese mismo año, la reclamación de la reliquidación fue presentada el 16 de marzo de 2017), incrementándolo año a año en la forma indicada en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.*

*Le corresponde en consecuencia al demandante, por concepto de reajuste pensional la suma de \$5.224.991.47 hasta el mes de agosto de 2020, cifra que indexada a esa misma fecha, alcanza un total de \$5.953.307.12; la mesada pensional para el presente año, es la suma de \$902.729 (anexo 2)*

*Conforme lo anterior, se revocará la sentencia en su integridad, incluidas las costas procesales, que en ambas instancias quedarán a cargo de la accionada. En esta sede, las agencias en derecho se fijan en medio salario mínimo legal mensual vigente.*

## **7. DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia 079 de 28 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (V), dentro del proceso ordinario laboral propuesto por **MOISES HENAO VALENCIA** contra **COLPENSIONES**, conforme a los motivos expuestos.

**SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES a reajustar la pensión de vejez del demandante, en la forma indicada en la parte motiva; por concepto de retroactivo por las diferencias causadas entre el 11 de marzo de 2014 y el último día del mes de agosto del 2020, le corresponde la suma de \$5.953.307.12 (ya indexada), la mesada pensional para el presente año, alcanza un valor igual a \$902.729.

**TERCERO: COSTAS** en ambas instancias a cargo de Colpensiones y a favor del demandante. En esta sede, las agencias en derecho se fijan en medio salario mínimo legal mensual vigente

**CUARTO: DEVUÉLVASE** a su juzgado de origen una vez en firme el presente proveído.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

**Las Magistradas,**



**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**Ponente**

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**  
(Con impedimento)



**MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR**

**Firmado Por:**

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**Despacho 001 De La Sala Laboral Del 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:

**e3a0f86e8dc1eb9e2b6c87b361279a5eba6548baf0c2a71b4dbc9764c5a06dfe**

Documento generado en 16/09/2020 06:11:16 a.m.





**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA  
SALA LABORAL**

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS  
MAGISTRADA SUSTANCIADORA**

**Expediente No. 76-834-31-05-001-2017-00580-01**

Guadalajara de Buga, cuatro (4) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Efectuada la revisión de la presente proceso ordinario laboral promovida por MOISES HENAO VALENCIA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se advierte que la suscrita Magistrada, quien integra la Sala con la Magistrada ponente CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE, se encuentra incurso en una causal de impedimento que no le permite conocer el asunto de la referencia, por cuanto de conformidad con el artículo 140 del Código General del Proceso que señala *“los magistrados, jueces, conjueces en quienes concurra alguna causal de recusación deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ella, expresando los hechos en que se fundamenta.”*

En el caso bajo estudio, mi cónyuge ENVER IVAN ALVAREZ ROJAS, funge como Juez Primero Laboral del Circuito de Tuluá, cargo que desempeña en propiedad por concurso de meritos, circunstancia que configura la causal de impedimento prevista en el numeral 2 del artículo 141 del C.G.P., aplicable por remisión normativa al procedimiento laboral, razón por la cual debo declararme impedida para conocer del mismo.

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS  
Magistrada**

**Firmado Por:**

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS  
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**



## **Despacho 002 De La Sala Laboral Del 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:

**1683420bdc446e44caf2bb5e00ef3f37d0ac1ae4b35fce3a4687b37697323a9f**

Documento generado en 04/09/2020 05:29:54 p.m.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**GRUPO:** APELACION DE SENTENCIA  
**DEMANDANTE:** ALICIA JULIA MARIA RUANO MARTINEZ  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES  
**RADICACIÓN:** 76-834-31-05-001-2018-00532-01

*Guadalajara de Buga, Valle, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020).*

*En cumplimiento de lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede, la Sala Segunda de Decisión Laboral, a resolver en forma escrita, previo traslado a las partes para las alegaciones finales, el **recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia No. 170 proferida el 26 de noviembre de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá, Valle, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.***

**Auto de sustanciación No. 525**

*Se le reconoce personería para actuar en representación de Colpensiones a la firma MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., representada por la abogada María Juliana Mejía Giraldo, portadora de la tarjeta profesional número 258.258, teniendo como sustento la escritura pública No 3373 del 3 de septiembre de 2019, que se anexa al expediente; igualmente se acepta la sustitución de poder que la sociedad en mención, por intermedio de su representante, le realiza a la doctora María Camila Bayona Delgado, portadora de la tarjeta profesional número 282.627, expedida por el C.S.J. Lo anterior de conformidad con lo señalado en los artículos 73 y siguientes del CGP que se aplica por remisión analógica en materia laboral (art. 145 CPTSS).*

*Esta decisión se notifica en estado.*

**Sentencia No. 178**

**Discutida y aprobada mediante Acta No. 35**

**1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL**

*En demanda presentada el 29 de mayo de 2019, pretende la señora ALICIA JULIA MARIA RUANO MARTINEZ, que se condene a COLPENSIONES, a reliquidar su pensión de vejez desde el 1 de enero de 2015 hasta que se haga efectivo el pago aplicando el 90% sobre el IBL de los 10 últimos años, al haber cotizado 1.471 semanas en toda su vida laboral, en concordancia con el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, por aplicación del principio de favorabilidad establecido en el artículo 53 C.N. y el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia SU 769 de 2014 y demás sentencias concordantes; solicita igualmente, que las sumas reconocidas sean indexadas, que se falle con sustento en las facultades ultra y extrapetita y se condene en costas a la entidad accionada. (fls. 57 y 58).*

*Sustenta sus peticiones, en que nació el 31 de enero de 1957; que durante su vida laboral trabajó en entidades públicas y privadas; que a pesar de haberse traslado al RAIS regresó a*

COLPENSIONES, conservando el régimen de transición; que al cumplir los requisitos solicitó la pensión de vejez ante COLPENSIONES, la que finalmente fue reconocida con sustento en la Ley 71 de 1988, luego de interpuestos los recursos de ley y, mediante resolución VPB 25405 de 29 de diciembre de 2014, con una tasa de reemplazo del 75% e IBL por valor de \$2.616.864; agrega que Colpensiones estudió su prestación con sustento en el Decreto 758 de 1990, estableciendo un monto del 72% el cual no le aplicó por resultar inferior al 75% establecido en la Ley 71 de 1988. (Resolución VPB 25405 de 29 diciembre de 2014, fl. 5 a 9) y; finalmente, que el 14 de marzo de 2018 solicitó la reliquidación de su pensión con base en el mencionado Decreto, incrementando el monto al 90% al contar con más de 1400 semanas cotizadas, con base en la SU 769 de 2014, con respuesta negativa por parte de la entidad, conforme la Resolución DIR 16629 de 12 de septiembre de 2018, argumentando que la sentencia de unificación citada no tiene aplicación retroactiva. (fls.42 y ss).

La demanda así presentada fue admitida mediante providencia del 29 de mayo de 2019, ordenándose en esa misma oportunidad, el traslado de rigor a la demandada y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público (fl. 66)

Colpensiones dio respuesta a la demanda, pronunciándose frente a los hechos, oponiéndose a las pretensiones y formulando como excepciones de fondo: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, CARENCIA DEL DERECHO y COBRO DE LO NO DEBIDO, PRESCRIPCION Y BUENA FE (fls. 75 a 79)

Surtido en legal forma el trámite procesal de primera instancia, mediante Sentencia No. 170 del 26 de noviembre de 2019, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (V), negó todas las pretensiones de la demanda, condenó en costas a la demandante y dispuso la consulta de la sentencia. (fl. 98 y 99).

## **2. FUNDAMENTOS DEL FALLO APELADO.**

Como sustento de su decisión, el Juzgado de conocimiento inicia indicando que no es posible acumular tiempos públicos al régimen pensional del Decreto 758 de 1990; se aparta de la Sentencia SU 769 de 2014 que si lo permite, por las diferencias fácticas del caso estudiado por la Corte donde a las personas no se les había reconocido la pensión donde se aplica un criterio flexible de interpretación para que accedan a la prestación, que no alcanzan con algunos regímenes, lo que difiere del caso en estudio donde la demandante es titular de la pensión en virtud de la Ley 71 de 1988.

Agrega, que Decreto 758 de 1990 reglamentario de las pensiones pagadas por el ISS, no contempla la posibilidad de acumular otros tiempos no cotizados a esa entidad; realiza un recuento histórico de normas que han regulado la prestación en Colombia, para obtener esa conclusión; agregando que el mismo tenor literal de la norma, desde su encabezamiento indica que lo que está reglamentando son las cotizaciones al ISS; expresa que la Corte ha reiterado que son tres los aspectos amparados por la transición, edad, monto y tiempo de servicios o semanas cotizadas, pero no la posibilidad de acumular semanas, porque las semanas le corresponden al sistema no a la entidad. Que lo contrario significaría que la Ley 33 de 1985 del sector público, cuando dice que se tiene que acumular 20 años de servicio público se admitieran de otra índole, entonces no sobrevive al régimen de transición de como acumular esos años, desnaturalizaría a norma. Cita el principio de inescindibilidad de la norma y; finalmente, indica que la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, por más de 15 años ha indicado que estos tiempos no son acumulables, citando al respecto las sentencias 23611/04, 26728/06, 35591/09, 42191 y 42849 de 2012, 16104 de 2014, 2135 de 2016, 19871 de 2017, 5506 de 2018, 3693 de 2018 y SN 831 de 2019. Por tales razones, considera el Despacho, que no es posible la acumulación de tiempos de servicios no cotizados al ISS y que resulta más favorable el reconocimiento de la prestación con la Ley 71 de 1988, por lo que se niega las pretensiones de la demanda.

### **3. RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con el fallo, el apoderado de la parte actora lo apeló manifestando en suma que el recurso radica en el problema de la interpretación de la constitucionalidad de algunos principios, como el de favorabilidad en el entendido que el Decreto 758 de 1990, en ningún momento dice que no puede acumular tiempos sean públicos o exclusivamente cotizados, puesto que de antemano la legislación es expresa no tácita y las circunstancias no prohibidas son tácitamente permitidas y el decreto en ningún momento expresa que está prohibido contar estos tiempos, como lo indica el señor Juez.*

*Insiste por tanto, en que en virtud del principio de progresividad, es posible reconocer la prestación con sustento en el referido Acuerdo, acumulando semanas cotizadas con tiempos de servicios.*

*En el término concedido para las alegaciones finales, ambas partes presentaron escritos, el apoderado de la actora, insiste en el derecho de su procurada a que se computen los tiempos servidos en entidades públicas con las semanas cotizadas para la accionada, a fin de acceder a la pensión de vejez con sustento en el Acuerdo 049 de 1990; la vocera judicial de Colpensiones, en que no es posible tal sumatoria de acuerdo con la jurisprudencia laboral.*

### **4. CONSIDERACIONES**

#### **4.1. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER**

*Teniendo en cuenta el recurso de apelación, estima la Sala, que el interrogante que debe ser resuelto y que constituye el problema jurídico, radica en determinar, si es posible la acumulación de semanas cotizadas al ISS y a otras entidades de previsión social existentes antes de 1993, para reconocer y liquidar la pensión de vejez otorgada a la actora, bajo el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta la sentencia SU 769 de 16 de octubre de 2014.*

#### **4.2. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES Y APLICACIÓN AL CASO CONCRETO**

*Se observan reunidos los presupuestos procesales, competencia del juez, capacidad procesal, capacidad para ser parte y demanda en forma, no se avizora además, causal de nulidad alguna, que pueda invalidar lo actuado.*

*En este asunto quedó probado además, que la RUANO MARTINEZ, es pensionada por vejez, según Resolución **VPB 25405 de 29 de diciembre de 2014**, con fundamento en la Ley 71 de 1988, una tasa de reemplazo del 75% e IBL por valor de \$3.489.152, (fl. 5 a 9); que el 14 de marzo de 2018, solicitó la reliquidación de la pensión de vejez, accediéndose a lo solicitado mediante resolución **SUB 178862 de 04 de julio de 2018**, en aplicación al principio de favorabilidad con fundamento en el decreto 758 de 1990, pero solo con las semanas cotizadas al ISS, solicitando el traslado de aportes a las entidades públicas para financiar la pensión (Art. 17 Ley 549 de 1999), no accediendo a la aplicación de la sentencia SU 769 de 16 de octubre de 2014 por ser posterior al reconocimiento de la pensión y no tener efectos retroactivos. (fl. 18 a 25, estatus de pensionada 31 de enero de 2012); que dicha decisión fue recurrida y los recursos resueltos a través de los actos administrativos **SUB 208336 de 6 de agosto de 2018** aumentando el monto de la pensión al liquidar la misma con los últimos 10 años de cotización (fl. 36 a 41) y confirmada la decisión por Resoluciones **DIR 16629 de 12 de septiembre de 2018** (fls. 42 a 48) y **DIR 14429 de 12 de septiembre de 2018** (fls. 42 a 49).*

*En este caso, se recuerda, pretende la parte actora en el presente asunto, la reliquidación de su pensión de vejez con fundamento en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, acumulando las semanas cotizadas al ISS y a otras entidades por los servicios públicos prestados, teniendo en cuenta la sentencia SU 769 de 16 de octubre de 2014.*

*El tema en cuestión, y que funda el problema jurídico planteado, lo constituye determinar, si para reconocer la pensión de vejez al amparo del precitado Acuerdo, es posible tener en cuenta también el tiempo de servicios que la actora prestó en entidades públicas, sin cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES.*

*Y para resolverlo, es preciso aclarar que la demandante señora ALICIA JULIA MARIA RUANO MARTINEZ cotizó un total de **1.471 en toda su vida laboral, de las cuales 3.026 días, esto es 432,28 semanas corresponden a tiempos públicos, según de extrae de la resolución SUB 208336** de 6 de agosto de 2018, expresamente folio 38 del plenario.*

*La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, venía manteniendo una sólida posición, según la cual, bajo el Decreto 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 de 1990, resultaba improcedente la acumulación de tiempo de servicios con aportes al ISS, porque los reglamentos de ese instituto en el régimen de prima media con prestación definida no contemplan tal posibilidad y ello solo fue factible a partir de la entrada en vigencia del parágrafo 1° del Art. 33 de la Ley 100 de 1993 que permitió expresamente tal acumulación y por tanto, había sostenido desde antaño, que dichas acumulaciones eran posibles únicamente para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el artículo mencionado, lo cual excluiría la acumulación para el Acuerdo 049 de 1990 (SL16810-2016, SL16104-2014, SL16086-2015, SL11241-2016, SL317-2019 y más recientemente la SL2022 del 17 de junio del presente año-radicación 71.475, entre muchas otras). Posición que fue la que aplicó el juez de primera instancia para negar las pretensiones de la demanda.*

*Sin embargo, en recientes pronunciamientos, más exactamente a partir del 1° de julio del año que avanza, en la sentencia laboral 1947 de esa fecha, la Alta Corporación varió su posición y; en sala mayoritaria, interpretó de manera diferente el parágrafo en mención, considerando que es posible la pretendida acumulación, incluso para las peticiones de reliquidación, así lo resumió en la sentencia laboral No. 2557 del 8 de julio del año que avanza (radicación 72.425 y ponencia del Magistrado Iván Mauricio Lenis Gómez), al expresar:*

*“Pues bien, en recientes pronunciamientos la Corte cambió de criterio jurisprudencial y estableció que en el marco del Acuerdo 049 de 1990 es procedente la sumatoria de tiempos de servicios en los sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales (CSJ SL1947-2020 y CSJ SL1981-2020). Precisamente, en la primera referida, la Corporación explicó:*

*No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.*

*Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.*

*Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.*

*Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.*

*De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas*

*para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.*

*En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.*

*Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.*

*Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.*

*La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.*

*En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.*

*En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.*

*Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens (...).*

**Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.**

**De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.” (Negrillas ajenas al texto)**

*A la fecha, conocidas ya van más de cuatro decisiones de la Corte en el mismo sentido (además de las mencionadas, la SL 2587/2020, la SL2874 entre varias otras), razón que impone, en los términos del artículo 10 de la Ley 153 de 1887, su acogimiento, atendiendo su condición de máximo órgano de cierre en materia laboral.*

*Por lo anterior, la Sala Segunda de Decisión Laboral, modificó su posición y desde la sentencia proferida el 2 de septiembre del presente año, en el proceso del señor Francisco Antonio Campo Urrea (radicación 76-520-31-05-003-2017-00225-01), varió la posición que venía sosteniendo para acatar la definida por la Corte y en consecuencia, el segundo problema necesario para resolver la viabilidad de las pretensiones, tiene respuesta también favorable.*

Así las cosas, resulta claro que en el subjudice, esas 1.471 semanas que tiene la actora en su haber, son suficientes para acceder al derecho a la pensión de vejez al amparo del Acuerdo 049 de 1990, dada su condición de beneficiaria del régimen de transición y atendiendo, se itera, la nueva interpretación realizada por la Corte.

Le correspondía en consecuencia a la demandante, el 90% del ingreso base de liquidación obtenido con sustento en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir \$3.269.663 para el año 2015 y \$4.115.613 al 2020. Realizadas las operaciones a efectos de determinar la diferencia a favor de la citada señora y a cargo de Colpensiones, de acuerdo con la nueva posición, se alcanza una suma de \$43.725.104 por el periodo comprendido entre el 14 de marzo de 2015 y el último día del mes de agosto del presente año (ver cuadro anexo, liquidación realizadas actuaria del Tribunal); a partir de septiembre del año que avanza, el valor de la mesada que le corresponde a la señora Ruano, será la suma de \$4.115.613, debiendo en consecuencia Colpensiones modificar la Resolución de reconocimiento en los términos anotados.

Se reconoce el retroactivo por concepto de diferencias a partir de esa fecha, teniendo en cuenta que en la misma, pero del año 2018, se presentó reclamación ante Colpensiones, fl. 18, interrumpiendo de esa forma, la prescripción del derecho, propuesta en forma oportuna por la entidad. En cuanto a las demás excepciones, se declaran no probadas, teniendo en cuenta el cambio jurisprudencial que se aplica.

Conforme lo anterior, se revocará la sentencia en cuanto negó la solicitud de reliquidación de la pensión de vejez de la demandante, para en su lugar condenar a la entidad a reconocer y pagar la mencionada prestación con sustento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, a partir del 14 de enero de 2015, en cuantía igual a \$3.269.663 para ese año y que para el 2020, asciende a la suma de \$4.115.613, conforme lo expresado. Se impondrá condena por la suma de \$43.725.104 por concepto del reajuste causado hasta el mes de agosto de 2020 (inclusive), que deberá ser indexada a la fecha del pago efectivo por parte de la entidad.

## **5. COSTAS**

Costas en ambas instancias a favor de la parte demandante y a cargo de Colpensiones. En esta sede, se fija como agencias en derecho la suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales diarios vigentes.

## **6. DECISIÓN**

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia 170 de 26 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (V), dentro del proceso ordinario laboral propuesto por **ALICIA JULIA MARIA RUANO MARTINEZ** contra **COLPENSIONES**, para en su lugar **DECLARAR** que la citada señora tiene derecho a la pensión de vejez con sustento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, conforme lo anotado en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONDENAR** a **Colpensiones**, a reconocer y pagar la pensión de vejez de la señora **ALICIA JULIA MARIA RUANO MARTINEZ**, con sustento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, a partir del 14 de enero de 2015, en cuantía



**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 76-834-31-05-001-2018-00532-01

igual a \$3.269.663 para ese año y que para el 2020, asciende a la suma de \$4.115.613, conforme lo expresado.

**TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES** a cancelar a favor de la demandante, la suma de **CUARENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS VEINTICINCO MIL CIENTO CUATRO PESOS (\$43.725.104)** por concepto del reajuste causado hasta el mes de agosto de 2020 (inclusive), que deberá ser indexada a la fecha del pago efectivo por parte de la entidad.

**CUARTO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de prescripción en los términos anotados y no probadas las demás, propuestas por Colpensiones.

**QUINTO: COSTAS** en ambas instancias a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones, en esta sede, se fija como agencias en derecho la suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales diarios vigentes.

**SEXTO: DEVUÉLVASE** a su juzgado de origen una vez en firme el presente proveído.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Las Magistradas,



**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
Ponente

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**  
(Con impedimento)



**MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR**

**Firmado Por:**

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**Despacho 001 De La Sala Laboral Del 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:  
**5b674b134c0dc84ff065cc18c8e433faf44352d85a7c6d0ac676abb87fbc1831**  
Documento generado en 16/09/2020 06:31:51 a.m.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA**  
**SALA LABORAL**

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**  
**MAGISTRADA SUSTANCIADORA**

**Expediente No. 76-834-31-05-001-2018-00532-01**

Efectuada la revisión de la presente proceso ordinario laboral promovida por ALICIA MARIA RUANO MARTINEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se advierte que la suscrita Magistrada, quien integra la Sala con la Magistrada ponente CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE, se encuentra incurso en una causal de impedimento que no le permite conocer el asunto de la referencia, por cuanto de conformidad con el artículo 140 del Código General del Proceso que señala *“los magistrados, jueces, conjueces en quienes concurra alguna causal de recusación deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ella, expresando los hechos en que se fundamenta.”*

En el caso bajo estudio, mi cónyuge ENVER IVAN ALVAREZ ROJAS, funge como Juez Primero Laboral del Circuito de Tuluá, cargo que desempeña en propiedad por concurso de meritos, circunstancia que configura la causal de impedimento prevista en el numeral 2 del artículo 141 del C.G.P., aplicable por remisión normativa al procedimiento laboral, razón por la cual debo declararme impedida para conocer del mismo.

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**  
**Magistrada**



RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO: ORDINARIO LABORAL  
GRUPO: CONSULTA DE SENTENCIA  
DEMANDANTE: MARIA JESUS VIDALES  
DEMANDADO: COLPENSIONES  
RADICADOS: 76-520-31-05-003-2019-00143-01

Guadalajara de Buga, Valle, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Conforme lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del presente año, la Sala Segunda de Decisión Laboral, procede a resolver en forma escrita y previo traslado para alegaciones finales, **el grado jurisdiccional de consulta sobre la Sentencia No. 22 del dieciocho (18) de febrero del año dos mil veinte (2020)**, proferida por el **Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira, Valle**, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Dentro del término concedido a las partes para presentar alegatos el apoderado judicial de Colpensiones allegó escrito, en este señaló que las pretensiones no tienen vocación de prosperidad por no cumplirse con los requisitos exigidos para ello; señaló que el legislador con la expedición de la ley 100 de 1993 buscó unificar el sistema general de pensiones y así generar igualdad entre los administrados, razón por la cual con la entrada en vigencia de la referida ley se derogaron todos regímenes especiales existentes con anterioridad al 1 de abril de 1994 conforme se estableció en el Art. 289 de la norma en comento; adicionó que la derogatoria tiene soporte en la sentencia SU 140 de 2019 e hizo énfasis e hincapié en la obligatoriedad de aplicación del precedente constitucional.

En consonancia con sus argumentos, solicita a este tribunal la confirmación de la sentencia absolutoria.

La parte actora guardó silencio.

Teniendo en cuenta que no quedan trámites pendientes por evacuar, se procede a proferir la,

**Sentencia No. 169**  
**Discutida y aprobada mediante Acta No. 35**

### 1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Pretende la demandante que se reconozca el incremento pensional equivalente al 7% sobre el salario mínimo, por tener a cargo a su hija en condición de discapacidad permanente, a partir de la causación del derecho pensional y mientras se mantengan las condiciones que le dan origen a dicho derecho; solicita por tanto que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar el mencionado beneficio, de manera retroactiva y debidamente indexado, así como las costas procesales.

Como sustento de su petición, indicó la demandante que le fue reconocida la pensión de vejez por el extinto ISS mediante resolución No. 10753 del nueve (9) de octubre de dos mil diez (2010) a partir del 17 de noviembre de 2005; que para su reconocimiento se acudió a lo contenido en el Art. 36 de la ley 100 de 1993; que la demandante tiene una hija mayor

de edad en condición de discapacidad con una pérdida equivalente al 83.20%; que presentó reclamación por los incrementos, recibiendo respuesta negativa de la entidad.

La demanda así presentada fue admitida mediante providencia del 25 de septiembre de 2019, fl. 29; una vez notificada a Colpensiones (y a las demás entidades que por ley deben ser enteradas de la existencia del proceso), se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de que trata el Art. 72 del CPTSS; la entidad se pronunció por intermedio de apoderada judicial admitiendo unos hechos y negando los demás; se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones las que denominó: "COBRO DE LO NO DEBIDO Y PRESCRIPCION"- [si bien en el escrito que reposa a folio 50 y ss. aparecen otras, las mismas no fueron propuestas en la contestación verbal]

Surtido en legal forma el trámite procesal de única instancia, mediante **Sentencia No. 22 del dieciocho (18) de febrero del año dos mil veinte (2020)** el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira resolvió declarar probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, absolvió a la demandada, de las pretensiones invocadas por la demandante. Para arribar a esa decisión explicó que, en el acto administrativo, Resolución No. 10753 de 2010, por medio del cual se le reconoció pensión de jubilación a la demandante, se tomó como norma base El art. 21 de la ley 33 de 1857 por haber sido servidora pública, y que en dicha norma no se encuentran contemplados los referidos incrementos pensionales por personas a cargo.

Teniendo en cuenta que la decisión fue completamente desfavorable a los intereses de la demandante, se dispuso la consulta de la misma, en los términos del artículo 69 del CPTSS.

## **2. CONSIDERACIONES**

### **2.1. PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER**

El interrogante que debe ser resuelto en este asunto, radica en determinar, si la sentencia que por vía de consulta se revisa, está ajustada a la ley y a la interpretación que a la misma, le ha realizado la jurisprudencia laboral. En caso negativo, se revisará el derecho de la demandante a ver incrementada su pensión por tener personas a cargo.

### **2.2. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES DE LOS INCREMENTOS PENSIONALES POR PERSONAS A CARGO:**

Los incrementos pensionales en mención, se encuentran previstos exclusivamente en el Art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 de ese mismo año, en los siguientes términos:

"Las pensiones mensuales de invalidez y vejez se incrementarán así:

- a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,
- b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión

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

Sobre el tema en controversia, cabe resaltar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL5259-2014 de fecha 23 de abril de 2014, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, Rad. 36036, reiteró el criterio según el cual los incrementos pensionales establecidos en el Art.21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, conservaron su vigencia a favor de aquellos afiliados a

quienes se le aplique en su reconocimiento pensional, por derecho propio, o por transición el citado Acuerdo 049 de 1990.

Es decir, para poder ser beneficiario en principio, de los incrementos pensionales, es requisito ser pensionado por vejez o por invalidez, con sustento en el Acuerdo 049 de 1990 que consagra tal derecho, bien directamente, esto es, porque se consolidó el derecho bajo su vigencia o, porque se adquirió el mismo con amparo en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Conforme la norma líneas atrás transcrita se colige, que quien reclama el incremento pensional por hijos menores de 16 años, sólo debe acreditar el parentesco; entre los 16 y los 18 o inválidos, el vínculo y la condición de dependientes por razón de los estudios o de la situación de discapacidad y; por el cónyuge o compañero o compañera permanente, se debe acreditar la convivencia, que dicha persona depende económicamente del solicitante y que no disfruta de pensión alguna.

Y es que así no lo consagre la norma, resulta evidente que quien pretende beneficiarse del incremento pensional por personas a cargo, por cónyuge o compañera (o) debe demostrar que dichas personas efectivamente dependen económicamente de él, incluso en el caso de la cónyuge, pues tal situación no puede ser objeto de presunción ni de confesión, toda vez que se trata de un hecho susceptible de ser modificado en el tiempo.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre el derecho al incremento pensional se refirió a la prescripción de los mismos, indicando en sentencia SL 942 de 20 de marzo de 2019, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, lo siguiente:

*“Al respecto, estima la Sala que no se equivocó el Tribunal al considerar que **los incrementos por personas a cargo, previstos en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, son susceptibles de prescribir si no se reclaman dentro de los 3 años de que trata el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social,** como lo explicó esta Corporación, en sentencia CSJ SL, 12 dic. 2007, rad. 27923, cuando dijo:*

*...sin embargo, su decisión final de considerar prescritos los incrementos por personas a cargo es acertado, pues si precisamente el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990 prevé que los incrementos por persona a cargo “no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales” es lógico que no pueden participar de los atributos y ventajas que el legislador ha señalado para éstas, entre ellas el de la imprescriptibilidad del estado jurídico del pensionado y que se justifican justamente por el carácter fundamental y vital de la prestación, reafirmado por la Constitución de 1991, y además por el hecho de ser de tracto sucesivo, por regla general, y de carácter vitalicio.*

*No puede negarse que los incrementos nacen del reconocimiento de la pensión de vejez, pero ello no quiere decir que formen parte integrante de la prestación, ni mucho menos del estado jurídico del pensionado, no sólo por la expresa disposición normativa, como ya se apuntó, sino porque se trata de una prerrogativa cuyo surgimiento no es automático frente a dicho estado, pues está condicionado al cumplimiento de unos requisitos, que pueden presentarse o no.*

***La alusión normativa atinente a que el derecho a los incrementos “subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen”, antes que favorecer la imprescriptibilidad, obran en su contra por cuanto implícitamente parte de la hipótesis de que se trata de un derecho que no es vitalicio en tanto su persistencia requiere que se sigan dando las causas que le dieron origen, de modo que aunque, parezca redundante, la desaparición de estas provoca su extinción.***

*De ahí que a juicio de esta Sala bien puede aplicarse **para efectos de estos incrementos la tesis de que los mismos prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, debiendo entenderse que son exigibles desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez.**”*

*Igualmente, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte, sobre la causación del derecho a ver incrementada la prestación por persona a cargo, cuando la situación que genera dicho beneficio se genera en fecha posterior a aquella en que se reconoció la pensión, en sentencia SL2711 del 17 de julio de 2019, radicación 70201 y ponencia del doctor Rigoberto Echeverri Bueno, indicó esa alta Corporación:*

*“Corolario de lo dicho, debe entenderse que para aquellos pensionados cuyas condiciones sobrevienen con posterioridad a la concesión del derecho pensional, el plazo prescriptivo de la acción tendiente a la obtención de los incrementos debe comenzar a contarse una vez se reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado, pues, se itera, es a partir del cumplimiento esas exigencias que la obligación se torna exigible.”*

*Es de anotar, que en reciente pronunciamiento, la Corte Constitucional analizó nuevamente el tema de los incrementos pensionales y su vigencia, luego del advenimiento de la Ley 100 de 1993 y en la sentencia SU 140 del año que avanza, concluyó:*

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

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

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

*Sin embargo, esta Sala de Decisión mayoritaria, acogiendo la norma y el criterio jurisprudencial del máximo órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria laboral previamente citado, mantendrá la posición de la vigencia de los incrementos pensionales, siempre y cuando se cumplan los cuatro presupuestos que se desprenden de aquellos, para beneficiarse de los mismos:*

- 1. Ser pensionado por vejez o por invalidez*
- 2. Que el sustento normativo de la de la pensión sea el Acuerdo 049 de 1990,*
- 3. Que la persona por la que se solicita el incremento sea su hijo menor de 16 años, menor de 18 si es estudiante, o invalido dependiente económicamente del pensionado; en caso de que se reclamen por cónyuge o compañero (a), que éste no devengue pensión y dependa también del pensionado.*
- 4. Reclamar su exigibilidad dentro de los tres años siguientes al reconocimiento del derecho y del cumplimiento de los presupuestos, so pena de declararse prescritos.*

*En lo que tiene que ver con la prueba, cabe destacar que toda decisión judicial debe fundarse en las regular y oportunamente allegadas al proceso, (art.164 C.G.P.) y en lo que respecta a la valoración probatoria en materia laboral, el artículo 61 del Código Procesal Laboral establece que hay libre formación del convencimiento, lo que implica que el Juez al valorar la prueba, puede acudir a los criterios propios de la sana crítica y las máximas de la*

experiencia, fijándole a las pruebas el alcance que estime pertinente, salvo claro está, en aquellos casos en los cuales se exija prueba solemne, pudiéndose únicamente acreditar el hecho respectivo con el medio que fije la Ley.

### 2.3. Caso Concreto

La Sala parte advirtiendo que en el informativo se encuentra plenamente acreditada la calidad de pensionada de la señora **MARIA JESUS VIDALES**, habida cuenta que **el instituto de seguros sociales ISS hoy administradora colombiana de Pensiones** le reconoció pensión de “jubilación” mediante Resolución 10753 de 2010 en la que le concedió dicho estatus a partir del 17 de noviembre de 2005; Igualmente se evidencia que la demandante es destinataria del régimen de transición contemplado en el Art. 36 de la ley 100 de 1993 y así las cosas se puede decir que el primer tamiz fue zanjado

No obstante lo anterior, revisadas la resolución atrás anotada, advierte esta colegiatura que el reconocimiento de la prestación se efectuó con sustento en el Art. 1 de la ley 33 de 1988, pues así se desprende de dicho acto administrativo<sup>1</sup>.

Como ya se había dicho, el derecho al incremento pensional deriva exclusivamente de lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año y por tanto, al haberse reconocido la pensión con una normativa distinta, es indiscutible que la demandante no fue nunca destinataria de la prestación que reclama y en ese orden de ideas, no satisfizo siquiera el segundo de los cuatro requisitos reseñados para obtener el reconocimiento de los incrementos reclamados.

Así las cosas, es del caso confirmar la decisión adoptada por el juez de primera instancia, en cuanto absolvió a la entidad demandada de las pretensiones incoadas; no obstante, se modificará el ordinal primero de la referida sentencia, por cuanto en la sentencia se declaró la prosperidad de las denominadas “cobro de lo no debido” y la de “inexistencia de la obligación”, sin embargo la parte demandada solo propuso la primera de ellas, tal como se dejó advertido en los antecedentes de la presente decisión y por tanto la segunda solo podía proceder siendo declarada de oficio, pero no fue así, por tanto se modificará lo tocante.

### 3. COSTAS

En esta sede, no hay lugar a imponer condena en costas, porque el conocimiento del asunto revisado responde al ejercicio del grado jurisdiccional de consulta.

### 4. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

**PRIMERO:** modificar el ordinal primero de la Sentencia No. 22 del dieciocho (18) de febrero del año dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira, Valle dentro del proceso ordinario laboral de Única Instancia promovido por **MARIA JESUS VIDALES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)**, y en su lugar declarar la prosperidad exclusivamente de la excepción de cobro de lo no debido.

---

1

Que en ese orden de ideas, para el caso del asegurado correspondería al dispuesto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1988, norma que exige para el derecho a la pensión, acreditar mínimo 20 años de servicios como funcionario público y 55 años de edad, reconociendo un 75% del I. B. L. como monto de la pensión.

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

**TERCERO SIN COSTAS** en esta instancia por no aparecer causadas.

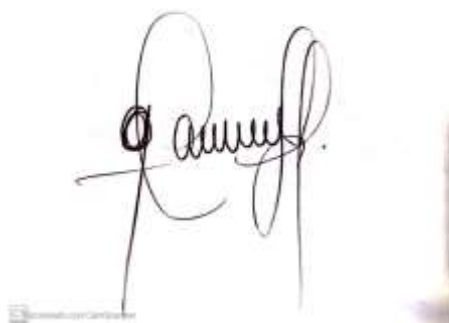
**CUARTO: DEVUÉLVASE** la actuación al juzgado de origen, una vez en firme la presente sentencia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Las Magistradas,



**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**Ponente**



**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**



**MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR**

**Firmado Por:**

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**



***Despacho 001 De La Sala Laboral Del 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:*

***1acab40922e87a691ae141765b69e3fc5d962f378eb46e373a5768a41106fa8b***

*Documento generado en 16/09/2020 11:59:48 a.m.*

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**REFERENCIA:** *Consulta de sentencia* proferida en proceso ordinario de única instancia de **CARLOS DIOMEDES SIERRA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**  
Radicación Única Nacional No. 76-834-31-05-002-2018-00306-01

A los dieciséis (16) días del mes de septiembre del año dos mil veinte (2020), se congrega la Sala Cuarta de Decisión Laboral, con el objeto de dictar sentencia escrita; que resuelva el grado jurisdiccional de consulta que obró frente a la sentencia absolutoria dictada en el proceso de la referencia; conforme a lo reglado en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 junio de 2020.

**SENTENCIA No. 0144**

**Aprobada en acta No. 025**

**ANTECEDENTES**

El señor **CARLOS DIOMEDES SIERRA**, pretendió de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**, en adelante **COLPENSIONES**, el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14%, a que dice tiene derecho por su cónyuge, señora **ELIZABETH TORO DE SIERRA**, con quien convive bajo el mismo techo y depende económicamente de él; derecho que solicita se conceda de forma retroactiva, desde septiembre 2016, y también solicitó condena por las costas del proceso -folio 10 y 11-.

En estribo a las pretensiones se consignó en la demanda, que por Resolución 5937, el ISS reconoció pensión por vejez al actor, con fundamento en el régimen de transición y bajo el amparo del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 3 de abril de 2009; que el pensionado convive con su esposa, **ELIZABETH TORO DE SIERRA**, con quien contrajo matrimonio el 24 de diciembre de 1968, dependiendo ella del pensionado; y que el mismo solicitó a la demandada el derecho al incremento pensional, petición que le fue negada el 31 de octubre de 2016 -folios 11 y 12-.

Admitida la demanda por auto del 4 de febrero de 2019 (folio 17), y dada en traslado a **COLPENSIONES** (folio 22), ésta la contestó; en la audiencia pública cuya acta milita a folios 34 y 35; con oposición a los pedimentos y presentó las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, carencia del derecho y cobro de lo no debido, prescripción, innominada o genérica, y buena fe de la entidad demandada.

Agotadas las etapas previas a la fase de juzgamiento, se profirió la sentencia No. 121 del 27 de noviembre de 2019, en la que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tuluá (V), declaró probada la excepción de prescripción y condenó en costas al actor.

Para tomar dicha decisión, adujo el a quo; luego de hacer alusión al marco legal del derecho perseguido, así como al recuento jurisprudencial aplicable al asunto; que para los pensionados que obtuvieron el derecho por vejez con fundamento en los Acuerdos del Seguro Social, que consagraban el incremento por persona a cargo, el pretendido

derecho continúa vigente con la aparición de la Ley 100 de 1993, por aplicación normativa directa, o por ser beneficiarios del régimen de transición que consagra la mencionada ley general de seguridad social integral.

A continuación, pasó a indicar que de acuerdo con la jurisprudencia nacional, el despacho acoge el precedente vertical, esto es, la posición que sobre el tema de los incrementos pensionales ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concretamente frente a la no derogatoria de los citados incrementos por persona a cargo y la figura de la prescripción de dicho derecho.

Al analizar las pruebas, corroboró el funcionario de instancia el hecho del matrimonio de la pareja conformada por el señor **CARLOS DIOMEDES SIERRA** y la señora **ELIZABETH TORO**, el día 24 de diciembre de 1968, así como tampoco se discute la calidad de pensionado del actor bajo el régimen de transición y conforme a los postulados del Acuerdo 049 de 1990, como lo demuestra la resolución pensional de folios 2 a 4; por último dijo el a quo, que la convivencia y dependencia económica de la esposa, respecto al pensionado, se demostró con las declaraciones recibidas en juicio.

De esta forma, adujo que el demandante tiene derecho a que se le reconozca el derecho al incremento pensional deprecado. No obstante, como la demandada propuso la excepción de prescripción, se analizó la procedencia de dicha figura, citando al efecto la jurisprudencia aplicable, emanada tanto de la Corte Constitucional, como de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyendo que la figura aplica al caso

en concreto a tenor de lo indicado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

Ejecutoriado el auto que admitió el grado jurisdiccional de consulta y corrido el traslado que ordena el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio del año 2020, con el fin que las partes presentaran alegaciones, los interesados en este asunto se pronunciaron así: Colpensiones señaló que *“los incrementos pretendidos por el actor, se encontraban consagrados en el artículo 21 de la citada norma, sin embargo, dicho articulado, no es aplicable al caso del demandante, en primer lugar, por no estar vigente al momento de adquisición de su derecho pensional, pues cumplió los requisitos para acceder a la pensión con posterioridad al 1º de abril de 1994, y en segundo, cuando los incrementos pensionales consagrados en la citada norma desaparecieron de la vida jurídica, por haber sido derogados por disposiciones del artículo 289 de la Ley 100 de 1993. Que, en los términos del artículo 22 del decreto 758 de 1990, se define la naturaleza de los incrementos pensionales, señalando, que estos no forman parte integral de la pensión de invalidez o de vejez; que son una prestación diferente, y que por ello no es procedente aplicársele el carácter de derecho pensional imprescriptible. Encontrándonos conformes con la decisión del despacho de instancia, en cuanto en el presente asunto se logró demostrar que el incremento pensional deprecado por el actor se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción, como quiera que transcurrieron más de 3 años entre el reconocimiento pensional y la reclamación administrativa, tal como se encuentra contemplado en la tesis sostenida por la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL942 proferida el 20 de marzo de 2019 por el MP. Rigoberto Echeverri Bueno, por lo que, le solicito al honorable tribunal de la manera más respetuosa se*

*sirvan confirmar la decisión tomada en sede de instancia”; mientras que la parte actora, teniendo oportunidad para hacerlo, no presentó alegatos en esta Sede Judicial.*

Con vista en lo anterior, pasa la Sala a decidir lo que en derecho corresponda, previas las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

De entrada, se precisa que la decisión absolutoria consultada ha de confirmarse en esta sede, en tanto el derecho al incremento pensional solicitado por el actor quedó afectado por el fenómeno extintivo de la prescripción, como se manifestó por el Juzgado instructor.

Si se revisa el expediente, se observa que lo pretendido por el accionante en su demanda, no es otra cosa que el reconocimiento y pago del incremento por persona a cargo, en cuantía del 14% de la pensión mínima de vejez, por contar con cónyuge que depende económicamente de él, como pensionado bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

La norma que consagra el derecho reclamado por el actor determina:

**“ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y VEJEZ.** *Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:*

*a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son*

*estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,*

*b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.*

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

En este tópico, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples pronunciamientos; como en las sentencias del 27 de julio de 2005 (expediente 21517) y del 5 de diciembre de 2007 (expedientes 29751, 29531, 29741); ha adoctrinado que estos incrementos mantienen vigencia, no obstante no hayan sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, siempre que se acceda a la pensión por el cumplimiento de los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, que es el caso que nos ocupa.

Es que se ha discutido por la jurisprudencia el tema de la vigencia de los incrementos luego de la expedición de la Ley 100 de 1993; así, reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el incremento por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, mantuvo su vocación de permanencia aún para las pensiones que fueron otorgadas bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 en aplicación de la transición prevista en su artículo 36. Lo anterior, fue fijado por la Corte en providencias CSJ SL, de 27 julio 2005, Radicación No. 21517; SL del 5 diciembre

2007, Radicación No. 29741 y SL de 10 agosto 2010, Radicación No. 36345; SL942-2019, Radicación No. 65842 y SL3100-2019, Radicación No. 52502, precisando la Sala que se trata de una posición uniforme contenida en más de tres decisiones de la Corporación, que constituyen doctrina probable y que se acoge en su integridad por parte de esta Sala de Decisión Laboral.

Recientemente, la Corte Constitucional en sede de revisión, específicamente en la SU-140 de 2019, por mayoría de votos, cambió su tesis, para argumentar que los incrementos no se encuentran vigentes luego de la expedición de la Ley 100 de 1993. Así que, de cara a estas dos posiciones jurisprudenciales, la Sala continúa acogiendo la esgrimida por la Corte Suprema de Justicia, por considerar que la Ley 100 no implicó una derogatoria integral del Acuerdo 049 de 1990.

Pues bien, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 reglamenta los incrementos de las pensiones de vejez, señalando que las pensiones mensuales se incrementarían en un 14% sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión, pero es el artículo siguiente, el que establece la naturaleza de los incrementos pensionales, los cuales *“no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez (...) y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen.”*

Ahora, en aplicación de los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, las acciones para el reclamo de los derechos sociales prescriben en tres años desde su exigibilidad; pero también es cierto que se ha planteado que el derecho al



incremento pensional es prescriptible; pues en efecto, la Corte Constitucional en providencia SU-140 de 2019, arguyó la imprescriptibilidad del derecho a los incrementos pensionales, pues la prescripción solo afectaba las parcialidades reconocidas por tal concepto; no obstante, en reciente providencia contenida en sentencia **SL942-2019, Radicación No. 65842**, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; reiteró la posición que sobre el tema adujo en sentencias **SL del 12 diciembre de 2007, Radicación No. 27923 y SL No. 04919 del 18 de septiembre de 2012**; en el sentido que *“el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990 prevé que los incrementos por persona a cargo “no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales”, es lógico que no pueden participar de los atributos y ventajas que el legislador ha señalado para éstas, entre ellas el de la imprescriptibilidad del estado jurídico del pensionado y que se justifican justamente por el carácter fundamental y vital de la prestación, reafirmado por la Constitución de 1991, y además por el hecho de ser de tracto sucesivo, por regla general, y de carácter vitalicio”*, es decir que para la Corte Suprema de Justicia, la acción para el reconocimiento del derecho a los mentados incrementos, es prescriptible.

Específicamente; en lo que atañe al cómputo de la prescripción de los expresados incrementos, la providencia **SL942-2019 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia**, enseña que los incrementos se hacen exigibles desde el momento en que se produce el reconocimiento de la pensión de invalidez o de vejez, según fuere el caso; fecha a partir de la cual empieza a correr el término de prescripción; por manera que la Sala acoge la tesis de la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que si bien el derecho al incremento pensional se

encuentra vigente después de la expedición de la Ley 100 de 1993 y en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, la acción para solicitar el derecho es prescriptible, dándose así el cambio de criterio sobre el tema, pues la posición anterior de esta Corporación radicaba en que el derecho a los incrementos no era prescriptible, como si lo eran las mesadas causadas por tal concepto.

Ahora, si bien al demandante en principio le asistiría el derecho a los citados incrementos; se advierte que el derecho a la pensión por vejez le fue reconocido en Resolución 5937 (folios 2 a 4), a partir del 3 de abril de 2009 y la reclamación administrativa respecto al reconocimiento de los incrementos por persona a cargo, la elevó ante la demandada el 31 de octubre de 2016 de 2016 (folio 8), cuando en la misma demanda se anuncia en el hecho segundo -2º- que el pensionado contrajo matrimonio con la señora TORO el 24 de diciembre de 1968, así se demuestra con el documento de folio 5; se tiene que el demandante accionó pasados de sobra los 3 años con que contaba, por lo menos para efectuar la reclamación administrativa y en oportunidad suspender el término prescriptivo, en los términos en que se consagra en el artículo 6º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; por lo que operó en el presente asunto la prescripción total del derecho a los anhelados incrementos.

En consecuencia, se hace inane emitir pronunciamiento en relación con cualquier otro tópico del asunto.

En razón a que el conocimiento del asunto se dio en virtud al grado jurisdiccional de consulta, no habrá imposición de condena en costas en esta sede.

## **DECISIÓN**

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia No. 121, proferida el 27 de noviembre de 2019, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, Valle del Cauca, dentro del asunto del epígrafe, por las razones anotadas en este proveído.

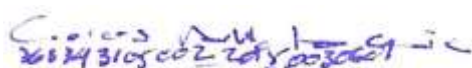
**SEGUNDO: SIN COSTAS** en sede de consulta.

**Comuníquese y Notifíquese** esta sentencia, por inserción en estado electrónico, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 9º del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

**Los Magistrados de la Sala Cuarta de Decisión Laboral,**



**MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR**  
**Ponente**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

*Consuelo Piedrahita*

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**

**Firmado Por:**

**MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR  
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL  
Despacho 003 De La Sala Laboral Del 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:  
**0cf64c51804657ef84fe39b352dd34a39377d864e479325a33  
d1f97a051ca18e**

Documento generado en 16/09/2020 02:38:05 p.m.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR  
DISTRITO JUDICIAL DE BUGA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

*REFERENCIA: Consulta en proceso ordinario laboral de EDWIN PINILLA  
OSPINA contra DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y Otros.  
Radicación Única Nacional 76-736-31-05-001-2015-00116-01*

A los dieciséis (16) días del mes de septiembre del año dos mil veinte (2020), se congrega la Sala Cuarta de Decisión Laboral, con el objeto de resolver por escrito el grado jurisdiccional de consulta que procede frente la sentencia absolutoria de primera instancia, conforme a lo reglado en el artículo 15 del Decreto 806 de junio de 2020.

**SENTENCIA No. 0145**

**APROBADA EN ACTA No. 025**

**ANTECEDENTES**

El señor EDWIN PINILLA OSPINA, demandó en acción ordinaria a la GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA y a la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, con el objeto de obtener declaración, en el sentido que entre él y la mentada Secretaría, existió un contrato realidad de trabajo, en la modalidad indefinido-artículo 47 C. S.T.- y; en consecuencia de la anterior declaración pretendió el pago de los siguientes conceptos: cesantías del año 2005 al 2015; intereses a las cesantías, años 2005 al 31 de enero de 2015; prima de

servicios; prima de navidad del 2005 al 2015; vacaciones; prima de vacaciones; horas extras ordinarias, horas extras ordinarias, diurnas y nocturnas; recargos festivos y dominicales; indemnización por despido injusto y la pensión sanción del artículo 267 del C. S. del T., modificado por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993; al igual que las agencias en derecho –folios 27 y 28-.

Informan los hechos, que el actor laboró para el HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA, desde el 02 de febrero de 2004, por contrato de prestación de servicios, renovado en el año 2005 y de allí en adelante no se volvió a renovar; que su cargo siempre fue el de vigilante, con horario de 12 horas por día y que laboró durante 10 años, siendo su empleador directo la GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA- SECRETARÍA DE SALUD; entidad que nunca le reconoció cesantías, prima de servicio, prima de navidad, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, horas extras diurnas y nocturnas, recargos dominicales y festivos, así como la indemnización por despido injusto; a lo que se suma que tampoco se le pagó la seguridad social; cuando estuvo bajo la continuada subordinación y dependencia frente al empleador y en contraprestación del servicio devengó un salario; que laboró hasta el 31 de enero de 2015, data en que fue despedido sin justa causa, cuando la entidad se puso al día con el pago de sus salarios –folios 25 y 26/ 39 y 40-.

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue admitida, luego de su corrección, mediante auto del 07 de diciembre de 2015, y se ordenó la notificación de

dicho proveído a la accionada –GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA –SECRETARÍA DE SALUD –folios 49 envés y 50-.

A través de apoderado judicial legalmente constituido, se pronunció la entidad demandada (folios 77 a 83); no siendo de recibo por el Juzgado, dicha contestación, por haberse presentado por fuera de término –folio 84-.

En la audiencia pública de inicio, llevada a cabo el día 19 de abril de 2016, la que culminó con la práctica de los testimonios de los señores JAVIER DE JESÚS BERMÚDEZ VILLADA y GABRIEL ARCÁNGEL HERNÁNDEZ CASTRO –folios 88 y 89-.

En auto No. 64 del 13 de junio de 2016, el Juzgado de conocimiento integró litisconsorcio por pasiva con el HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA, a través de su liquidador (folios 124 y 125); siendo así como, luego de un considerable periodo de tiempo, se efectuó la notificación del auto admisorio de la demanda al Liquidador del HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA (folios 221); presentándose seguidamente, contestación de demanda emanada del DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y aportada por el designado liquidador del HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA (folios 223 a 244), que no fue de recibo por su extemporaneidad –folio 273-.

En audiencia de trámite y juzgamiento de fecha 16 de mayo de 2018, se dictó la sentencia No. 013, en la que se declaró la existencia de un contrato a término indefinido entre el actor y el HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA -EN LIQUIDACIÓN; en virtud del principio de primacía de la realidad, en el periodo del 02 de febrero de 2004 al 31 de diciembre de 2014, y condenó,

tanto al HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA, como al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, al pago de cesantías, primas, prima de navidad, vacaciones, indemnización despido injusto, sanción moratoria por no pago oportuno de prestaciones sociales, y pensión sanción del artículo 133 de la Ley 100 de 1993 y se absolvió por las demás pretensiones contenidas en la demanda -277 y 278-.

Los argumentos del fallo **(00:06:57 a 00:56:44)**, se pueden compendiar así: **(i)** Para determinar la condición de trabajador oficial del actor, se basó el Juzgador en normas, como los artículos 194 y 195 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 1876 y 1298 de 1994 y artículo 26 de la Ley 10 de 1990; al igual que en la Ordenanza 046 del 21 de mayo de 2012, en la cual la Asamblea Departamental reconoció al HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA, la calidad de entidad pública del Orden Departamental, y en tal faena, adujo aplicar el criterio orgánico; **(ii)** Sobre la existencia del contrato de trabajo realidad o modalidad de contratación, advirtió que se declaró, acudió la primera instancia, a la presunción consagrada en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 y de allí encontró acreditados los elementos de tal contratación, más precisamente la subordinación, con documento de contestación a derecho de petición de folios 14 a 16 , en la que se acepta que el actor laboró desde el 2 de febrero de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2014, aclarando que fue a través de un contrato de prestación de servicios. Enseguida hizo referencia al contrato suscrito por el demandante del 2 de febrero de 2004, entre el actor y el HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA. También hizo alusión a la prueba testimonial, en el sentido que los testigos arrimados, todos, adujeron ser compañeros de trabajo en el HOSPITAL SAN



JOSÉ DE SEVILLA y tenían pleno conocimiento de la prestación de sus servicios en los periodos antes mencionados, ejerciendo el cargo de vigilante; también se aclaró, que como la parte demandada **no** presentó oportunamente contestación alguna frente a la demanda, las anteriores pruebas no fueron objeto de contradicción alguna y por ende tienen pleno valor probatorio. En ese entendido, concluyó que no había asomo de duda de la calidad de vigilante que desplegaba el demandante en favor del hospital enjuiciado; **(iii)** Manifestó el fallador, primero, el actor fue trabajador oficial y además que se acreditó la prestación personal del servicio y no fue destruida la presunción del artículo 20 del Dcto 2127 de 1945, pues se tuvo por no contestada la demanda por la pasiva plural; y que según la Ley 80 de 1993, el carácter del contrato de prestación de servicios debe ser por el tiempo estrictamente pactado; pues la tarea de vigilancia perdura mientras se sostenga la actividad hospitalaria; entonces, consideró suficientes las pruebas para declarar la presencia del contrato de trabajo. **(iv)** Entró en el análisis de las pretensiones, para fijar como salario devengado por el actor, el mínimo legal mensual vigente en cada anualidad; sin que aplicara la prescripción de los derechos a reconocer, dado que las contestaciones de demanda se declararon extemporáneas (fls. 84 y 273); pasando así a liquidar cesantías, en cuantía de \$5.961.680; primas de servicios por \$2.980.840; prima de navidad por \$5.961.680; Vacaciones, en cuantía de \$2.665.289; negó los intereses a la cesantía por no estar regulada para trabajadores oficiales; y condenó por despido injusto, e impuso un valor de \$687.306; concedió la sanción moratoria del Decreto 797 de 1949; al no demostrarse buena fe de las demandadas en la no solución de las pretensiones y haber vinculado al accionante por contrato de prestación de

servicios, en contra de un mandato legal; en suma diaria de \$20.533 diarios, a partir del 14 de mayo de 2015, hasta que se verifique el pago. Frente a los aportes a seguridad social en pensiones, impuso condena a las demandadas, al pago del cálculo de reserva actuarial en armonía con lo previsto en el literal c) del parágrafo 1° del art. 33 de la Ley 100 de 1993 y dado que los extremos omitidos van del 2 de febrero de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2014. **(v)** Por último, expuso el juez que las condenas comprenden al HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA y al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, pues como se advirtió en las ordenanzas, el DEPARTAMENTO DEL VALLE asumió el pasivo pensional del HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA (Ordenanza 455 de 2017, parágrafo artículo 1°), no procediendo condena contra la SECRETARIA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE, por cuanto ésta es dependiente del DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y no tiene personalidad jurídica.

Seguidamente, se emitió el auto No. 096 del 12 de julio de 2018; por el cual el despacho de instancia resolvió desfavorablemente petición de nulidad de la actuación incoada por la pasiva; auto que fue recurrido y rechazado de plano en segunda instancia – folios 286 a 288, 296, 297, 323 y 324-.

Como quiera que la decisión fue adversa al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, fue remitido el expediente en consulta a tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del CPT y de la SS y corrido el traslado que ordena el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del año 2020, con el fin que las partes presentaran alegaciones en segunda instancia, la parte actora indicó; luego de hacer un recuento de lo acontecido en la

primera instancia; que en el caso se presenta un contrato de trabajo realidad, en el que los derechos laborales originados en el mismo no han sido afectados por prescripción, por lo que solicita se acceda a todas las pretensiones de la demanda.

Por su parte, el ente territorial llamado a juicio, alegó ante esta Sede judicial; a través de su apoderada judicial; señalando que no comparte *“la decisión del Juez de primera instancia toda vez de que no le asiste derecho al demandante, teniendo en cuenta que entre la entidad que represento y el mismo accionante, no existió una relación laboral de hecho como este lo indica, por cuanto no se configuraron los elementos constitutivos del contrato de trabajo, pues la normatividad vigente establece que al trabajar como contratista y por contrato de prestación de servicios materiales y no calificados intelectual ni profesionalmente, suscritos entre el hoy demandante y la entidad territorial que represento, en virtud del apoyo logístico o de gestión a actividades que la planta central no puede suplir con sus funcionarios, para así cumplir el normal desempeño de sus dependencias, no se le genera el pago a su favor de ninguna clase de prestaciones sociales, igualmente el demandante desde el momento que suscribió su contrato de prestación de servicios con este ente departamental lo realizó de manera voluntaria, conociendo sus funciones y condiciones que se derivan de la misma, que fueron aceptadas por el contratista y durante el tiempo de duración del contrato nunca manifestó inconformidad con las condiciones pactadas, las cuales a la accionante durante el tiempo del desempeño para el cual fue contratado nunca se le pagaron, por el contrario trabajó bajo esa modalidad largo tiempo”*.

Como argumentos jurídicos de sus alegaciones, señaló el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, varias sentencias emanadas de la Corte Constitucional; hizo alusión a la figura del contrato de trabajo realidad y al derecho al pago de prestaciones sociales, para concluir que en el caso, el demandante no estuvo vinculado bajo un nexo laboral por lo que no hay lugar a que sus pretensiones salgan avantes.

Igualmente, el demandado realizó un recuento de lo acontecido en la primera instancia y nuevamente aludió al incidente de nulidad formulado, diciendo que *“la suscrita desde un principio solicito comedidamente que se le notificara vía email sobre el pronunciamiento que hiciera el juzgado sobre el escrito presentado en escrito el día 16 de mayo de 2018 donde se plantea el incidente de nulidad, y el Juzgado acepto esta clase de notificación cuando respondió el día 13 de junio de 2018 “BNOS DIAS DRA, LE INFORMO QUE LOS PROCESOS SE ENCUENTRAN A DESPACHO PARA RESOLVER, CUANDO SE TENGA LA DECISION SE LE NOTIFICA POR ESTA VIA”.*(sic) *Por lo anterior es inconcebible que no se me haya notificado el AUTO INT N° 096 del 12 de julio de 2018, en la oportunidad violándose el derecho a la defensa y al debido proceso”, solicitando tener en cuenta sus alegaciones y revocar la sentencia de primera instancia.*

Visto lo anterior, pasa la Sala a decidir lo que legalmente corresponda, previa cita de las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

Desde ya resulta atinado advertir; con fundamento en el grado jurisdiccional de consulta; que si bien el actor tendría la condición de trabajador oficial, en el caso no se configuró un

verdadero contrato de trabajo, puesto que no se demostró el elemento subordinación o dependencia.

Para no incurrir en dicotomía, la Sala se ocupará; dados por ciertos los elementos prestación personal del servicio y remuneración; a establecer si al plenario quedó acreditada la autonomía e independencia del prestador del servicio en favor del HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA- VALLE DEL CAUCA.

En esa senda, encontramos que los elementos del contrato de trabajo oficial, los preceptúa el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945, así:

***“Artículo 2º En consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos:***

*a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*

*b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que **otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional,** y*

*c) El salario como retribución del servicio.”*

Tal y como lo explicó por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 13020 de 2017, radicación No. 48531, en esta clase de contrato, el elemento subordinación o dependencia, faculta al empleador a *“imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional” al trabajador*” y se define en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo como *“la continuada subordinación que faculta al empleador para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e*

*imponerle reglamentos*”, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. En contraste, el contrato de prestación de servicios comporta autonomía del contratista en la ejecución de la labor o labores convenidas con el contratante, situación que comporta que no reciba órdenes para el desarrollo de sus actividades, sin embargo, en este tipo de relación se pueden recibir instrucciones, en función de una adecuada coordinación para fijar reglas de horarios, solicitar informes o establecer medidas de protección o vigilancia sobre esas mismas obligaciones; siempre que esas acciones no desborden su finalidad, al punto de convertir la coordinación en subordinación.

Descendiendo al caso a estudio, se tiene que los testigos que comparecieron al juicio, esto relataron:

JAVIER DE JESÚS BERMÚDEZ VILLADA (00:18:20 a 00:26:58), relató bajo juramento, que conoce al actor de vista y trato desde el año 1990, que aquél laboró como vigilante en el HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA, ubicado frente a su residencia (la del testigo), por un espacio de tiempo de 11 años; que lo veía en turnos de mañana, tarde o noche; que laboró desde el 2004 hasta el año 2015; que **los jefes inmediatos del accionante fueron el señor José Wilmar Arias y después venían muchos a pasarles revista a ellos, pero no los tenía presentes, ni los nombres**; que como (el testigo) fue servidor público (policía), sabía que el demandante estaba cumpliendo el deber de cuidar el inmueble; que sabe que el actor inició con contrato, pero nunca más se lo renovaron o algo así y también informó que el hospital está deshabitado desde hace el año 1995, cuando cerró al público.

También rindió testimonio el señor JHON FREDDY CASTAÑO BERMUDEZ **(00:30:10 a 00:34:50)**, quien ser vecino del HOSPITAL SAN JOSE DE SEVILLA (vive al frente) y por ello conoce al demandante, desde el año 1998 o 1999; expuso que cree que el actor empezó en el año 2003 o 2004 como vigilante del hospital con un horario de 7 a.m. a 7 p.m.; eran varios horarios porque habían 3 turnos; que el actor laboró hasta el año 2015 y que a ellos los sacaron de allí, ese servicio de vigilancia no se cambió; el testigo vive al frente del hospital desde el año 1998 y a los días cerraron el hospital; ellos solo cuidan el inmueble (los vigilantes). Al ser preguntado por quienes era contratado el actor, dijo que tenía contrato con la Gobernación, pero no sabe quiénes serían los contratistas. Al ser preguntado por el Juzgado respecto a la clase de contrato que tenía el demandante, dijo desconocer ese dato y añadió que en el tiempo de trabajo el actor permanecía allí en el hospital; no sabe por qué razón se retiró el actor y que lo que declaró lo sabe porque es vecino y miraba el horario de los vigilantes.

Nótese como los testigos convidados, no dieron cuenta cierta de la subordinación o dependencia que ejercían tanto el HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA, entidad que se beneficiaba de los servicios del demandante, como el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, y que en la sentencia de primera instancia tan solo se refirió a estos; respecto a la subordinación; en el sentido que “los testigos arrimados, todos, adujeron **ser compañeros de trabajo** en el HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA y tenían pleno conocimiento de la prestación de sus servicios en los periodos antes mencionados, ejerciendo el cargo de vigilante; sin auscultar el elemento subordinación o dependencia, el cual

sustentó en otro párrafo de la sentencia, con documento de contestación a derecho de petición de folios 14 a 16 , en la que se acepta que el actor laboró desde el 2 de febrero de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2014, aclarando que fue a través de un contrato de prestación de servicios y enseguida hizo referencia al contrato suscrito por el demandante del 2 de febrero de 2004, entre el actor y el HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA; cuando la subordinación comporta conductas efectivamente impuestas por el empleador frente a su dependiente, que no, como se dice en el extracto jurisprudencial detallado en líneas anteriores, algunas visitas o actividades de coordinación que no se conviertan en subordinación, por su recurrencia.

No quedó entonces evidenciado el contrato de trabajo que se declaró en primera instancia y por tal razón ha de revocarse la decisión de primer grado, para en su lugar absolver a las demandadas e imponer costas de primera instancia al actor.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, La Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga, Valle del Cauca; administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** los numerales 1º, 2º y 3º de la sentencia consultada, para su lugar ABSOLVER al HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA, EN LIQUIDACIÓN y al DEPARTAMENTO DEL



VALLE DEL CAUCA, por las pretensiones reconocidas en dichos acápites.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral 6° de la parte resolutive de la sentencia en consulta, para en su defecto, **CONDENAR** en costas de primera instancia al demandante. Tásense las agencias en derecho por el Juzgado de origen.

**TERCERO: CONFIRMAR** los numerales 4°, 5° y 7° del apartado decisivo de la sentencia de primera instancia.

Comuníquese y Notifíquese esta sentencia por inserción en estado electrónico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° del Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020.

**Magistrados Sala Cuarta de Decisión Laboral,**



**MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR**

**Ponente**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**



**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**

**Firmado Por:**

**MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**Despacho 003 De La Sala Laboral Del 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:

**86e5d8461c4d7074dfe19727bcb70f42db62e712cf0b529397**  
**6ca1d225c240a6**

Documento generado en 16/09/2020 02:40:47 p.m.

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**REFERENCIA:** *Apelación de sentencia proferida en proceso ordinario de ELMER GONZÁLEZ GONZÁLEZ contra el MUNICIPIO DE BUGALAGRANDE – VALLE DEL CAUCA- Radicación Única Nacional No. 76-834-31-05-002-2017-00096-01.*

A los dieciséis (16) días del mes de septiembre del año dos mil veinte (2020), se congrega la Sala Cuarta de Decisión Laboral, con el objeto de dictar sentencia escrita; conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020; en la cual se resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del señor ELMER GONZÁLEZ GONZÁLEZ, frente a la sentencia dictada en primera instancia.

**SENTENCIA No. 0146**

**Aprobada en acta No. 025**

**ANTECEDENTES**

El señor ELMER GONZÁLEZ GONZÁLEZ, demandó al MUNICIPIO DE BUGALAGRANDE, VALLE DEL CAUCA, con el fin que se le concediera pensión convencional, conforme a lo estipulado en el artículo 34 de la CONVENCIÓN COLECTIVA DE

TRABAJO 1978-2001, a partir de la fecha en que cumplió 55 años de edad (12-05-2012) y así mismo, el retroactivo, la indexación y los demás emolumentos plasmados en la CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO -fl. 5-.

En sustento a sus pretensiones, refirió el demandante que prestó servicios al Municipio de Bugalagrande desde el 4 de febrero de 1982, hasta su despido a través del Decreto 041 del 4 de agosto de 2001, por supresión de cargos; despido que se hizo efectivo el 29 de noviembre de 2002; que fue miembro activo del SINDICATO DE TRABAJADORES OFICIALES DEL MUNICIPIO DE BUGALAGRANDE y al momento del despido tenía 20 años de servicios, faltándole solo la edad para acceder a la pensión de jubilación estipulada en el artículo 34 de la CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO; que inconforme con el desahucio, adelantó las acciones ordinarias en primera y segunda instancia, siendo así como la primera instancia declaró probada la excepción de fondo de “*PETICIÓN ANTES DE TIEMPO*”, la cual fue confirmada por la Sala Laboral de esta Corporación; que una vez cumplió los 55 años (el 12 de mayo de 2012), procedió a reclamar ante el ente territorial el derecho pensional, el cual le fue negado con fundamento en el Acto Legislativo 01 de 2005, que consagra que las reglas de carácter pensional que rigen en su vigencia, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos y acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado.

Admitida la demanda, mediante auto No. 1671 del 9 de octubre de 2017, y dada en traslado al convocado, se recibió respuesta por parte de este, en la que promovió las excepciones de mérito denominadas carencia del derecho e innominada -fls. 121 a 122-.

El día 2 de abril de 2019, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tuluá (V), dictó la sentencia No. 13 en la que absolvió al MUNICIPIO DE BUGALAGRANDE, VALLE DEL CAUCA, de todas y cada una de las pretensiones esgrimidas por el actor, a quien condenó en costas de primera instancia - fl.137-.

Para arribar a tal decisión, consideró el Juzgador de inicio, que no fue objeto discusión la calidad de trabajador oficial del demandante en el Municipio de Bugalagrande, así como tampoco que fue beneficiario de la convención colectiva; pero que no se aportó prueba que demostrara que el actor estuvo afiliado al Sindicato y por ende ser beneficiario de la convención colectiva, condición que se deduce del contenido de las diferentes sentencias emitidas por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Buga, que confirmó la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (V), donde se debatió el reintegro al cargo que desempeñaban algunos trabajadores, entre ellos el aquí

demandante, invocando también ser miembro del sindicato y beneficiario de la misma convención colectiva de trabajo que se invoca como fuente de derecho. Sostuvo el a quo, que el referido convenio se allegó formalmente con la nota de depósito (fls. 12 a 44), contrato colectivo que fue suscrito el 13 de septiembre de 2000, con vigencia de un -1- año y a partir de ese año rigió hasta el 31 de diciembre de 2002, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la citada convención, misma que se ha venido renovando, sin pactarse condiciones o cláusulas diferentes, salvo lo dispuesto en laudo arbitral, el cual hizo modificaciones a la citada convención y dispuso que tenía vigencia de un -1- año, a partir del 18 de septiembre de 2002, refiriendo al laudo arbitral (fls. 66 a 70); documento que no trajo consigo la nota de depósito ante el Ministerio de Trabajo; no obstante lo anterior, advirtió el Juzgado que el convenio colectivo no fue aportado en forma completa por el demandante, puesto que no contiene la página consecutiva en la que integre lo pactado en los artículos 34, 35 y 36 de la referida convención, esto es, lo originado del derecho pensional reclamado.

Seguidamente agregó el Juzgado, que al realizar un análisis de gracia; y al obviar las precisas situaciones que impiden estudiar el derecho pensional y considerar como un lapsus involuntario incluir la página que contiene el artículo 34 de la convención colectiva invocada como fuente de derecho, y tuviera como cierto que dicho artículo es el que transcribió la apoderada

judicial de la parte actora, en el numeral 6° de los hechos del acápite de la demanda; tampoco saldría avante la pensión de jubilación, habida cuenta que al haberse expedido el Acto Legislativo 01 de 2005 y de conformidad con lo establecido en sus párrafos 2° y 3°, el artículo 1° impide que se apliquen las cláusulas convencionales; que así mismo de las convenciones suscritas con anterioridad al citado Acto Legislativo, solo podrán disfrutar sus beneficiarios mientras que la misma este vigente, la cual feneció el 31 de julio de 2010, fecha que otorgó el tan comentado acto legislativo. Finalmente agregó el Juzgador, que sustenta su tesis en sendas sentencias del máximo órgano de cierre del trabajo, entre estas la sentencia SL31000 del 31 de enero de 2007, reiterada en las sentencias SL39797 del 24 de abril de 2012, SL1409 de 2015; SL12498 de 2017 y SL1428 de 2018.

Una vez notificada la decisión en estrados, la parte demandante interpuso recurso de alzada, para obtener la revocatoria de la sentencia, bajo los siguientes argumentos:

*“Me permito interponer el recurso de apelación contra la sentencia No. 13 de fecha 2 de abril del año 2019, atando (sic) e inconforme con la decisión adoptada por el Juez de primera instancia, en donde se reclama el hecho de no ser derecho el señor Elmer González González de acceder a la pensión de jubilación reclamada, ya que no cumpliría el supuesto fáctico que señala la norma, pues cumplió sus 55 años de edad, desde el año 2012, es decir con posterioridad al 31 de julio de 2010, fecha para la cual ya*

*había perdido vigencia el Acuerdo (sic) 01 de 2005; sin embargo, es evidente que mi prohijado sí adquirió uno de los requisitos ordenados convencionalmente antes de estar en vigencia el A.L., como lo es haber laborado un poco más de 20 años desde su vinculación con el Municipio, tanto así que fue declarado a través de sentencia judicial, suficiente compromiso para desvirtuar la respuesta dada por la Administración Municipal, en el sentido que ello afianza lo pertinente a un derecho adquirido y que como tal solo está unido a otro que a la fecha igualmente se cumplió; no obstante lo anterior, en el caso de estudio me permito citar el concepto emitido en la sentencia 48 proferida el 29 de febrero del año 2012 por el magistrado de la sala laboral del honorable tribunal superior de Cali doctor Carlos Alberto Oliver (...), adherida a esta tesis no son de recibo los argumentos esgrimidos en la sentencia 13 proferida por el Juzgado Laboral de Tuluá, Valle, ya que si bien la norma, es decir, A.L 01 2005 esgrime limitantes en materia pensional, no puede desconocerse que Colombia ha suscrito convenios internacionales a la luz de la carta política igual el artículo 93 son de obligatorio cumplimiento y propenden por defender los derechos de los trabajadores y el carácter especial que debe de tenerlas como (sic) las convenciones colectivas plasmadas en los convenios colectivos; además de ello quiero aclarar que la foliatura donde estipula los artículos 33, 34 y 35 que habla del derecho que adquirió, el derecho reclamado con esta demanda, pues, si es posible en esta instancia adherirlos al proceso, estoy dispuesta a hacerlo”*

Ejecutoriado el auto que admitió el recurso de apelación; en aplicación del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, se corrió traslado a la partes para que presentaran alegaciones en esta sede, oportunidad en la que la mandataria judicial del actor y recurrente insistió en que su representado al momento del despido tenía cumplidos veinte -20- años de servicio al MUNICIPIO DE BUGALAGRANDE, faltándole para ese entonces



solo la edad para acceder a la pensión de jubilación estipulada en el artículo 34 de la CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO, y previa citación de providencia de otro Distrito Judicial, estimó que no son de recibo los argumentos esgrimidos en la sentencia de primera instancia, la que se ajusta a lo dicho en la contestación de la petición incoada por el MUNICIPIO DE BUGALAGRANDE, ya que si bien la norma (Acto Legislativo 01 de 2005), esgrime limitantes a lo convenido en materia pensional, pues no puede desconocerse que Colombia ha suscrito convenios internacionales que a la luz de nuestra Carta Política y puntualmente el artículo 93, son de obligatorio cumplimiento y propenden por defender los derechos de los trabajadores y el carácter especial que deben tener las negociaciones colectivas, plasmadas en los convenios colectivos. Por su parte, el ente territorial accionado y no recurrente, no realizó manifestación alguna.

Resulta entonces de oportunidad tomar la decisión que en derecho corresponda, previas las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

En acatamiento al principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad

Social; la materia objeto de estudio, se contrae a establecer si el demandante tiene derecho a pensión de jubilación de conformidad con el contenido del artículo 34 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el Municipio de Bugalagrande y el Sindicato de Trabajadores Oficiales del Municipio de Bugalagrande, para el periodo 1978- 2001.

Refiere la recurrente, que su representado cumplió uno de los requisitos al momento de ser retirado de manera unilateral por la empresa el 29 de noviembre de 2002, con fundamento en la supresión de cargos; pues había cumplido para entonces más de 20 años de servicio, con lo que determinaba su derecho a exigir la pensión convencional al arribar a la edad exigida para ello; dado que la relación laboral terminó unilateralmente por parte de la empresa, sin que el señor GONZÁLEZ alcanzara la edad requerida en dicho pacto colectivo, la cual consiguió el 12 de mayo de 2012; pues según la apelante esto no era impedimento para el reconocimiento a la pensión de jubilación.

En primer término se precisa que las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 contemplan el respeto por los derechos adquiridos mediante pactos o convenciones colectivas del sector público o privado, sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes. Luego, quienes antes del 1º de agosto de 2010, alcancen a cumplir todos los requisitos señalados en Convención Colectiva de Trabajo, podrán acceder a la prestación en los

términos consignados en la respectiva convención; fecha que fue fijada por el Acto Legislativo 01 de 2005 y que en contexto dejó prohibido fijar condiciones pensionales mediante pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales, distintas a las señaladas por el Sistema General de Seguridad Social integral.

Así pues, en lo que específicamente guarda relación con la materia colectiva, la modificación constitucional abrogó la posibilidad de las partes de acordar, mediante pacto, convención o cualquier acto jurídico, reglas pensionales diferentes a las consignadas en el sistema general de pensiones.

Sin embargo, para no afectar los derechos adquiridos y las expectativas legítimas de las partes, respecto a la estabilidad de lo previamente acordado, dispuso un periodo transitorio, así: “Parágrafo transitorio 3º. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.”

Sobre el particular la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; en sentencia SL12498-2017 Radicación n.º 49768 Acta 28 del 9 de agosto de 2017, reiteró las sentencias SL 31000, 31 en. 2007, reiterada en SL 30077, 23 en. 2009, SL 39797, 24 abr. 2012, SL1409-2015 y SL4963-2016; interpretó y desentrañó de esa disposición las siguientes reglas:

*a) --El “término inicialmente estipulado” hace alusión al que las partes celebrantes de un convenio colectivo expresamente hayan pactado como el de la duración del mismo, de manera que si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara el “término inicialmente pactado”. Ocurredo esto, el convenio pierde totalmente su vigencia en cuanto a materia pensional se refiere y no podrán las partes ni los árbitros disponer sobre dicha materia en un conflicto colectivo económico posterior.*

*b) -- En el caso en que al momento de entrada en vigencia del Acto Legislativo un convenio colectivo estaba vigente por virtud de la figura de la prórroga automática. c).--Cuando la convención colectiva de trabajo a la entrada en vigencia del acto legislativo se encuentra surtiendo efectos por virtud de la denuncia de la convención colectiva de trabajo y la iniciación posterior del conflicto colectivo de trabajo que no ha tenido solución. En las dos últimas situaciones, debe advertirse que la convención sigue vigente por ministerio de la ley y no por voluntad de las partes. En estos casos, de conformidad con el parágrafo 3º transitorio, las disposiciones convencionales en materia de pensiones continúan su observancia hasta el 31 de julio de 2010 y no pueden las partes ni los árbitros, entre la vigencia del acto legislativo y el 31 de julio de 2010, pactar o disponer condiciones más favorables a las que están en vigor a la fecha en que entró a regir el acto legislativo. Quiere decir lo anterior, que por voluntad del constituyente delegado,*

*las disposiciones convencionales en materia de pensión de jubilación que se encontraban rigiendo a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005, mantendrán su curso máximo hasta el 31 de julio de 2010, lo que indica que ni las partes ni los árbitros pueden regular condiciones más benéficas a las estipuladas, pues la voluntad superior les ha prohibido expresamente tratar ese punto.”*

En dicha sentencia, nuestro máximo órgano de cierre, con el fin de no afectar derechos adquiridos y expectativas legítimas de los trabajadores, demarcó varias reglas de aplicación dependiendo del estado en que se encontrara el respectivo acuerdo colectivo para el momento de entrada en vigencia de la referida reforma constitucional, así:

*“Nótese que, a juicio de esta Corporación, del precepto constitucional objeto de análisis se desprende una primera regla, consistente en que la expresión «término inicialmente pactado» hace alusión al tiempo de duración expresamente acordado por las partes en una convención colectiva de trabajo, de manera que «si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara el “término inicialmente pactado”». Esto, desde luego, se refiere a aquellos acuerdos colectivos o reglas pensionales que sean negociadas por primera vez antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y cuya fecha de finalización sea ulterior a esta reforma constitucional.*

*La segunda y tercera hipótesis, básicamente expresan un mismo razonamiento, en el sentido que en el evento de que la convención haya sido objeto de sucesivas prórrogas por cuenta de lo dispuesto en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, las reglas pensionales subsisten hasta el 31 de julio de 2010, fecha fijada como límite a la pervivencia de los beneficios pensionales extralegales. A modo de ejemplo, si el vencimiento de un acuerdo colectivo ocurrió en diciembre de 2004 y por fuerza de la renovación legal aludida se ha extendido en múltiples ocasiones de 6 en 6 meses, las prestaciones pensionales allí previstas subsistirán hasta tanto sean eliminados por voluntad de las partes y como máximo hasta el 31 de julio de 2010.”*

Ahora bien, en el caso sub examine, tenemos que de folios 13 a 48 milita copia de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 13 de septiembre de 2000, entre la Organización SINTRAMUNICIPAL y el MUNICIPIO DE BUGALAGRANDE, con manifestación de depósito (fl. 49 vuelto), de donde se constata que la convención colectiva fue presentada el 20 de septiembre de 2000, con vigencia de un -1- año (art. 1º -fl. 16), lo que significa que cuenta con pleno valor probatorio, pues dicho canon estableció que tal pacto regiría a partir del 1º de enero de 2001 hasta el 31 de diciembre de ese mismo año.

Así pues, al descender al análisis del citado acuerdo convencional, se observa que no milita el apartado del canon de

que trata el beneficio pensional, pero la parte demandante en el libelo introductorio indicó que en el artículo 34 del citado acuerdo, se consagró un beneficio pensional en favor de los trabajadores oficiales que establece que “al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad y veinte (20) años de servicio, para el personal masculino y cincuenta (50) años de edad y veinte (20) años de servicio para el personal femenino con el cien (100 %) del salario promedio que éste devengando el trabajador en el último año de servicio”; sin pasar por alto que la convención colectiva tantas veces mencionada no fue objeto de denuncia, de manera que por efecto del artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, se prorrogó automáticamente por periodos sucesivos de seis -6-meses.

Seguidamente se observa de folios 66 a 70, copia del laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, conformado para dirimir el conflicto colectivo existente entre el MUNICIPIO DE BUGALAGRANDE y el SINDICATO DE TRABAJADORES OFICIALES DEL MUNICIPIO DE BUGALAGRANDE, suscrito el 18 de septiembre de 2002, con vigencia de un año, es decir que la convención colectiva suscrita tuvo vigencia hasta el 18 de septiembre de 2003.

Frente a lo anterior, se verifica que en el hecho tercero de la demanda se indicó que el actor inició su relación laboral el 4 de febrero de 1982 y feneció con despido por supresión de cargos el

29 de noviembre de 2002, hecho que fue aceptado por la demandada (fl. 121), de donde se desglosa que el actor acreditó veinte -20- años de servicio en el año 2002, escenario que no ocurrió con la edad; pues aunque no milita copia del articulado que regula el derecho pensional dentro de la convención colectiva, en el hecho sexto de la demanda se hace referencia al mismo; se tiene que dicho pacto colectivo estableció su régimen de jubilación a la edad de cincuenta y cinco -55- años, misma que el actor alcanzó el 12 de mayo de 2012, pues su fecha de nacimiento acaeció el 12 de mayo de 1957, tal como consta en la copia de la cédula de ciudadanía que reposa a folio 11.

En este orden de ideas, concluye esta Corporación que el gestor de la acción no acreditó el lleno de los requisitos exigidos en la propia convención colectiva, pues precisó que los trabajadores sólo podrían disfrutar de los privilegios allí establecidos mientras que la convención colectiva estuviera vigente y con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, es decir, en el presente caso los beneficios pensionales solo estaban vigentes hasta el 31 de julio de 2010, lo que quiere decir que el demandante no completó la totalidad de los requisitos exigidos en la convención colectiva, antes del 31 de julio de 2010, por tanto no podía pensionarse con las prerrogativas contempladas en el régimen convencional.



En tales condiciones, se torna acertada la decisión proferida en primer grado; debiéndose imponer condena, por concepto de costas de segunda instancia a la actora, apelante y vencida.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Valle del Cauca, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de Ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia No. 13 proferida el 2 de abril de 2019, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tuluá, Valle del Cauca.

**SEGUNDO: COSTAS** de segunda instancia a cargo de la parte demandante, recurrente y vencida, a favor de la parte demandada. Las agencias en derecho se tasan en la suma de \$150.000.00.

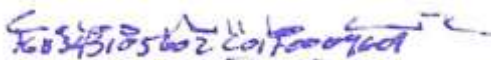
**Comuníquese y Notifíquese** esta sentencia por inserción en estado electrónico, de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 9° del Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020.

**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 003 De La Sala Laboral Del 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:*

***3597217a236c0ed4a155483b07da52765e3047588926e87  
8f1777af9286d89a5***

*Documento generado en 16/09/2020 02:41:45 p.m.*

**TRIBUNAL SUPERIOR  
DISTRITO JUDICIAL DE BUGA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

*REFERENCIA: Consulta en proceso ordinario laboral de GABRIEL ARCANGEL  
HERNANDEZ CASTRO contra DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y Otros.  
Radicación Única Nacional 76-736-31-05-001-2015-00115-01*

A los dieciséis (16) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), se congrega la Sala Cuarta de Decisión Laboral, con el objeto de resolver por escrito el grado jurisdiccional de consulta que procede frente la sentencia de primera instancia, conforme a lo reglado en el artículo 15 del Decreto 806 de junio de 2020.

**SENTENCIA No. 0147**

**APROBADA EN ACTA No. 025**

**ANTECEDENTES**

El señor GABRIEL ARCÁNGEL HERNÁNDEZ CASTRO, demandó en acción ordinaria a la GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA, con el objeto de obtener declaración, en el sentido que entre él y la Secretaría de Salud del Departamento del Valle del Cauca, existió un contrato realidad de trabajo, en la modalidad indefinido-artículo 47 C. S.T.- y; en consecuencia de la anterior declaración; que se le paguen los siguientes conceptos: cesantías del año 2005 al 2013; intereses a las cesantías, años 1998 a-2015; prima de servicios años 1998 a 2015; vacaciones; prima de vacaciones; horas extras diurnas y nocturnas; recargos festivos y dominicales; indemnización por despido injusto y la pensión forzosa, consagrada en el artículo 133 de la ley 100 de 1993; al igual que las agencias en derecho –folios 28 a 29 y 42 a 43-.

Los fundamentos de hecho informan que el actor laboró para el HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA, desde el 01 de noviembre de 1998, cuando se vinculó por contrato indefinido; siendo así como desde el año 2005, se cambió su vinculación por contrato de prestación de servicios; que su cargo siempre ha sido el de vigilante, con horario de 12 horas por día y que laboró durante 16 años siendo su empleador directo la GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA-SECRETARÍA DE SALUD; entidad que nunca le reconoció cesantías, prima de servicio, prima de navidad, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, horas extras diurnas y nocturnas, recargos dominicales y festivos, así como la indemnización por despido injusto; a lo que se suma que tampoco se le pagó la seguridad social; cuando estuvo bajo la continuada subordinación y dependencia frente al empleador y en contraprestación del servicio recibía un salario mensual; que laboró hasta el 31 de enero de 2015, data en que fue despedido sin justa causa, mediante Resolución No. 0575 de 15 de diciembre de 2014, cuando la entidad se puso al día con el pago de sus salarios –folios 40 y 41-.

### **ACTUACIÓN PROCESAL.**

La demanda fue admitida, luego de su corrección, mediante auto del 07 de diciembre de 2015, y se ordenó la notificación de dicho proveído a la accionada –GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA –SECRETARÍA DE SALUD –folio 50 envés-.

A través de apoderado judicial legalmente constituido, se pronunció la entidad demandada (folios 77 a 83); no siendo de recibo por el Juzgado, dicha contestación, por haberse presentado por fuera de término –folio 84-.

En audiencia pública, llevada a cabo el día 19 de abril de 2016, se reorientó el curso del proceso, dirigiéndolo contra el

DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA – SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL y se practicaron los testimonios de los señores EDWIN PINILLA OSPINA Y GONZALO ARÍAS TORO –folios 102 a 104-.

En auto No. 63 del 13 de junio de 2016, el Juzgado de conocimiento integró litisconsorcio por pasiva con el HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA, a través de su liquidador (folios 136 y 137); siendo así como, luego de un considerable periodo de tiempo, se efectuó la notificación del auto admisorio de la demanda al Liquidador del HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA (folio 263); presentándose seguidamente, contestación de demanda emanada del DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y aportada por el designado liquidador del HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA (folios 276 a 299); no obstante, por auto del 27 de febrero de 2017, el Juzgado tuvo por no contestada la demanda por el HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA y señaló fecha para la audiencia del artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S. -folio 322-.

En audiencia de trámite y juzgamiento de fecha 16 de mayo de 2018, se dictó la sentencia No. 014, en la que se declaró la existencia de un contrato a término indefinido entre el actor y el HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA -EN LIQUIDACIÓN; en virtud del principio de primacía de la realidad, en el periodo del 01 de noviembre de 1998 al 31 de diciembre de 2014, y condenó, tanto al HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA, como al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, al pago de cesantías, primas, prima de navidad, vacaciones, indemnización despido injusto, sanción moratoria por no pago oportuno de prestaciones sociales, y pensión sanción del artículo 133 de la Ley 100 de 1993 y se absolvió por las demás pretensiones contenidas en la demanda.

Los argumentos del fallo (00:09:44 a 00:54:19), se pueden condensar así: **(i)** Para determinar la condición de trabajador oficial del actor, se basó el Juzgador en normas, como los artículos 194 y 195 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 1876 y 1298 de 1994 y la Ley 10 de 1990; al igual que en la Ordenanza 046 del 21 de mayo de 2012, en la cual la Asamblea Departamental reconoció al HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA, la calidad de entidad pública del Orden Departamental, y también, en tal faena, adujo el criterio orgánico; **(ii)** Sobre la existencia del contrato de trabajo realidad, que se declaró, acudió la primera instancia, a la presunción consagrada en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 y de allí encontró acreditados los elementos de tal contratación, más precisamente la subordinación, con documento de contestación a derecho de petición de folios 14 a 16, en la que se acepta que el actor laboró desde el año 1998 hasta el 31 de diciembre de 2014, aclarando que existió un contrato de prestación de servicios. Enseguida hizo referencia a contrato suscrito por el demandante de folio 3, y del 1º de noviembre de 1998, entre el actor y el HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA. También hizo alusión a la prueba testimonial, de la que dijo, que los testigos adujeron ser compañeros de trabajo en el mencionado hospital, de tal manera que tenían una relación directa y pleno conocimiento sobre la prestación del servicio por el actor, en los periodos anotados, ejerciendo el cargo de vigilante y aclaró, que como la parte demandada no presentó oportunamente contestación de demanda, las anteriores pruebas no fueron objeto de contradicción y por ende les dio pleno valor probatorio. **(iii)** Continuó el sentenciador manifestando que se acreditó la prestación personal del servicio y no fue destruida la presunción del artículo 20 DEL Decreto 2127 de 1945, pues se tuvo por no contestada la demanda por la pasiva plural; y que además según la Ley 80 de 1993, el carácter del contrato de prestación de servicios debe ser por el tiempo estrictamente pactado; pues la tarea de vigilancia perdura en mientras se sostenga la actividad

hospitalaria; entonces, consideró suficientes las pruebas para declarar la presencia del contrato de trabajo. **(iv)** Entró en el análisis de las pretensiones, para fijar como salario devengado por el actor, el mínimo mensual vigente en cada anualidad; sin que aplicara la prescripción de los derechos a reconocer, dado que las contestaciones de demanda se declararon extemporáneas (fls. 84 y 322); pasando así a liquidar cesantías, en cuantía de \$7.610.106; primas de servicios por \$3.805.053; prima de navidad por \$7.610.106; Vacaciones, en cuantía de \$3.675.231; negó los intereses a la cesantía por no estar regulada para trabajadores oficiales; y condenó por despido injusto, e impuso un valor de \$2.484.533; concedió la sanción moratoria del Decreto 797 de 1949, al no demostrarse buena fe de las demandadas en la no solución de las pretensiones, en suma diaria de \$ 20.533, a partir del 14 de mayo de 2015, hasta que se verifique el pago; pensión sanción, conforme al artículo 133 de la Ley 100 de 1993 y dado que el actor no fue afiliado por los demandados a la seguridad social en pensiones y que el actor inició labores el 1° de noviembre de 1998, y como nació el 8 de octubre de 1945, al momento de la desvinculación contaba con 69 años de edad, es decir, que al ser sin justa causa, le concedió la pensión sanción desde el 1° de enero de 2015 en cuantía mensual del salario mínimo de cada anualidad, con la mesada adicional de diciembre. **(v)** Por último, expuso el juez que las condenas comprenden al HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA y al DEPARTMAENTO DEL VALLE DEL CAUCA, pues como se advirtió en las ordenanzas, el DEPARTAMENTO DEL VALLE asumió el pasivo pensional del HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA (ordenanza 455 de 2017, parágrafo artículo 1°), no procediendo condena contra la SECRETARIA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE, por cuanto ésta es dependiente del DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y no tiene personalidad jurídica.



Seguidamente, se emitió el auto No. 245 del 03 de julio de 2018, por el cual el despacho de instancia resolvió desfavorablemente petición de nulidad de la actuación incoada por la pasiva; auto que fue recurrido y rechazado de plano en segunda instancia –folios 338, 345, 346, 372 y 373-.

Como quiera que la decisión fue adversa a la entidad territorial demandada, fue remitido el expediente en consulta a tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del CPT y de la SS y corrido el traslado que ordena el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del año 2020, con el fin que las partes presentaran alegaciones en segunda instancia, la parte actora indicó; luego de hacer un recuento de lo acontecido en la primera instancia; que en el caso se presenta un contrato de trabajo realidad, en el que los derechos laborales originados en el mismo no han sido afectados por prescripción, por lo que solicita se acceda a todas las pretensiones de la demanda.

Por su parte, el ente territorial llamado a juicio, alegó ante esta Sede judicial; a través de su apoderada judicial; señalando que no comparte *“la decisión del Juez de primera instancia toda vez de que no le asiste derecho al demandante, teniendo en cuenta que entre la entidad que represento y el mismo accionante, no existió una relación laboral de hecho como este lo indica, por cuanto no se configuraron los elementos constitutivos del contrato de trabajo, pues la normatividad vigente establece que al trabajar como contratista y por contrato de prestación de servicios materiales y no calificados intelectual ni profesionalmente, suscritos entre el hoy demandante y la entidad territorial que represento, en virtud del apoyo logístico o de gestión a actividades que la planta central no puede suplir con sus funcionarios, para así cumplir el normal desempeño de sus dependencias, no se le genera el pago a su favor de ninguna clase de prestaciones sociales, igualmente el demandante desde el momento que suscribió su contrato de prestación de servicios con este*

*ente departamental lo realizo de manera voluntaria, conociendo sus funciones y condiciones que se derivan de la misma, que fueron aceptadas por el contratista y durante el tiempo de duración del contrato nunca manifestó inconformidad con las condiciones pactadas, las cuales a la accionante durante el tiempo del desempeño para el cual fue contratado nunca se le pagaron, por el contrario trabajó bajo esa modalidad largo tiempo”.*

Como argumentos jurídicos de sus alegaciones, señaló el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, varias sentencias emanadas de la Corte Constitucional; hizo alusión a la figura del contrato de trabajo realidad y al derecho al pago de prestaciones sociales, para concluir que en el caso, el demandante no estuvo vinculado bajo un nexo laboral por lo que no hay lugar a que sus pretensiones salgan avantes.

Igualmente, el demandado realizó un recuento de lo acontecido en la primera instancia y nuevamente aludió al incidente de nulidad formulado, diciendo que *“la suscrita desde un principio solicito comedidamente que se le notificara vía email sobre el pronunciamiento que hiciera el juzgado sobre el escrito presentado en escrito el día 16 de mayo de 2018 donde se plantea el incidente de nulidad, y el Juzgado acepto esta clase de notificación cuando respondió el día 13 de junio de 2018 “BNOS DIAS DRA, LE INFORMO QUE LOS PROCESOS SE ENCUENTRAN A DESPACHO PARA RESOLVER, CUANDO SE TENGA LA DECISION SE LE NOTIFICA POR ESTA VIA”.*(sic) *Por lo anterior es inconcebible que no se me haya notificado el AUTO INT N° 096 del 12 de julio de 2018, en la oportunidad violándose el derecho a la defensa y al debido proceso”, solicitando tener en cuenta sus alegaciones y revocar la sentencia de primera instancia.*

Visto lo anterior, pasa la Sala a decidir lo que legalmente corresponda, previa cita de las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

En armonía con las pretensiones de la demanda (folios 28 a 29 y 42 a 43) debe esta Sala establecer, si en el presente asunto existió un contrato de trabajo realidad, en la modalidad a término indefinido, que unió al actor con la GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA o el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA – SECRETARÍA DE SALUD; para de ser así, entrar en el estudio de las pretensiones económicas derivadas de tal contrato.

Delanteramente valga acotar, que como inicialmente fue demandada la GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA – SECRETARÍA DE SALUD, ésta se vinculó al proceso en tal condición y contestó la demanda, que no fue de recibo por el juzgado (folios 77 a 83); sin embargo, en audiencia del 19 de abril de 2016, se reorientó el proceso, dirigiéndolo el Juzgado contra el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA- SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL (folios 102 a 104), a lo que se suma que el HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA, a través de su liquidador; fue vinculado al proceso como Litis consorte necesario, según auto No. 63 del 13 de junio de 2016 –folios 136 y 137-.

Ahora bien, en virtud del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, *“el contrato de trabajo se presume entre quien presta el servicio personal y quien lo recibe o aprovecha.”*

Así que en principio corresponde al demandante dar cuenta de la prestación del servicio, para que la presunción se active y al presunto empleador, dado el caso, demostrar que dicho servicio se prestó de forma independiente, que no subordinada o dependiente.

En torno a la prestación del servicio, tenemos que la misma se dio a favor del HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA -EN LIQUIDACIÓN, puesto que como se relató en los hechos de la demanda (folios 40 y 41); las labores de vigilancia que realizaba el actor eran a beneficio de dicha institución de salud; ello porque si bien el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA efectuaba los pagos al actor; no era este ente el directo beneficiario de tal vigilancia; caso en el cual y por ende, el empleador, aunado a que como lo indica su proceso de liquidación, este cuenta con personería jurídica, siendo contingente que el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA asumiera o reconociera; de ello no se pudo desprender que lo hiciera como empleador porque por Ley de Apoyo Fiscal y Presupuestaria, para las entidades del sector y aunque el hospital no fue demandado y por tanto las facultades ultra y extra petita no llevarían a proferir sentencia condenatoria.

En tal sentido, en gracia de discusión, más por los extremos que se indica de acuerdo a las pruebas practicadas tampoco es clara la prestación del servicio para este ente, pues según los testigos, estuvo en estado de abandono probablemente sin la prestación de los servicios que le correspondían al actor.

En efecto, los testigos que comparecieron al juicio, esto relataron:

EDWIN PINILLA OSPINA (00:22:05 a 00:31:06), relató bajo juramento, que conoce al actor desde el año 2004, que llegó a laborar al HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA, cuando ya el señor GABRIEL laboraba allí como vigilante y que éste laboró hasta febrero de 2015, **a órdenes de ODILMER DE JESÚS GUTIÉRREZ, jefe encargado por la GOBERNACIÓN DEL VALLE; que los jefes inmediatos eran, primero, el Dr. José Wilmar Arias, después Arturo Sánchez Villada, después Diego Fernando Domínguez y**

**se terminó con Odilmer de Jesús Gutiérrez Serna; quienes daban órdenes de trabajo por teléfono.** También dijo que él (testigo) trabajó solo para el HOSPITAL SAN JOSÉ, pues el horario no daba para dos trabajos.

También rindió testimonio el señor GONZALO ARIAS TORO **(00:31:06 a 00:40:03)**, quien dijo que tuvo una droguería frente al antiguo Hospital de Sevilla y por ello conoce al actor desde hace 24 años, por ser cliente de la droguería; que el demandante trabajó como vigilante, cuando estaban haciendo en esa época las instalaciones del HOSPITAL CENTENARIO y que estuvo allí desde el año 1998, unos 2 años y luego el señor WILMAR ARIAS lo vinculó en el HOSPITAL SAN JOSÉ, eso fue como en el año 2000 y allí estuvo hasta enero del año 2015, lo que sabe porque él se lo comentaba y que el testigo lo veía ahí laborando, estaba frente al antiguo hospital en el año 1992, cuando se le vinculó al HOSPITAL SAN JOSÉ. A preguntas de la apoderada del actor, dijo el testigo, que el señor Hernández laboró desde el año 1990 hasta enero del 2015; que lo detallado le consta porque en esa época se encontraba frente al hospital y tenía conversaciones con el accionante y **que el jefe directo de él eran JOSÉ WILMAR ARIAS, ARTURO SÁNCHEZ VILLADA, DIEGO y ODILMAR GUTIÉRREZ; que conoció a estos porque venían a hacerle visita a ellos a ver si se encontraban laborando.**

Nótese como los testigos convidados, no dieron cuenta cierta de la subordinación o dependencia que ejercían tanto el HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA, entidad que se beneficiaba de los servicios del demandante, como el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, pues la sentencia de primera instancia tan solo refirió, de los dicho por los testigos, que **“estos testigos adujeron ser compañeros de trabajo del actor en el mencionado hospital, de tal manera que tenían una relación directa y pleno conocimiento sobre las prestación de**

servicios por el actor en los periodos anotados, ejerciendo el cargo de vigilante"; no obstante, lo que dijeron los expositores se contrae únicamente a dar por sentado que los jefes eran unas personas que “*daban órdenes por teléfono*” y que pertenecían a la GOBERNACIÓN DEL VALLE – así lo dijo el señor EDWIN PINILLA OSPINA - demandante en proceso igual, a cargo de este despacho-; sin que se lograra establecer a órdenes de quién estuvo sujeto el actor, en cuanto a los reglamentos, las programaciones de turnos, los informes, las instrucciones para desarrollar sus labores y los poderes disciplinarios a que pudo estar sujeto el actor; las minutas, etc.

De tal forma, no queda así demostrado el contrato de trabajo que se declaró en primera instancia y por tal razón ha de revocarse la decisión de primer grado, para en su lugar absolver a las demandadas e imponer costas de primera instancia al actor.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, La Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga, Valle del Cauca; administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** los numerales 1º, 2º, 3º y 4º de la sentencia consultada, para su lugar ABSOLVER al HOSPITAL SAN JOSÉ DE SEVILLA, EN LIQUIDACIÓN y al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, por las pretensiones reconocidas en dichos acápite.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral 7º de la parte resolutive de la sentencia en consulta, para en su defecto, **CONDENAR** en costas

de primera instancia al demandante. Tásense las agencias en derecho por el Juzgado de origen.

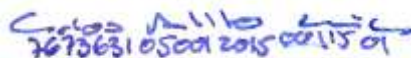
**TERCERO: CONFIRMAR** los numerales 5º, 6º, y 8º del apartado decisivo de la sentencia de primera instancia.

Comuníquese y Notifíquese esta sentencia por inserción en estado electrónico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9º del Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020.

**Magistrados Sala Cuarta de Decisión Laboral,**



**MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR**  
**Ponente**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**



**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**

**Firmado Por:**

**MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**Despacho 003 De La Sala Laboral Del 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:

**24710fd9767d7df1a956120899e678c93ceee1a71c3fedebc84a  
3da97cea8e55**

Documento generado en 16/09/2020 02:45:09 p.m.



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



**SALA UNITARIA LABORAL**

**Referencia: Conflicto de Competencia** suscitado en proceso Ejecutivo Laboral de JULIO CESAR PÉREZ CHICUÉ contra RAÚL GUTIÉRREZ y OTRA - Radicación Única Nacional No. 76-111-31-05-001-2018-00337-02

A los dieciséis (16) días del mes de septiembre del año dos mil veinte (2020), se dicta el

**AUTO INTERLOCUTORIO No. 049**

Con fundamento en auto No. 089 del 13 de marzo de esta anualidad (fl. 69), el Despacho de la Doctora GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS dispuso remitir el asunto de la referencia a este, para que asumiera el conflicto de competencia, en razón a que ya había conocido del asunto en una primera ocasión.

Ahora bien, las foliaturas que contiene el presente asunto dan cuenta de que el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga; mediante auto No. 48 del 28 de enero de 2019 (fls. 28 y 29), rechazó de plano la presente demanda ejecutiva, al estimar que es una obligación eminentemente civil, decisión que no fue de recibo por la parte demandante y por tanto presentó recurso de alzada que correspondió a este Despacho y que fue resuelto por la SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL, en Auto Interlocutorio No. 101, calendado el 26 de julio de 2019 (fl. 55), en el que se dispuso la devolución del expediente al Juzgado de origen para que “entable el conflicto de competencia, frente a la especialidad civil de esta localidad, como lo dispone el artículo 139 del

*Código General del Proceso*”. Por consiguiente, el Juzgado Laboral remitió las diligencias a la Oficina de Reparto de los Juzgados Civiles Municipales de esta localidad.

Fue así como el Juzgado Primero Civil Municipal de Buga, previo reparto realizado por la Oficina de Apoyo Judicial el 11 de febrero de esta anualidad (fls. 63 a 65), consideró que no era competente, y por tanto declaró el conflicto negativo de competencia, frente a lo decidido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga y dispuso remitir las diligencias al Tribunal, para que por SALA MIXTA se decidiera el CONFLICTO DE COMPETENCIA, que correspondió por reparto a la Magistrada GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS -fl 67-.

En esta ocasión se observa que el presente asunto no se contrae al impulso de la acción ejecutiva, sino a establecer cuál es la especialidad que debe asumir el conocimiento de dicha acción, tarea que corresponde única y exclusivamente a la SALA MIXTA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA, por ser la encargada de desatar los conflictos suscitados entre los despachos judiciales del Distrito, conforme a lo preceptuado en el artículo 18 de la Ley 270 de 1.996<sup>1</sup>; lo anterior, por tratarse de un conflicto de competencia surgido entre dos Juzgados que hacen parte de la Jurisdicción Ordinaria pero de distintas especialidades.

Por lo anterior, esta Sala Unitaria Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Valle del Cauca,

## **RESUELVE**

---

<sup>1</sup> Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

**PRIMERO: DEVOLVER** las presentes diligencias al despacho de la doctora **GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**, para que desate el conflicto negativo de competencia suscitado entre el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga y el Juzgado Primero Civil Municipal de esta misma localidad.

**SEGUNDO: POR LA OFICINA DE APOYO JUDICIAL SÚRTANSE** las anotaciones respectivas.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR**

Sustanciadora

**Firmado Por:**

**MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**Despacho 003 De La Sala Laboral Del 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:

**1e14f6c6a11926c23c3b782fb66c0c8e5025661035704cf1bc  
906846977426f3**

Documento generado en 16/09/2020 03:01:50 p.m.

## TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA



### SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

**REFERENCIA:** *Apelación de sentencia proferida en proceso ordinario de **LEONEL CASTAÑO ZAPATA** contra **PORVENIR S.A.***

*Radicación Única Nacional No. 76-834-31-05-001-2015-00622-01*

A los dieciséis (16) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), se congrega la Sala Cuarta de Decisión Laboral, con el objeto de resolver por escrito el recurso de apelación que procede frente la sentencia de primera instancia, conforme a lo reglado en el artículo 15 del Decreto 806 de junio de 2020.

### **SENTENCIA No. 0148** **Discutida y Aprobada No. 025**

#### **ANTECEDENTES**

##### **Demanda y Contestación**

El señor **LEONEL CASTAÑO ZAPATA**, pretendió de **PORVENIR S.A.**, el reconocimiento y pago del retroactivo pensional que dice corresponderle sobre su pensión de vejez, desde el 21 de mayo de 2011; así como los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso -folio 2-.

Sustentó sus aspiraciones el actor, en que solicitó en su momento a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, hoy PORVENIR S.A., el reconocimiento de la pensión de vejez, petición que efectuó el 10 de octubre de 2011 y que el derecho pensional le fue otorgado por la demandada a partir del 30 de

abril de 2013, con fundamento en la Ley 797 de 2003; que cumplió sesenta y dos -62- años de edad el 21 de mayo de 2011, realizando la última cotización al sistema para el periodo mayo de 2010, momento en el que alcanzaba un total de 1852 semanas cotizadas, esto es, más de las 1150 semanas que se exigían para la época, a fin de obtener la garantía de pensión mínima de vejez; que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 no fueron reconocidos por la demandada; y que reclamó administrativamente el retroactivo pensional y los intereses por mora, el día 27 de agosto de 2015 -folios 2 y 3-.

Admitida la demanda, por auto del 30 de junio de 2016, se dio en traslado a la demandada (folio 53); entidad que respondió en oposición a los pedimentos y formuló la excepción previa de prescripción y las de fondo de falta de legitimación en la causa por pasiva; culpa exclusiva del accionante y ausencia de objeto; buena fe; prescripción; afectación financiera y disminución de la cuenta de ahorro individual del afiliado y de la mesada pensional que recibe el accionante en caso de prosperar el pago de las mesadas anteriores al 30 de abril de 2013; y la innominada genérica.

En la audiencia regida por el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se declaró no probada la excepción previa de prescripción, continuando el trámite normal de la diligencia.

### **Sentencia de primera instancia**

Finalmente, se profirió la sentencia No. 208 del 18 de octubre de 2018, en la que se absolvió a la traída a juicio de todos los cargos incoados en su contra por el demandante -folio 169-.

Para absolver al extremo pasivo, el a quo precisó que la discusión se centra en el reconocimiento del retroactivo pensional desde el 21 de mayo de 2011, fecha en que el actor cumplió la edad de 62 años y no desde el 30 de abril de 2013, en que lo reconoció la demandada, por ser esta la fecha de radicación de la petición de pensión, así como la inclusión de la mesada 14 y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; refiriendo en torno a la pretendida mesada 14 que la pretensión no fue incluida en la demanda y a ella se hizo alusión solo en los alegatos de conclusión, por lo que al no haber sido motivo de discusión en el juicio, no era posible hacer uso de las facultades ultra y extra petita.

Frente al tema del retroactivo, adujo el fallador de instancia que *“el derecho reclamado solo se generó a partir del momento de su cumplimiento”*, esto es, a partir de octubre de 2013 y en el mejor de los casos desde el 30 de abril de 2013, fecha en que se hizo la solicitud pensional.

Así argumentó sobre el principio de congruencia y dio las explicaciones pertinentes para la aplicación de las facultades ultra y extra petita; ello para señalar que lo solicitado en los alegatos de conclusión en torno al pago de la mesada 14 no era de recibo.

De cara a la exigibilidad del derecho pensional, el Juzgador disertó sobre los dos regímenes pensionales que trajo consigo la Ley 100 de 1993, haciendo alusión al principio de inescendibilidad de cada uno de ellos.

Continuó la providencia recalcando que el actor se afilió al **RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD – RAIS**, entregando sobre el mismo sus características y las diferencias que presenta frente al **RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA**, haciendo énfasis en que en el **RAIS** no existe un momento como tal en el que se tenga derecho a la pensión, como ocurre en el **RPMPD**, pues el único requisito es contar con el capital suficiente para generar la pensión.

Como en el RAIS también se presenta la solidaridad, el fallador de instancia explicó cómo se puede alcanzar el capital suficiente para garantizar el pago de la pensión, detallando las dos formas de lograrlo: alcanzar el capital suficiente para financiar la pensión con los propios aportes del afiliado a su cuenta individual; o en caso de los hombres, si se llega a la edad de 62 años y 1150 semanas cotizadas, sin contar para ese momento con el capital suficiente, se puede acudir a la garantía de pensión mínima, lo cual opera previa manifestación del afiliado al fondo administrador y al mismo Estado, para que este último complete lo necesario para garantizar el pago de una pensión mínima.

Descendido al caso en concreto, dijo el Instructor que no es cierto que desde que el actor cumplió 62 años teniendo 1150 semanas acreditadas, generó el derecho a la pensión por vejez, pues en el **RAIS** dichas circunstancias no son determinantes para fijar el nacimiento de la pensión; pues como lo enseñan los documentos aportados por las partes, para ese momento el accionante no contaba con el capital suficiente para garantizar el pago de la prestación, *“de hecho su pensión cuando fue reconocida, fue reconocida por la solidaridad, es decir, con el completar del capital por parte del Estado.”*



Continuó advirtiendo que solamente cuando el demandante señaló al **FONDO**, a través de su petición de pensión –abril de 2013-; pues pese a que se discute cuándo fue realizada la solicitud del derecho, revisada la documental notó que fue el 30 de abril de 2013, no encontrándose petición anterior a dicha data; pues las solicitudes anteriores que aparecen glosadas tuvieron que ver con otros aspectos o asuntos distintos al reconocimiento de la pensión por vejez; a lo que añadió que no solo el momento de la petición de la pensión es el factor determinante del pago de la misma, sino que se debe contar con el capital necesario para financiar el pago del derecho.

Así, consideró el a quo que la fecha de pago de la pensión de vejez del actor es el 30 de abril de 2013, como en efecto lo adoptó la demandada, ya que la misma se completó con la documentación relativa a no tener medios económicos para continuar cotizando y con la petición al Estado de la garantía de pensión mínima.

Fue así como a partir del 30 de abril de 2013, con la petición del actor se inició todo el trámite administrativo que llevó a que en octubre de 2013 el Estado completó el capital necesario para financiar la pensión del señor **CASTAÑO ZAPATA**, pudiéndose entonces generar el derecho pensional; por lo que la causación efectiva del derecho sucedió en octubre de 2010; sin embargo por haberse realizado la petición de pensión en abril de 2013 y generarse desde allí el trámite administrativo correspondiente, el cual no depende directamente del trabajador afiliado sino de la gestión del fondo y de la respuesta del Estado, el derecho es reconocido con retroactividad a la fecha de reclamación del mismo; sin que hubiera lugar al reconocimiento de intereses

moratorios, toda vez que el retroactivo es una cuestión accesoria que no encontró respaldo en el fallo, por lo que de contera no genera los deprecados intereses, concluyó el a quo.

### **Recurso de apelación**

Dado que la parte actora no compartió la decisión, ésta fue apelada en tanto que la mesada 14 negada por el a quo es procedente, pues las facultades ultra y extra petita otorgadas por el procedimiento laboral al juez de instancia debieron aplicarse en razón a que *“si bien es cierto de manera expresa dentro de las pretensiones de la demanda y expresamente en un hecho determinado no se manifiesta el reconocimiento de esa mesada adicional, no es menos cierto que la pensión, en la pretensión número uno -1-, al momento de reconocerse el retroactivo pensional desde el 21 de mayo de 2011, está haciendo alusión a una fecha anterior al 31 de julio de 2011, fecha que trajo como límite el Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, por lo que si bien es cierto no se señaló de manera expresa que había lugar a 14 mesadas, no es menos cierto que con base a la fecha en que se está solicitando el retroactivo, se entiende que se debe incluir la mesada adicional 14.”*

También se dolió de la negativa al retroactivo deprecado, en razón a que no comparte el argumento según el cual tan solo cuando se logra la garantía mínima de pensión de vejez para el actor en octubre de 2013, es que se tiene derecho al reconocimiento de la prestación, toda vez que si el Juez argumentó que es desde el cumplimiento de los requisitos, que para el caso incluyó la ayuda del Estado, no entiende la parte actora por qué el retroactivo se dio desde abril de 2013, si dichos requisitos se cumplieron en el citado mes de octubre.

Se aduce en el recurso que el demandante solicitó el retroactivo desde el 21 de mayo de 2011, en atención a que así lo permiten las normas contenidas en el **RAIS**; concretamente el artículo 65 de la Ley 100 de 1993; dado que los únicos requisitos que determina la norma son los 62 años para los hombres y las 1150 semanas; frente a que es desde la solicitud de pensión, el momento a partir del cual se reconoce el derecho, por ser este el momento en el cual el **FONDO** tiene certeza de la falta de capital del afiliado para financiar su pensión, no habiendo que hacer caso omiso a las múltiples solicitudes que hizo el accionante dirigidas al **FONDO**, como la realizada el 11 de octubre de 2011, “**donde si bien es cierto no solicitó de manera expresa la pensión**”, sí solicitaba información referida al número de semanas que tenía aportadas al sistema y el capital con el cual contaba en su cuenta de ahorro individual.

Así, desde octubre de 2011 el demandante cuestionaba a la demandada acerca del monto por él ahorrado en su cuenta individual y si el mismo alcanzaba o no para financiar su pensión por vejez; respuesta que fue obtenida por el interesado mediante escrito fechado el 28 de octubre de 2011, sin dejar en claro la demandada, si el capital con que contaba el afiliado era suficiente o no para el fin pensional que se perseguía, es decir, la demandada eludía la respuesta y no contaba siquiera con una liquidación provisional de la pensión del actor, información con la cual el señor **CASTAÑO ZAPATA** habría podido radicar de manera formal la petición de su derecho pensional con garantía mínima. Añadió, que en julio de 2012 nuevamente la demandada explicó al actor cómo se financiaba su pensión, pero en ningún caso informa de manera precisa, si contaba o no con el capital suficiente para el financiamiento de su pensión.

Siendo así como solo hasta el 30 de abril de 2013 el actor pudo solicitar de manera formal la garantía de pensión mínima, no obstante haber pedido la información correspondiente con anterioridad, sin obtener respuesta de fondo de la entidad demandada.

Por último expresó el recurrente, que en ningún apartado de la Ley 100 de 1993 ni de sus decretos reglamentarios, se haya establecido que la pensión de vejez con garantía de pensión mínima se reconocerá a partir de su solicitud; por lo que se debe hacer uso del contenido general del artículo 48 de la Constitución Política que establece que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, de modo que al tener la entidad conocimiento que el capital del actor no era suficiente para financiar su pensión, debió pagar la pensión con el saldo del capital que se encuentre en la cuenta del afiliado, ya que la ayuda estatal que se da a través del Ministerio de Hacienda, se vuelve efectiva cuando se evidencia que se están agotando los recursos que reposan en la cuenta individual de ahorro.

Sustentada la apelación, fue remitido el expediente para desatar la alzada y corrido el traslado que ordena el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del año 2020, con el fin que las partes presentaran alegaciones en segunda instancia, el apoderado judicial del actor argumentó; luego de efectuar un recuento de la situación del demandante; que el artículo 65 de la Ley 10 de 1993 consagra la garantía de pensión mínima de vejez, así como que la Corte Constitucional ha reconocido por tutela el derecho a la pensión por vejez, citando a modo de ejemplo la sentencia T-1036 de 2005, indicando que “*Bajo estos*

*parámetros, queda claramente establecido que el fondo de pensiones no tenía justificación alguna para no reconocer la pensión de vejez a partir de la fecha en que se cumplió con los requisitos de edad y semanas”.*

Por su parte, la entidad demandada alegó que *“La reclamación de pensión de vejez solo fue presentada hasta el 30 de abril de 2013, aunado al hecho que a diferencia del REGIMEN DE PRIMA MEDIA –RPM administrado por COLPENSIONES, en el régimen de ahorro individual - RAIS de la cual la AFP Porvenir es administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, a efectos de reconocer la pensión de vejez no es necesario cumplir semanas y edad sino cumplir con un capital suficiente para financiar la pensión de vejez una vez sea reclamada. No es procedente el pago de intereses de mora, ni el pago de mesadas anteriores al 30 de abril de 2013 como pretende el accionante”;* asimismo, que son razones para ratificar la absolución emitida por la primera instancia, los siguientes hechos: *“1. El afiliado elevó reclamación de pensión de vejez el 30 de abril de 2013 y desde esa fecha se pagó retroactivo pensional. 2. Ahora bien, si lo que pretende el accionante es el pago de la pensión de vejez desde que el accionante cumplió 62 años, sin importar que presentara reclamación pensional dos años después es decir el 30 de abril de 2013, tampoco es procedente por cuanto se confunde la causación (cumplimiento de requisitos) y disfrute (desde que presenta reclamación pensional) del derecho de pensión de vejez (...) El afiliado cuenta con reconocimiento de pensión en la modalidad de Retiro Programado desde el 30 de abril de 2013 fecha de solicitud de pensión de vejez y en caso de modificarse por medio de sentencia fecha de pago de retroactivo pensional afectaría sostenimiento de pago de mesada pensional”.*

Por último, hizo énfasis en que *“LA CUENTA DEL AFILIADO NO TIENE SALDOS A FAVOR QUE PERMITA RECONOCER UN*

*RETROACTIVO ADICIONAL, PUES la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, expidió la Resolución No. 11585 por medio de la cual se reconoce garantía de pensión mínima a favor de LEONEL CASTAÑEDA para pensión de vejez. ya hubo un reconocimiento pensional al demandante y que para ello se efectuaron los cálculos actuariales correspondientes, se pudo constatar que de prosperar la pretensión de retroactivo, la cuenta de ahorro individual del demandante se descapitalizaría y con ello sería IMPOSIBLE para mi representada, garantizar a futuro la mesada pensional que actualmente éste devenga, lo que podría llevar incluso a que en virtud del control de saldos deba contratarse una renta vitalicia”.*

Visto lo anterior, pasa la Sala a decidir lo que legalmente corresponda, previa cita de las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

De entrada se precisa que la decisión apelada ha de ser confirmada en esta sede, pues acertó el fallador de instancia en sus argumentos para denegar las pretensiones del demandante.

En efecto, es claro que en el **REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**, el derecho a la pensión se causa cuando el afiliado reúne en su cuenta de ahorros la cantidad de dinero suficiente para costearse la pensión, o cuando cumple la edad, tiene al menos 1.150 semanas cotizadas y no está en condiciones de seguir cotizando hasta alcanzar dicho monto, por lo que en el **RAIS** el hecho que el afiliado complete la edad y reúna las 1300 semanas cotizadas no es razón suficiente para dejar de cotizar a pensión, salvo que acumule el dinero suficiente para la financiación de su pensión, o que opte por la pensión subsidiada.

En sentencia SL5481-2019 con radicación 65084 del 3 de diciembre de 2019, la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, explicó en detalle el asunto. Dijo la Corte:

*“En aras de explicar adecuadamente la anterior, y teniendo en cuenta que la recurrente no se detuvo en el hecho de que estuvo vinculada en el RAIS en la época en la que alega su desafiliación del SGP a partir del marco legal del RPM, es pertinente precisar que estos regímenes pensionales, vigentes en el ordenamiento jurídico y regulados en la Ley 100 de 1993, aunque coexisten y se complementan en algunas de las materias que regulan, son excluyentes y consignan cualidades y diferencias que los definen y les otorgan una naturaleza propia (art. 12 L. 100/93).*

*Una de tales características que los distinguen, en lo que a la pensión de vejez atañe, se encuentra precisamente en las reglas de reconocimiento de esta prestación, temática en la que teniendo una importancia cardinal las figuras legales de desafiliación del sistema, la causación y el disfrute de aquella prestación, esta Corte ya ha tenido oportunidad de precisar que en uno y otro régimen no se sujetan a la misma dinámica ni a iguales disposiciones legales.*

*Así, en la sentencia CSJ SL1168-2019, se puntualizó que en el RAIS, **salvo en lo que tiene que ver con la garantía de pensión mínima**, el disfrute de la pensión de vejez depende de la voluntad libre del afiliado de pensionarse efectivamente, a la edad que escojan (arts. 64 L. 100/93 y 12 D. 1889/94), así como de los recursos o dineros que tenga acumulados en su cuenta de ahorro individual, al paso que en el RPM, el reconocimiento está supeditado al cumplimiento de concretos requisitos de edad y tiempo de servicios, así como la desvinculación del sistema o retiro del servicio en el caso de los servidores públicos, presupuestos que, cumplidos, generan el derecho a la satisfacción íntegra de la pensión desde cuando efectivamente la ley lo autoriza, con independencia del tiempo que transcurra entre ese momento y en el que la entidad de seguridad social resuelva la petición.*

*Así lo explicó la Corporación en la referida sentencia:*

*En efecto, en primer lugar, para la Sala el censor acierta plenamente al hacer un llamado de atención respecto de las cualidades y diferencias de los dos regímenes de pensiones vigentes en el interior de nuestro ordenamiento jurídico.*

*Así, por solo mencionar algunos de los aspectos más relevantes, de acuerdo con las prescripciones de los artículos 31 y siguientes de la Ley 100 de 1993, el régimen de prima media*



con prestación definida – RPM – funciona bajo un esquema de reparto, de corte solidario, en el que los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones, el cubrimiento de los gastos de administración y la constitución de reservas. En este escenario, los asegurados tienen derecho al reconocimiento de prestaciones definidas, que se causan a partir de reglas fijas, centradas en el cumplimiento de ciertos requisitos de edad y de semanas cotizadas y que no dependen, en estricto sentido, del capital acumulado o aportado por cada persona. El artículo 4 del Decreto 692 de 1994 dispone, en ese sentido, que en este régimen “...el monto de la pensión es preestablecido, así como la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización...”.

Paralelo a ello, al tenor de lo dispuesto en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, **el régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS – funciona bajo un esquema de capitalización individual, fundado en el ahorro, de corte más personal y menos colectivo, en el que los aportes se acumulan en una cuenta de ahorro individual que constituye un patrimonio autónomo de propiedad de cada afiliado y que, junto con los rendimientos y el bono pensional, si hay lugar a ello, está destinada a financiar las prestaciones correspondientes. En este preciso escenario, los asegurados tienen derecho al reconocimiento de prestaciones variables, que dependen fundamentalmente de la cantidad de recursos acumulados en las cuentas de ahorro individual y de las decisiones y deseos personales.** Este modelo, en ese sentido, invita a las personas al ahorro y a planear libremente, a partir de su propio esfuerzo, la modalidad de pensión que más convenga a sus necesidades. El artículo 5 del Decreto 692 de 1994 señala al respecto que, en este régimen, “...el monto de la pensión es variable y depende entre otros factores, del monto acumulado en la cuenta, de la edad a la cual decida retirarse el afiliado, de la modalidad de pensión, así como de las semanas cotizadas y la rentabilidad de los ahorros acumulados.”

En concordancia con lo anterior, en lo que a las pensiones de vejez se refiere, **en el RAIS existe una relación de correspondencia necesaria entre el monto de los recursos y el valor de las pensiones, de manera que, salvo en lo que tiene que ver con la garantía de pensión mínima, la existencia misma de la prestación y su valor están definidos, estrictamente, en función del capital ahorrado** (Ver CSJ SL1059-2018). No sucede lo mismo en el RPM, en el que las prestaciones, previamente fijadas y no sometidas a la voluntad del afiliado, así como su monto, dependen del cumplimiento de ciertos requisitos de edad y tiempo de servicios



o semanas cotizadas, independientemente del dinero que se hubiera podido atesorar.

Todo lo anterior permite visualizar otra importante diferencia en lo que tiene que ver con la causación y disfrute de la pensión. En efecto, a pesar de que la Ley 100 de 1993 no tiene normas lo suficientemente expresas al respecto, de la naturaleza y regulación de cada régimen de pensiones es posible extraer las siguientes reglas.

En el RPM la causación y disfrute de la pensión de vejez está sometida a fechas ciertas, establecidas a partir de parámetros fijos, como el cumplimiento de los requisitos, la desvinculación del sistema y el retiro del servicio, en el caso de los servidores públicos. Ello en virtud de que, como lo ha enseñado esta corporación, frente a las pensiones de vejez reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales, en su condición de administrador del régimen de prima media con prestación definida, sigue siendo aplicable la prescripción contenida en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, según el cual “...la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”

(...)

Por su parte, **en el RAIS no puede hablarse de una fecha de causación y disfrute de la pensión, estrictamente fijada, pues, se reitera, salvo en lo que tiene que ver con la garantía de pensión mínima, todo depende de la voluntad libre del afiliado y de los recursos existentes en su cuenta de ahorro individual.** En ese sentido, el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 dispone diáfananamente que los afiliados **“...tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley...”**

A su turno, el artículo 12 del Decreto 1889 de 1994 dispone que “...para los efectos del literal a) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, se entiende que el afiliado cumplió los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez cuando efectivamente se pensione por haber cumplido los requisitos establecidos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993.”

*Ahora bien, aunque en el RAIS no es posible identificar una regla fija e invariable de causación y disfrute de la pensión, lo cierto es que la figura del retroactivo pensional no es del todo ajena a su naturaleza y reglas, pues, en todo caso, existe una fecha cierta a partir de la cual se empieza a pagar la prestación, en función de la voluntad del afiliado y la acreditación del capital suficiente. En ese sentido, una vez reconocida la pensión desde determinada fecha, es a partir de allí que se puede entender configurado el derecho a cualquier pago relativo a la prestación. Un ejemplo de ello está dado en que, en este mismo caso, la pensión fue reconocida por el fondo de pensiones demandado desde el 7 de julio de 2006, cuando se acreditó el bono pensional, pero, como el primer pago se hizo en el mes de marzo de 2007, mientras se resolvía la solicitud, se generó un retroactivo de \$22.630.177. (fol. 25 y 26).*

*Lo anterior daría pie para pensar que cualquier reajuste de la pensión de vejez debería darse desde la fecha de reconocimiento inicial, como lo defiende la parte demandante y lo admitió el Tribunal. **No obstante, para la Corte la procedencia del retroactivo pensional, en este preciso contexto, debe definirse en función de las particularidades de cada caso y, por las especificidades del régimen, debe tenerse en cuenta la forma en la que se hubiera hecho la proyección del capital y la voluntad del afiliado.** (Resaltados originales)."*

De lo expuesto, se pasa a la revisión del expediente, encontrando que en la demanda -hecho 1-, se anuncia que el actor solicitó a su **AFP** el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, petición que efectuó el 10 de octubre de 2011.

Sobre dicha aseveración, ninguno de los documentos aportados al plenario dan cuenta de dicha petición en la fecha indicada en el escrito primigenio; lo que se comprueba de los documentos glosados; es que en dicha fecha -10 de octubre de 2011-, el señor **CASTAÑO ZAPATA** solicitó a su administradora de pensiones en el **RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**; que para tal momento lo era **BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**; el traslado de

régimen, solicitud que no fue acogida por las razones y con las explicaciones que se contienen en el documento visible de folios 21 a 24.

De otro lado, se observa que el 13 de junio de 2012, el afiliado **LEONEL CASTAÑO ZAPATA** solicitó a la misma administradora ya mencionada, la proyección de su pensión de vejez, petición que no resultó a su favor, esto es, no se materializó porque estaba pendiente de emisión del bono pensional que correspondía al hoy demandante. Así se evidencia de la documental que milita de folios 25 a 30.

También milita escrito dirigido al gestor de la acción, en el que la demandada le da respuesta a la petición recibida el 10 de octubre de 2011 (folios 107 y 108), petición que corresponde; según su sello de recibido al escrito fechado el 3 de octubre de 2011 de folios 104 a 106, en el que, entre otras cosas, el demandante le pide a su AFP que calcule a cuánto ascendería su pensión de vejez.

Ahora, la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la Resolución 11585 del 8 de octubre de 2013, en atención a que **BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**, actuando en nombre del señor **LEONEL CASTAÑO ZAPATA**, solicitó la garantía de pensión mínima, por cumplir “*los requisitos de edad y semanas cotizadas*”, reconoció al afiliado la garantía de pensión mínima de vejez, conforme al artículo 65 de la Ley 100 de 1993 -folios 32 a 35 -.

A través de comunicado EPJTP-13-9265, la demandada informó al demandante, en fecha 21 de octubre de 2013, el

reconocimiento de su pensión de vejez a partir del 30 de abril de 2013, en cuantía de un -1- SMLMV y con 13 mesadas anuales-folios 39 y 40-.

Ahora, la prueba documental allegada por la traída a juicio, da cuenta de la solicitud de pensión de vejez que hizo el señor **LEONEL CASTAÑO ZAPATA**, fecha el 30 de abril de 2013 (folio 113 da 121); asimismo, en idéntica data la **AFP HORIZONTE** diligenció el formulario denominado “**SOLICITUD EMISIÓN DE BONO**” y emitió al afiliado constancia del trámite de su petición -folio 131-.

La entidad de seguridad social, con fecha 5 de septiembre de 2013, comunicó al afiliado que no contaba con el capital suficiente para financiar una pensión mínima de vejez, indicándole que por tener más de 1150 semanas acreditadas al sistema general de pensiones, tenía derecho a la garantía de pensión mínima en el régimen de ahorro individual -folios 132 a 134-.

La concesión de la garantía de pensión mínima de vejez otorgada por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, a que se hizo mención con anterioridad, fue informada a la demandada por escrito que ésta recibió el 10 de octubre de 2013, documento al cual se anexó la Resolución 11585 de octubre de 2013 en que se reconoció el mentado derecho; así lo dejan ver los documentos de folios 138 a 142.

Por último, el retroactivo pensional deprecado en este juicio fue pedido a la demandada directamente con fecha 30 de septiembre de 2015, sin obtener resultado positivo a los intereses del señor **CASTAÑO ZAPATA** -folios 145 a 147-.

De las pruebas señaladas se concluye con certeza, que la pensión de vejez que fue reconocida al actor por parte de la demandada, contó con la garantía estatal de pensión mínima, la cual encuentra su fundamento constitucional en el artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, norma que determina entre otros aspectos que *“El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.”*

Dicha Garantía Estatal de Pensión Mínima de Vejez, no es cosa diferente a que el Gobierno Nacional se atribuye la obligación de financiar una parte de la pensión de vejez en los casos en que de acuerdo con la Ley 100 de 1993 los afiliados al fondo de pensiones no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de vejez; esto es, cuando el financiamiento del derecho pensional no está garantizado con los ahorros del afiliado, de manera que el Estado entra a completar la parte que haga falta al afiliado para obtener la pensión por valor de un salario mínimo.

Como lo ha explicado la Corte Constitucional desde sus inicios, en el **REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD – RAIS**, los afiliados no están obligados a cotizar un número de semanas, ni a cumplir una edad determinada para acceder a la pensión de vejez; en este régimen se puede acceder a la pensión de vejez de manera anticipada, siempre y cuando el afiliado cuente con el suficiente capital

ahorrado para financiarse una mesada pensional superior al 110% del salario mínimo; pero si el afiliado al cumplir la edad de 62 años hombres y 57 mujeres, no ha alcanzado a generar la pensión mínima, puede aspirar a que el Fondo de Garantía de Pensión Mínima les complete lo que haga falta para la financiación de dicha mesada, siempre y cuando hayan cotizado mínimo 1150 semanas; lo anterior con fundamento en el principio de solidaridad que rige la seguridad social en Colombia. Así se enseñó en sentencia T-426 de 1992 emanada de la Corte Constitucional.

Y de otro lado, el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, modificatoria de la Ley 100 de 1993, sobre el punto determina:

*“La ley 797 del 2003, señaló: (...) Artículo 14. GARANTIA DE PENSION MINIMA DE VEJEZ. En desarrollo de los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, crease el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como un patrimonio autónomo con cargo al cual se pagará en primera instancia, la garantía de que trata este artículo. El Gobierno Nacional definirá el régimen de organización y administración de este fondo, así como la entidad o entidades que lo administrarán. Los afiliados que a los sesenta y dos años (62) de edad, sin son hombres y cincuenta y siete (57), si son mujeres no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta (1.150) semanas, tendrán derecho a que el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.”*

La anterior norma, cuenta con pronunciamiento contenido en sentencia C-797 de 2004, proferida por la Corte Constitucional, en la que se declaró su inexecutable, sin que ello signifique que se haya declarado inexecutable la existencia del Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual



con Solidaridad, toda vez que se encuentra vigente el artículo 7° de la citada ley y de contera los recursos destinados para tal fin siguen siendo recaudados por las Administradora de Fondos Pensionales y se encuentran en poder de ellas, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 510 de 2003 mientras se expide nueva normatividad sobre el tema.

No obstante, en el caso se ve cómo la Administradora de Fondos Pensionales solicitó a la Oficina de Bonos Pensionales la revisión del caso del actor para la correspondiente expedición de la garantía de pensión mínima; cuando el artículo 83 de la Ley de seguridad social determina con claridad que dicha garantía sólo procede a partir del momento en que se presenta agotamiento de los recursos de la cuenta a nombre del afiliado.

Ciertamente, el citado artículo dispone:

*“(...) Artículo 83. PAGO DE LA GARANTIA. Para las personas que tienen acceso a las garantías estatales de pensión mínima, tales garantías se pagarán a partir del momento en el cual la anualidad resultante del cálculo de retiro programado sea inferior a doce veces la pensión mínima vigente, o cuando la renta vitalicia a contratar con el capital disponible, sea inferior a la pensión mínima vigente.*

*La administradora o la compañía de seguros que tenga a su cargo las pensiones, cualquiera sea la modalidad de pensión, será la encargada de efectuar a nombre del pensionado, los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima.”*

De otro lado, a partir del Decreto 142 de 2006, se estableció el procedimiento que se debe seguir con el fin que las Administradoras de Pensiones soliciten el reconocimiento de la garantía de pensión mínima. En lo que interesa al asunto, se deben allegar los siguientes documentos por parte de la AFP:

- a) *Pruebas de que el afiliado cumplió con la edad: 62 años hombres y 57 años mujeres. Ejemplo: Fotocopia ampliada de la cédula de ciudadanía donde se observe claramente la fecha de nacimiento.*
- b) *Copia de la declaración juramentada del afiliado, en la cual manifieste que los ingresos que percibe mensualmente no superan el límite requerido para acceder a la garantía de pensión mínima. (Artículo 3 del Decreto 832 de 1996).*
- c) *Constancia de la Administradora de Fondos de Pensiones donde se evidencie que la persona ha cotizado como mínimo 1.150 semanas durante toda su vida laboral. Para cuantificar el número de semanas cotizadas, se suman las semanas cotizadas incluidas en el cálculo del bono pensional y las semanas cotizadas al RAIS.*
- d) *Saldo total de la cuenta de ahorro individual del afiliado con corte al día de la radicación de la solicitud en la OBP (valor). Dicha suma estará conformada por el saldo de la cuenta de ahorro individual, que incluye aportes más rendimientos, correspondientes a las cotizaciones obligatorias efectuadas al Fondo de Pensiones(valor/fecha) y el valor del bono pensional emitido y pagado, si es el caso, calculado a fecha de redención normal (valor).*
- e) *Constancia de la Administradora de Fondos de Pensiones donde se manifieste que el afiliado no posee aportes voluntarios y manifestación juramentada del afiliado de que no posee aportes voluntarios en ningún fondo de pensiones y en ninguna otra entidad.*
- f) *Cálculo actuarial de conformidad con la Resolución Número 1875 del 15 de septiembre de 1997 del Ministerio de Hacienda*



*y Crédito Público, efectuado por la Administradora de Fondos de Pensiones, donde se evidencie que el saldo que posee el afiliado en su cuenta individual, no conforma el capital suficiente para financiar la pensión de vejez del mismo. Para el efecto se deberán enviar los soportes que permitan probar en un futuro que el cálculo del capital mínimo se hizo de conformidad con la fórmula establecida en la citada Resolución.*

De acuerdo con lo anterior, la garantía de la que se viene hablando se debe reconocer efectivamente una vez el afiliado cumpla los requisitos de edad (si es hombre los 62 años de edad y si es mujer a los 57 años de edad), pasados cuatros meses luego de radicada la solicitud de pensión en el respectivo Fondo por parte del afiliado conforme al artículo 9 del decreto 142 del 2006, “Por el cual se modifica el Decreto 832 de 1996”, que a la letra dice:

*"Artículo 9º. Mecanismos de pago de la Pensión Mínima de Vejez en el Régimen de Ahorro Individual. Para efectos del presente decreto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público establecerá mediante Resolución, y previa consulta con la Superintendencia Financiera de Colombia, las fórmulas para el cálculo del saldo de una cuenta individual suficiente para cubrir vitaliciamente una pensión mínima, consultando los precios de las pólizas de Renta Vitalicia vigentes en el mercado, el cual se denominará Saldo de Pensión Mínima. Igualmente establecerá las fórmulas para la proyección de saldos de que trata el inciso 3o y, en general, los demás cálculos indispensables para la aplicación del presente artículo.*

***En desarrollo del artículo 83 de Ley 100 de 1993, cuando la AFP verifique, de acuerdo con los anteriores cálculos, que un afiliado que ha iniciado los trámites necesarios para obtener la pensión de vejez reúne los requisitos para pensionarse contenidos en el artículo 64 de la misma, pero el saldo en su cuenta individual es menor que el Saldo requerido para una Pensión Mínima, incluido el valor del bono y/o título pensional, iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión con cargo a la cuenta de ahorro individual, previo reconocimiento de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público del derecho a la garantía de pensión mínima, reconocimiento que se efectuará en un plazo no superior a cuatro (4)***

*meses contados a partir del recibo de la solicitud. En estos casos, la AFP informará a la OBP cuando el saldo de la cuenta individual indique que se agotará en un plazo de un año, con el fin de que tome oportunamente las medidas tendientes a disponer los recursos necesarios para continuar el pago con cargo a dicha garantía (...)”-*

Así las cosas, considera la Sala; luego de revisar el expediente; que desde la petición efectuada por el actor al fondo demandado con fecha 30 de abril de 2013 (folio 113 da 121); el **FONDO** tenía la obligación de realizar la proyección de la mesada pensional del afiliado y solicitar en ese momento al Estado, la garantía de pensión mínima.

Es que no cabe duda que contrario a lo señalado en la demanda, el expediente informa que la petición realizada por el actor a la entidad enjuiciada, fechada el 3 de octubre de 2011; recibida por PORVENIR S.A. el día 10 del mismo mes y año; hizo referencia a un traslado de régimen, no así, como lo pretende hacer ver la parte actora, a una petición de reconocimiento y pago de pensión.

Así las cosas, no se concederá el retroactivo pensional deprecado, pues, se itera, para el 10 de octubre de 2011, lo solicitado por el demandante a la demandada no fue el derecho pensional que creía corresponderle, sino el pretendido traslado de régimen pensional, petición que no puede ser el fundamento para acceder a la pretensión que origina este juicio.

En lo que respecta a los intereses moratorios deprecados, los mismos tampoco son procedentes, pues no se presentó mora o tardanza en la decisión de la demanda frente al derecho pensional pretendido por el actor mediante escrito del 30 de abril de 2013 (folio 113 da 121).

En lo que atañe a la mesada 14, razón le asiste al a quo cuando indicó que la misma no fue objeto de debate en el presente juicio y si bien al juez del trabajo le está dado el interpretar la demanda, también es verdad; contrario a lo dicho por el apelante; que de la lectura atenta de la demanda se desprende el querer del actor de recibir el reconocimiento y pago de la mesada adicional número 14, pues ni la literalidad del escrito primigenio lo menciona, ni ello se desprende con claridad de lo consignado en la demanda; a lo que se suma que en la fijación del litigio nada se dijo sobre el particular, guardando silencio la parte interesada cuando tuvo la oportunidad de cuestionar al Juzgado sobre el particular.

En conclusión, se confirmará en todas sus partes la sentencia apelada y se impondrán costas en esta Sede a cargo de la parte actora, apelante y vencida y a favor de PORVENIR S.A.. Como agencias en derecho se fijará la suma de \$100.000,00.

### **DECISIÓN**

Por lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Valle del Cauca; administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia apelada, la cual se identifica con el número 208 del 18 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Primero Laboral del

Circuito de Tuluá – Valle del Cauca, dentro del proceso de la referencia.

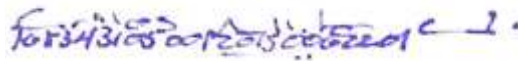
**SEGUNDO: COSTAS** en esta sede a cargo de la parte actora, apelante y vencida y a favor de la demandada. Como agencias en derecho se fija la suma de \$100.000,00.

**Magistrados Sala Cuarta de Decisión Laboral,**



**MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR**

**Ponente**



**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**



**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**

**Firmado Por:**

**MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR**

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

**Despacho 003 De La Sala Laboral Del 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:

**9649bc06a69ec16f19ec23761a49e18d17857be6cdeb34d72  
d083cd5f4655476**

Documento generado en 16/09/2020 02:47:30 p.m.

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**REFERENCIA:** *Apelación de sentencia proferida en proceso ordinario de primera instancia de MARÍA ASCENETH CONTO VALENCIA contra la empresa SUPERSERVICIOS DEL ORIENTE DEL VALLE S.A.  
Radicación Única Nacional No. 76-520-31-05-001-2016-00212-01*

A los dieciséis (16) días del mes de septiembre del año dos mil veinte (2020), se congrega la Sala Cuarta de Decisión Laboral, con el objeto de dictar sentencia escrita, en la que se resuelve el recurso de apelación que obró frente a la sentencia absolutoria dictada en primer grado; conforme a lo reglado en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 junio de 2020.

**SENTENCIA No. 0149**

**Aprobada en acta No. 025**

**ANTECEDENTES**

La señora MARÍA ASCENETH CONTO VALENCIA, pretendió de la empresa APUESTAS ASOCIADAS DE PALMIRA S.A., hoy SUPERSERVICIOS DEL ORIENTE DEL VALLE S.A., que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 2 de enero de 2006 y el 28 de mayo de 2014, y un salario pactado por unidad de tiempo, el cual terminó sin justa causa por parte del empleador; con el reconocimiento y pago de los siguientes conceptos:

1. *“Los salarios causados desde el 2 de enero de 2006 al 28 de mayo de 2014, liquidados con el mínimo legal vigente para cada periodo por valor de \$57.191.333,33.*
2. *El Auxilio de Cesantía causado desde el 2 de enero de 2006 al 28 de mayo de 2014 por valor de \$4.736.344,44.*
3. *Los Intereses de Cesantía desde el 2 de enero de 2006 al 28 de mayo de 2014 por valor de \$550.465,39.*
4. *La Prima de Servicios, de cada semestre, causada desde el 2 de enero de 2006 al 28 de mayo de 2014 por valor de \$4.736.344,44.*
5. *Las Vacaciones, causadas desde el 2 de enero de 2006 al 28 de mayo de 2014 por valor de \$2.130.072,22.*
6. *La Indemnización por despido sin justa causa por valor de \$4.095.356,76.*
7. *La Indemnización por no consignación del Auxilio de Cesantía al Fondo correspondiente, desde el 15 de febrero de 2007, a razón de un día de salario por cada día de mora, hasta el 28 de mayo de 2014 por valor de \$43.052.400,00.*
8. *La Indemnización por no pago de las Prestaciones Sociales al momento de la terminación del contrato de trabajo, a razón de un día de salario por cada día de mora, desde el 29 de mayo de 2014 hasta que se realice su pago por valor de \$15.417.627,67.*
9. *La sanción por no pago de los Intereses de Cesantía, a razón del 100% de los intereses causados al 31 de cada anualidad, por valor de \$1.075.944,00.*
10. *La indexación de la indemnización por despido sin justa causa y los valores correspondientes a vacaciones”.*

Igualmente solicitó el apoderado, *“se condene a la empresa SUPERSERVICIOS DEL ORIENTE DEL VALLE S.A. a pagar al fondo que a la fecha del pago se encuentre afiliada mi mandante, previa aceptación de la entidad de seguridad social respectiva, el valor del cálculo actuarial correspondiente a las cotizaciones dejadas de pagar entre el periodo comprendido entre el 2 de enero de 2006 al 28 de mayo de 2014; lo que resulte probado en fallo ultra y extra petita y las costas del proceso.*

La demanda se sustentó en los siguientes hechos:

*“Mi mandante, la señora MARÍA ASCENETH CONTO, prestó personalmente sus servicios para la empresa APUESTAS ASOCIADAS DE PALMIRA S.A. hoy SUPERSERVICIOS DEL ORIENTE DEL VALLE S.A. desde el 2 de enero de 2006 hasta el día 28 de mayo de 2014.*

*El cargo que desempeñó mi mandante a lo largo de la relación laboral fue*

el de vendedora de apuestas.

Mi mandante prestó sus servicios de manera personal en el punto de venta ubicado en la carrera 10 # 12 - 7 del Corregimiento el Carmelo, Municipio de Candelaria (Valle del Cauca).

Las funciones encomendadas a la señora ASCENETH CONTO eran la venta de chance, la realización de recargas electrónicas, la realización de giros nacionales, la venta de doble chance y de lotería.

Todas las actividades a cargo de mi mandante, con ocasión de su cargo, eran parte del giro ordinario de los negocios de la empresa demandada, toda vez que esta compañía se dedica a “explotación económica de las apuestas permanentes y de toda clase de juegos permitidos y que se llegaren a permitir” (...) “ventas de recargas, tarjeta de recargas, minutos de cualquier operador” (...) y “Envío y recepción de giros nacionales”.

El salario que devengó mi mandante a lo largo de la relación laboral, fue variable, toda vez que dependía de las ventas que realizara quincenalmente, sin embargo, el mismo nunca alcanzó el monto del salario mínimo legal mensual vigente para cada periodo.

Para efectos de calcular el valor del salario que devengaba, la sociedad demandada le fijó una comisión del 6% sobre el valor de las ventas mensuales que realizaba mi mandante.

A pesar de remunerarse bajo un esquema de comisiones conforme al valor de las ventas diarias a mi representada le era exigido el cumplimiento de horarios.

El pago de la remuneración recibida por mi mandante, se hacía cada 15 días, indicándole por correo electrónico el valor a descontar del producido en el puesto de venta. De no alcanzar el valor producido en el día, debía realizar el descuento al día siguiente.

#### *Control y subordinación diaria por parte del Empleador.*

El horario que debía seguir mi mandante por órdenes de la Sociedad demandada era de 7 am a 1 pm y de 3 a 9 pm de lunes a sábado. Los días domingos y festivos le correspondía laborar de 9 am a 5 pm.

Mi mandante debía marcar su hora de ingreso y salida de su puesto de trabajo en el sistema del computador suministrado por la demandada.

La señora ASCENETH CONTO, al finalizar cada jornada laboral, debía llenar un formulario de ventas y guardar en la caja fuerte del punto de venta la totalidad del dinero producido en el día, para entregarlo al día siguiente a la Empresa de seguridad indicada.

Cada vez que se realizaba una operación de venta en el puesto de chance, el recibo impreso quedaba con el número de cédula de mi poderdante, toda vez que era ella quien realizaba la operación.

Como muestra del control ejercido por la Empresa demandada, se tiene que mi mandante le debía reportar la totalidad de movimientos y actividades realizadas durante el día a la señora YULEIDI BARRIO,



quién era la jefe designada por la demandada para la zona en la que se encontraba el puesto de trabajo de mi poderdante.

Diariamente, a mi mandante le era establecida una meta a cumplir respecto de las ventas de chance y lotería.

La señora YULEIDI BARRIO a su vez, debía rendir informe de las actividades de mi poderdante al señor GUSTAVO HERNÁNDEZ, quien era el jefe designado por la demandada para los puestos del Municipio de Candelaria.

Ambos jefes de mi poderdante se encuentran vinculados laboralmente a la sociedad demandada.

Mensualmente, mi poderdante debía asistir a una reunión programada por la empresa demandada, de la cual era notificada por medio de correo electrónico institucional que le era enviado al computador que se encontraba en el punto de venta de chance.

#### FINALIZACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

Desde el mes de marzo de 2014, el señor GUSTAVO HERNÁNDEZ le indicó a mi mandante sobre la obligatoriedad de suscribir el pagaré a favor de la sociedad demandada.

La sociedad llamada a juicio, le solicitó a mi poderdante que suscribiera un pagaré en blanco a favor de ésta, con su respectiva carta de instrucciones.

Mi poderdante decidió no suscribir dicho pagaré en blanco por lo que fue despedida de su trabajo el día 28 de mayo de 2014.

Dicho despido fue realizado por el señor GUSTAVO HERNÁNDEZ, en su calidad de Jefe de Candelaria de SUPERSERVICIOS DEL ORIENTE DEL VALLE S.A.

Al momento de entregar el puesto de trabajo, mi mandante debió firmar un documento en el que constaba el material con el que laboró a lo largo de la relación laboral.

#### Solicitud de conciliación ante el Ministerio del Trabajo.

El día 10 de junio de 2014, mi poderdante solicitó audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo, citando al Representante legal de la llamada a juicio.

El día 15 de septiembre de 2014 se realizó la audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo, a la cual compareció el apoderado judicial de la sociedad demandada.

El señor OSCAR IVÁN HERRERA en su calidad de apoderado judicial de Apuestas Palmira S.A. hoy Superservicios del Oriente del Valle, informó que no le asistía ánimo conciliatorio a su mandataria judicial. Por lo cual se declaró fracasada dicha diligencia.

#### Solicitud de documentos a la empresa demandada.

*En el mes de febrero del presente año, se envió derecho de petición a la empresa demandada, solicitando, entre otras cuestiones, la certificación del tiempo que mi mandante prestó sus servicios a la empresa, los recibos de pago efectuados a mi mandante quincenalmente, las actas de reunión a las que asistió.*

*El 17 de marzo de 2016, SUPERSERVICIOS DEL ORIENTE DEL VALLE S.A., dio respuesta a la solicitud presentada, en la cual indicó que en sus “archivos no figura la persona como empleada o trabajadora con vínculo laboral en algún tiempo.”*

Admitida la demanda, por auto 691 del 26 de julio de 2016, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Palmira, Valle del Cauca ordenó la notificación a la demandada (fl. 70), y corrido el traslado del escrito primigenio, la llamada a juicio presentó respuesta que obra de folios 104 a 109, en la que argumentó respecto a las pretensiones, que entre las partes no existió relación laboral, señalando que el ingreso de la actora “*lo constituía una comisión*” y que la señora CONTO “*no tenía exigencia de horarios*”, lo que conllevaba que no existiera obligación de reconocer y pagar los derechos laborales solicitados. Como excepción de fondo, propuso la de solicitud de lo no debido.

En la fase de juzgamiento, llevada a efecto el 9 de septiembre de 2019, se profirió la sentencia No. 115, en la que absolvió a la demandada; previa determinación de los problemas jurídicos a elucidar: **(1)** Si entre MARÍA ASCENETH CONTO VALENCIA y SUPERSERVICIOS DEL ORIENTE S.A., existió una relación laboral, entre el 2 de enero de 2006 y el 28 de mayo de 2014, o si como lo afirma la demandada, no hubo lugar a vínculo contractual laboral alguno y; **(2)** De llegarse a establecer la existencia de la relación laboral, determinar si la accionante era beneficiaria de los derechos prestacionales que se reclaman.

Y para abordar el examen, se citó la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, para decir que “*la enseñanza jurisprudencial admite que tal presunción no es absoluta y que*

*en efecto para considerarla debe por lo menos estar plenamente demostrado el hecho indicante a que se refiere la norma, esto es, la relación de trabajo personal”; según sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, referida al tema y seguidamente se detalló el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y dijo que de acuerdo con los elementos constitutivos del contrato de trabajo, el expediente revela la inexistencia del mismo, dado que “*existe una prueba de especial preponderancia dentro del proceso que descarta la existencia de la relación laboral que se pregona en la demanda y es la documental aportada por la sociedad llamada al proceso al dar respuesta a la misma obrante del folio 86 a 97 del expediente, que corresponde a las ventas que realizó la demandante por concepto de venta de chance en el lapso comprendido entre el 22 de noviembre de 2011 y el 31 de mayo de 2014, por cuanto que con las mismas se descarta de plano la continuada subordinación o dependencia que eventualmente pudiese haber tenido, ya que se vislumbra que contrario a lo que se afirma, la señora MARÍA ASCENET CONTO VALENCIA, tuvo fue la calidad de colocadora de apuestas independiente, pues no de otra manera se explica que esa actividad la hubiese desarrollado no todos los días de la semana y hubo oportunidades en que las ventas fueron tan irrisorias que no pueden corresponder a una labor que se desarrollara durante más de 12 horas al día, es decir, si hubiese tenido la condición de una trabajadora dependiente, necesariamente en ese control se reflejarían todos los días. Ahora bien, si como se afirma por algunos de los testigos traídos por la parte demandante estaba sometida al cumplimiento de metas, la empresa demandada ante ese incumplimiento hubiese tomado la determinación de darle por terminado el presunto contrato de trabajo, pues resulta elemental**

*concluir que no iba a sostener a una persona que le reportaba mínimas utilidades.”*

*Agregó el a quo que dicho documento goza de total credibilidad, ya que “para descartar cualquier posibilidad de manipulación por parte de SUPERSERVICIOS DEL ORIENTE fue que se adoptó la decisión de practicar diligencia de inspección judicial en los servidores de la empresa, en donde se pudo evidenciar, que no existe la más mínima probabilidad de que pudiesen ser adulterados, ya que los mismos corresponden a documentos de naturaleza pública debidamente controlados por las entidades del Estado encargadas de supervigilar los juegos de azar en Colombia.”*

*Expuso el Juzgado, que en la inspección judicial “se estableció, de acuerdo con lo expuesto por quien la atendió, lo siguiente: **a)** la información les llega a través de unos canales inalámbricos, información que es de carácter privado, la cual es almacenada en una base de datos. **b)** la venta es en línea y en tiempo real desde hace 6 o 7 años. **c)** Esa información es controlada por la Beneficencia del Valle por medio de un contrato de “concedencia” (sic) para explotar los juegos de suerte y azar y la Superintendencia Nacional de Salud, por medio del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar”; que se obtuvo Registro de Ventas realizado por la demandante, que obra de folios 153 a 177 del expediente, en el período comprendido entre el 2 de enero de 2010 y el 31 de mayo de 2014, señalando que quien atendió al Despacho en la mencionada diligencia “fue enfática en señalar que la información que reposa en esos servidores no se puede manipular ni se puede cambiar, porque la misma se debe remitir a los entes de control del Estado y que si se cambia, se estaría adulterando la información que se transmite en tiempo*

*real; que cada vez que se hace una venta de chance, antes de imprimirse la información se replica a la Beneficencia del Valle y también al mismo tiempo va a la Superintendencia Nacional de Salud.”*

*Agregó el Juzgado, que si bien debe primar el principio de primacía de la realidad sobre las formas, “no es menos cierto, que ante una prueba de tal naturaleza, de la que se colige la actividad que de forma detallada ejercía la demandante, no es posible que por ejemplo la prueba testimonial supere una prueba de tal idoneidad, pues equivaldría a poner en tela de juicio los controles que ejercen las entidades estatales, como las enunciadas de vigilar ese monopolio rentístico.”*

Por último, se abordó el tema del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar definido en el artículo 2º de la Ley 643 de 2001, como la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar todas las modalidades de juegos de suerte y azar; y se comentó brevemente, que de habersele entregado a la actora por parte de la demandada un carné, con dicho documento o elemento *“no puede darse por demostrada la relación laboral, pues si lo que pretende probar es que solamente se le expide a quien tiene la calidad de empleado dependiente, esto en todos los casos no es así, pues se conoce de empresas que expiden documentos de tal naturaleza, por razones de seguridad, así esa persona no sea empleado directo, tal es el caso de los empleados en misión, de los miembros de C.T.A., o como sucede en el sub lite, donde se le entrega ese documento a la colocadora de apuestas independientes, para posiblemente generar confianza en los apostadores, pero que igualmente en el mismo se advierte:*

*“Carné perteneciente a colocador independiente vínculo laboral Art. 13 Ley 50 de 1990.”*

Inconforme con la decisión, la parte actora la recurrió en apelación, abogando por la figura del contrato realidad como un desarrollo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Dijo el recurrente, que la decisión se basa única y exclusivamente en una prueba documental, frente a la cual existen ciertas dudas en relación a la forma como la misma se construye y aporta al proceso, *“prueba de ello quedó consignado en la misma inspección judicial, en donde sin ningún tipo de lineamiento, sin ningún tipo de seguridad, simplemente al insertar la memoria USB, el despacho, sin hacer tan siquiera un control de si tenía virus o no, se descargó un archivo en Excel que básicamente se incorpora en el expediente.”*

Adujo el apelante, que en dicha prueba documental, *“también resulta paradójico que algo que se menciona con mucha vehemencia, es el hecho de que la trabajadora no laboró durante 218 días según el histórico del documento; si nosotros contamos los domingos del año 2006 al año 2014, simplemente los domingos para un periodo de esos 9 años, son casi 500 días, es decir que aún cuando se trate de afirmar que la trabajadora no laboró en términos constantes o no prestó servicios de manera constante en la empresa, pues es curioso que ni esos días logran superar lo que correspondía al descanso dominical a que tienen derecho los trabajadores.”*

Adujo el alzado que se pasó por alto que *“un agente colocador de apuestas, solamente puede dedicarse a colocar apuestas*



*permanentes, y del interrogatorio de parte del representante legal de la entidad vinculada al proceso y de las pruebas testimoniales realizadas, se dejó expresa claridad que la señora MARÍA ASCENETH CONTO, no solamente colocaba chances, sino que también le tocaba dedicarse a los giros, a las recargas y a un recaudo de cartera de diferentes ítems, pagos que se hacían a través de este punto; también causa extrañeza que al desechar del todo la prueba testimonial y amparándose solo en un documento, el Juzgado desconozca que de la prueba testimonial que se recogió en el presente proceso, queda claro que la señora ASCENETH CONTO no tenía ningún tipo de autonomía técnica, ni administrativa ni financiera; cuando se consulta al contador, al representante legal y a la persona de sistemas de la organización, todas son enfáticas en señalar que todos los medios de trabajo eran provistos directamente por SUPERSERVICIOS DE ORIENTE y que incluso los gastos fijos del sitio donde la señora MARÍA ASCENETH CONTO prestaba sus servicios asociados al tema del arrendamiento, asociados a los servicios públicos que tenían que pagarse, eran asumidos directamente por SUPERSERVICIOS DE ORIENTE. Sería paradójico que una persona se manifieste abiertamente como un contratista o como un trabajador independiente y primero, no logre hacerse en un mes un salario mínimo y además de eso, en esa independencia, tenga un contratante que se encargue de proveerle todo lo básico que se requiere para la prestación del servicio (...). También es curioso cómo el Juzgado se aparta de lo que es la naturaleza propia del contrato de colocador de apuestas, que en su caso considera una relación mercantil, y no se detiene a mirar si la actividad de la señora MARÍA ASCENETH CONTO es exclusiva o no”, pues al preguntársele a quienes declararon en juicio, concretamente al representante legal de la demandada, si la actora podía vender otra cosa diferente a las*

apuestas, éste respondió que no; por lo que es claro que al hablar de agente colocador de apuestas independientes, es necesario que esa exclusividad no exista y *“en este caso, la exclusividad se materializó.”*

El documento analizado por el *a quo*, a juicio del recurrente, no puede suplir las manifestaciones de cuatro -4- declarantes que dieron cuenta de la prestación personal del servicio de la actora a favor de la demandada, lo que lleva a que en el caso aplique la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que la carga de desvirtuar la relación laboral, fuera lograda por el extremo demandado.

En concordancia con lo anterior, solicitó el apoderado de la parte actora, se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda.

Ejecutoriado el auto que admitió el recurso de apelación y corrido el traslado que ordena el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio del año 2020, con el fin que las partes presentaran alegaciones de conclusión, la parte demandante y apelante expresó que el fundamento de la decisión tomada por el *a quo* fue la diligencia de inspección judicial en la que se señaló por el fallador de instancia; en relación con los documentos recaudados en dicha diligencia; que *“no existía la más mínima probabilidad que pudieran ser adulterados al corresponder a documentos de naturaleza pública controlados por las entidades del Estado. (Minuto 31:00) a. Que la información es en línea y en tiempo real, desde 6 o 7 años anteriores al momento de la inspección judicial (6 de mayo de 2019), es decir, como máximo desde mayo de 2012. b. Esa*



*información es controlada por la Beneficencia del Valle y la Superintendencia Nacional de Salud. c. Se obtuvo el registro de ventas de la demandante desde el 2 de enero de 2010 al 31 de mayo de 2014 (Folios 153 a 167) d. Que la información no se puede modificar o cambiar porque debe ser remitida a los entes de control del Estado. e. Que la venta de cada chance se replica a la Beneficencia y a la Superintendencia Nacional de Salud. Con esta prueba documental considera innecesario realizar un análisis adicional, descartando la totalidad de las pruebas adicionales allegadas al proceso. (33:40-34:00)”*

*Añadió el recurrente, que para el a quo resultó procedente no aplicar el principio de la primacía de la realidad, ya que ninguna otra prueba podía superar la inspección judicial, “en la medida que es un negocio controlado por ser un monopolio rentístico (Min. 34:05- 35:15) (...) Para el Juez, con base en lo anterior, se concluye que la demandante tuvo, en aplicación de la Ley 13 de 1990, una vinculación como colocadora de apuestas permanentes de carácter independiente. (36:15-36:43). Al no haberse demostrado la existencia de la relación laboral.”*

*Recalcó el impugnante, que “En la misma inspección judicial, al tratar de acceder a la información, insertando la memoria del Despacho al servidor, se descarga un archivo de Excel, modificable. -Los días que se argumenta no laboró la colaboradora, no logran superar incluso el total de días de descanso remunerado a los que tenía derecho la trabajadora en vigencia de la relación laboral. -El desconocimiento por parte del juez de que la demandante no solo colocaba apuestas, con exclusividad de la entidad demandada, sino que adicionalmente tenía funciones de realización (de) giros, recargas y recaudo de cartera. -El Juez no tiene en consideración la ausencia de*

*autonomía técnica, administrativa y financiera, en la medida que los medios de trabajo, los gastos fijos del punto de venta, además de ser asignados, eran provistos por la demandada, al igual que la realización de las actividades sólo podía (n) ejecutarse mediante los equipos –Computador-, suministrado por la sociedad Superservicios del Oriente del Valle S.A. -El Juez al aplicar la definición sobre el agente colocador de apuestas independiente, desconoce que la exigencia normativa que permite determinar la independencia o no del agente, se encuentra circunscrita al análisis sobre si sus actividades se desarrollaban con exclusividad, lo cual en el presente caso si existía, en la medida que las actividades de la demandante si eran exclusivas de Superservicios del Oriente del Valle S.A. -Al interpretar el Art. 24 del CST, el Juez yerra al suplir la presunción legal, avalada además por cuatro testigos, el mismo interrogatorio de parte a la demandada, por darle validez sólo a un documento. Y trasladar la carga de la prueba de la existencia de la relación laboral, en el marco del Art. 23 del CST, a la parte demandante.”*

Citó la parte actora jurisprudencia contenida en sentencias del 9 de mayo de 2018 con radicación 56904, emanada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y T-761 de 2004 de la Corte Constitucional; analizando en detalle la prueba recaudada y solicita se revoque la decisión fustigada para que se “ACCEDA a las pretensiones formuladas en el escrito de demanda, declarando la existencia de un contrato realidad entre mi representada y la sociedad Superservicios del Oriente del Valle S.A., que se extendió del 2 de enero de 2006 al 28 de mayo de 2014, que fue terminado sin justa causa y condenando a la demandada al reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales y descansos remunerados causados durante la vigencia de la relación laboral, al igual que las indemnizaciones

*(sanciones) derivadas del incumplimiento de las obligaciones laborales durante la vigencia del mismo, (sanción por no consignación de cesantías y sanción por no pago de intereses a las cesantías), así como las causadas a la terminación del mismo (indemnización por despido sin justa causa y sanción por no pago y liquidación de prestaciones sociales.)”*

Entre tanto, la pasiva y no recurrente analizó la prueba testimonial recaudada y sobre los documentos aportados dijo que *“figuran los registros de la totalidad de ventas o colocaciones realizadas por la demandante desde el día 22 de noviembre de 2009 hasta el día 31 de mayo de 2014, allí se establecen múltiples días que la demandante no acudió a su punto de colocación de apuestas y por esa razón no aparece registro alguno para determinados días; inclusive en dicha relación y obrante al folio 91, días 579 y 580, aparece registrada una ausencia de la demandante, exactamente por dos meses, (aparece resaltado), que sucedió con esta ausencia, ninguna amonestación, ninguna llamada de atención, lo que denota enfáticamente la ausencia de subordinación o jefe encargado de la misma. Es menester remitirnos a esta prueba, toda vez que el apoderado de la demandante, insistió en una diligencia de Inspección Judicial para determinar la veracidad y confiabilidad de este registro y la demostración de los datos allí consignados. Diligencia realizada en fecha de 06 de Mayo de 2020 (sic) en las instalaciones de la sociedad demandada y específicamente en el Departamento de sistemas, donde el Despacho fue atendido por el Ingeniero de Sistemas Guimer López, y se agotó la diligencia ante EL SERVIDOR del sistema, en una sala donde la temperatura oscila en 13 grados centígrados. De esta diligencia el Despacho corroboró la veracidad y la confiabilidad total del*

*sistema y asimiló que los datos y registros aportados al proceso eran documentos totalmente confiables."*

Para la encausada, *"Conforme a las pruebas recaudadas de orden testimonial y documental, quedó demostrado en el proceso que la señora demandante MARÍA ASCENETH CONTO VALENCIA, nunca estuvo vinculada laboralmente, que entre ella y la sociedad demandada no se vislumbró un contrato de trabajo, por lo tanto, no hay demostración de los elementos esenciales del contrato laboral, elementos que son descartados por las pruebas recaudadas. Y que la presunción del artículo 24 del CST., en lo referente al contrato realidad, no fue debidamente demostrada en el acervo probatorio";* y solicitó se confirme la sentencia recurrida.

Por ser de oportunidad, pasa la Sala a decidir lo que en derecho corresponda, previas las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

En virtud al principio de consonancia que rige la segunda instancia, la Sala se centrará en determinar si en virtud al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, entre las partes se presentó un contrato de trabajo que originó los derechos laborales reclamados por la actora; previo análisis del caudal probatorio acopiado y partiendo del hecho indiscutido que la actividad desplegada por la señora MARÍA ASCENETH CONTO VALENCIA fue la de vendedora de chance en un local suministrado por SUPERSERVICIOS DEL ORIENTE DEL VALLE S.A.

Dado que la accionante alega la existencia de un contrato de trabajo y la enjuiciada niega dicha vinculación laboral, se hará referencia al artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que estipula que quien presta servicios personales en favor de una persona natural o jurídica, se presume vinculado a ésta por un contrato de trabajo; presunción que, dada su raigambre legal, puede ser desvirtuada en juicio por el presunto empleador, quien para ello asume la carga de demostrar que si bien se prestaron los servicios, estos no estuvieron signados por el elemento subordinación o dependencia, característico del contrato laboral.

Ahora bien, el artículo 97 A del Código Sustantivo del Trabajo, adicionado por el artículo 13 de la Ley 50 de 1990, dispone:

***“Colocadores de apuestas permanentes. Adicionado al capítulo II del título III parte primera del Código Sustantivo del Trabajo. Los colocadores de apuestas permanentes, al igual que los agentes colocadores de pólizas de seguros y títulos de capitalización, podrán tener el carácter de dependientes o independientes. Son colocadores de apuestas permanentes dependientes los que han celebrado contratos de trabajo para desarrollar esa labor, con una empresa concesionaria. Son colocadores de apuestas permanentes independientes las personas que por sus propios medios se dediquen a la promoción o colocación de apuestas permanentes, sin dependencia de una empresa concesionaria, en virtud de un contrato mercantil. En este evento no se podrán pactar cláusulas de exclusividad.”*** (Resaltas fuera de texto)

Según la norma citada los colocadores de apuestas permanentes pueden ser dependientes o independientes, siendo los primeros

quienes han celebrado contrato de trabajo con la empresa concesionaria y, los segundos, quienes ejecutan la labor de colocación de apuestas de manera independiente en virtud de un contrato mercantil.

Entonces, como quiera que no se presentó discusión acerca de la prestación personal del servicio que realizó la accionante en la venta de apuestas, la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo indiscutiblemente se activa a favor de la señora MARÍA ASCENETH CONTO VALENCIA, como claramente se explica en sentencia SL2736-2018 radicada al número 56904 proferida el 9 de mayo de 2018 por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual sigue la jurisprudencia marcada por la Sala Permanente de dicha Corporación; correspondiendo a esta Sala el análisis de la prueba recaudada para determinar si dicha presunción fue desvirtuada o no por la convocada a juicio, pues la recurrente se queja de la indebida valoración probatoria efectuada en primera instancia.

Así, se advierte que si bien tanto la parte actora como la demandada aportaron varios documentos al plenario, ninguno de los relacionados de folios 13 a 26 y 87 a 99, aportan información relevante a este juicio, pues carecen de firma que demuestre su autoría, para aquellos que corresponden a elementos diferentes a registros fotográficos.

Ahora, el folio 135 enseña comunicación de la Gerencia General de la Beneficencia del Valle, en la que se indica que la entidad es la *“concedente de las apuestas permanentes en el Valle del Cauca, ejerce inspección, vigilancia y control sobre los contratos de concesión suscritos con las empresas concesionarias del Valle del Cauca, en lo referente a la declaración, liquidación y pago de los derechos de explotación y gastos de administración, mes a mes, durante la vigencia del contrato. Las actividades descritas anteriormente no permiten a la entidad involucrarse en el manejo administrativo, propio del concesionario de apuestas permanentes. La obligación legal y contractual del concesionario,*



es reportar en línea y en tiempo real, las ventas diarias; **reporte que no permite establecer qué vendedor realizó la venta, sino la empresa que está realizando el reporte.**

Se obtuvo; a través de diligencia de inspección judicial llevada a cabo el 6 de mayo de 2019 en las instalaciones de la empresa accionada; el documento que obra en formato Excel, reproducido de folios 159 a 183, mismo que al ser comparado con los tantas veces mencionados en el juicio y obrantes en realidad de folios 88 a 99 que fueron aportados por la demandada, guardan total similitud; en dicha diligencia, el funcionario instructor dejó constancia de los participantes en el acto: el apoderado de la parte actora, el abogado de la demandada y quien atendió la diligencia en las oficinas de informática de la empresa SUPERSERVICIOS DEL ORIENTE DEL VALLE S.A., ingeniero GUIMER ANDRÉS LÓPEZ, Director de Tecnología de la convocada.

De esta prueba llama la atención que quien la atendió dijo llevar en la empresa laborando alrededor de diecisiete -17- años, pero tan solo dos -2- como “*director de TI*”, sin señalar, ni ser cuestionado por el o los cargos desempeñados con anterioridad a esas últimas dos -2- anualidades, por lo que en la diligencia no se estableció por qué el ingeniero sabía e indicó que la empresa lleva seis -6- o siete -7- años implementando el sistema de venta de apuestas en tiempo real, si tan solo lleva dos -2- años al frente del área encargada del tema; resta credibilidad a la información recaudada, por al menos no haberse obtenido explicación sobre el particular, el hecho que si la empresa demandada lleva seis -6- o siete 7- años de venta en tiempo real y la diligencia fue efectuada en el año 2019, dicho sistema fue implementado en la empresa para los años 2012 o 2013,

mientras que los reportes de ventas que se presentan para la demandante datan desde el año 2009 cuando se supone que no existía el sistema de venta en tiempo real; esto es, el rango de ventas en tiempo real registrado para la actora debería corresponder, según lo que se entiende del dicho del experto en sistemas, a una fracción de máximo dos -2- años aproximadamente -2012 a 2014, no desde el 2009 como lo enseña la empresa. La anterior conclusión en sana lógica.

Asimismo, para la Sala resta credibilidad a la prueba, el hecho de haberse afirmado categóricamente por el experto en sistemas de la demandada, que el equipo de cómputo era prácticamente impenetrable, afirmando que no podía ser utilizado un dispositivo USB en el mismo, pero al momento de realizar la demostración al Juez, el computador, para sorpresa del mismo ingeniero, reconoció fácilmente el dispositivo extraíble del Secretario del Despacho, lo que dejó en evidencia la viabilidad de que pese a las múltiples claves y mecanismos de seguridad referidas por el experto; quien si se escucha con detenimiento la diligencia de inspección judicial se esmera en explicaciones técnicas de complejidad elevada; el equipo era manipulable, obviamente por el mismo personal de la empresa demandada, como el mismo ingeniero lo reconoció al indicar en su versión que *“de pronto alguna de las personas encargadas que yo tengo, que administran el antivirus, pudo haber habilitado la política para el ingreso de la memoria”*, con lo que se genera duda sobre la teoría inicialmente expuesta de que solamente él podía tener acceso a la información.

Esta teoría de impenetrabilidad del sistema, más adelante con la versión de la señora JAZMÍN BOTERO JIMÉNEZ; quien afirmó que la única forma de garantizar la confiabilidad de la



información es *“mi palabra y la de la empresa”*; resta total certeza al contenido del documento en mención, máxime si se considera que de el solo se desprende el número de cédula, el nombre, unas fechas y unos valores y que con la declaración de la mencionada señora BOTERO JIMÉNEZ, como se analizará más adelante, se evidencia que la información que se envía a los entes de control corresponde a las ventas globales que hace la compañía, o a las apuestas globales que coloca la demandada, no a las que individualmente hacen los colocadores de apuestas.

Es que si bien priman la sana crítica y la libre apreciación de la prueba, así como el respeto absoluto por la independencia de la primera instancia; en el caso bajo estudio la decisión se basó prácticamente en una única prueba que no fue analizada a profundidad, dejándose a un lado la prueba testimonial.

En cuanto a los testimonios, se tiene que el señor WALTER BAQUERO ORTÍZ informó que su último vínculo laboral con la accionada fue desde marzo del año 2007 hasta agosto del 2017, desempeñándose como director comercial; que en ejercicio de ese cargo debía establecer los presupuestos de la empresa, realizar las estrategias comerciales y a nivel interno *“todo lo que tenía que ver con gestión de calidad y brindar informes a la gerencia y a la junta directiva”*; dijo que el nombre de la actora le es muy conocido, porque ella prestaba servicios como colocadora independiente en la zona de Candelaria, sin recordar el tiempo en que lo hizo; narró que la actividad de colocadora de apuestas de la actora consistía en *“un servicio dentro del cual las personas, de forma personal prestan sus servicios como colocadores de apuestas, quiere decir que captan apuestas al público mediante un computador o una maquina portátil”*; que no

recuerda el punto donde la actora estaba ubicada; respecto al cumplimiento de horario, dijo que “dentro de la compañía existen unos horarios que se aperturan para captar las apuestas y obviamente los puntos se aperturan dentro de esos términos, por ejemplo, regularmente, los horarios están habilitados desde las cinco -5- de la mañana hasta las diez -10:00- de la noche, en jornada continua, pero habían situaciones especiales donde por determinadas horas había que habilitar los horarios, ya sea desde las diez -10:00- de la noche, hasta, o sea, no tenían esos horarios de cierre, porque debido a la zona, como lo es Cavasa (...) entonces bajo ese término es que los colocadores independientes pueden vender bajo los tiempos que tiene asignada la empresa para vender”; ese horario depende esencialmente del sector donde esté ubicado el punto de venta; afirmó el declarante, recalcando que el “horario regular” en el que los puntos de venta se encuentran habilitados es de nueve -9- de la mañana a diez y cincuenta -10:50- de la noche, “quiere decir que la señora podía capturar desde las cinco -5- de la mañana hasta las diez y cincuenta -10:50- de la noche”; agregó; frente a la pregunta de si era política de la empresa imponer horario a ese tipo de colocadores de apuestas; que “lo que se hacía era, nosotros en su momento, montábamos promociones, dentro de los cuales, las promociones ayudaran a que en ciertos horarios se impulsara la venta, por ejemplo, nosotros implementábamos promociones como hora feliz en donde al cliente de le daban unos “encimes” para que el cliente ganara más en su premio, entonces en esos horarios pudiera la señora abrir para que el cliente se acercara a ejecutar la venta, pero en efecto si ella no abría no pasaba absolutamente nada”; en relación con la remuneración de la actora, dijo que “se establecía una comisión por ventas, o sea, de acuerdo a la venta, se le pagaba una comisión por esa venta”, sin recordar cuál era

el porcentaje de esa comisión porque “*es diferente, los puntos no tienen un acuerdo fijo como tal, son variables, depende del punto, asimismo es la comisión (...) estaban ubicados entre un 5% hasta un 20%*”; dijo desconocer la razón por la cual la demandante no continuó colocando apuestas; y afirmó que “*dentro de unas de las reformas que se hicieron, todos los colocadores de apuestas que ingresan a prestar servicios deben cumplir con unos requisitos, yo realmente dentro de esos estaba, como ellos manejan el tema del dinero (...) y los diferentes sucesos donde la empresa se vio involucrada en pérdida de efectivo, entonces decidieron implementar pagaré y también que tuvieran fiador*”; informó que el contrato que se tiene con la BENEFICENCIA DEL VALLE debe cumplirse en su totalidad, por tanto, los colocadores independientes deben estar identificados, por eso, en conjunto con la BENEFICENCIA se expedía un carné, señalando que el documento que obra a folio 14 es el que se debía expedir conforme a lo por él narrado, “*pero hace falta el respaldo (...)*”; dijo que los documentos de folios 86 a 99, aportados por la demandada corresponden a un registro de ventas desde el año 2009 hasta el año 2014, el cual evidencia los días en que la demandante efectuó ventas dentro de la compañía, los días en que no hizo colocación de ventas, no aparece registro alguno; manifestó que el día que una colocadora de apuestas no concurre al punto de venta, éste queda cerrado, “*si el colocador designa a otra persona para que venda en su ausencia, pues aparecerá con registro de venta*”; en cuanto a los requisitos para poder hacerse reemplazar por otra persona, dijo el testigo que la colocadora de apuestas “*regularmente ahí dentro del software, es conocimiento del software, con la asesora lo que se hacía era que ellas capacitaban a otras personas para que las pudieran suplir en el momento que no pudieran prestar sus servicios y de igual forma*

debería de cumplir con los requerimientos que son un pagaré y todo"; indicó también, que de los registros de folios 86 a 97 no se puede asegurar que la actora fue reemplazada por otra persona en la prestación de su actividad, "pero sí se logra evidenciar, es que la señora no registra venta en determinadas fechas y pues obviamente al no registrar sus ventas pues obviamente se afecta en sus comisiones"; dijo también que el señor GUSTAVO HERNÁNDEZ cumple funciones dentro de la oficina de la empresa en el municipio de Candelaria, durante el periodo en que el testigo se desempeñó como director comercial de la demandada; preguntado por las funciones que desempeñaba el señor HERNÁNDEZ en la oficina de la empresa ubicada en el municipio de Candelaria, dijo el declarante que dicha municipalidad tiene distintos corregimientos, por lo que la oficina de la empresa en dicho lugar vela porque los premios que se pagan en esos corregimientos se cumplan a cabalidad, "fuera de eso que los recaudos que se hicieran en esos centros de acopio se hicieran dentro de los términos, velar por unos cuadros de estas personas y también el tema de aplicar las diferentes estrategias que tuviésemos en su momento comercialmente"; preguntado acerca de si GUSTAVO HERNÁNDEZ daba órdenes a la demandante, dijo que "dentro de lo que se le asignaba al señor GUSTAVO, estaba el socializar las diferentes actividades, por ejemplo campañas publicitarias, campañas promocionales y a su vez, obviamente, éstas se les informaban a las asesoras en cada una de las zonas, hay que tener en cuenta que (...) Candelaria es tan disperso y tan grande que podía demorarse una -1- semana en visitar las zonas para dar estas capacitaciones (...) órdenes como tales, no"; preguntado sobre los requisitos para que una persona venda chance, dijo que inicialmente se le solicita el RUT, se le hace llenar una planilla para saber quién es la persona y se le indica qué puntos de

venta se encuentran disponibles, o simplemente podían entrar a vender con máquina, pero que “a raíz de los diferentes incidentes que se han presentado”, se tomó la decisión de exigir un pagaré y un fiador “para que las personas en su momento no se apropiaran de los dineros”, añadiendo que es vital que “para poder operar el software de la compañía, obviamente necesita conocer cómo se opera, entonces lo que hacen las asesoras, antes de iniciar labores, se les decía, ésta es la forma cómo se trabaja, licite, si le interesa puede aprender y si le interesa pues obviamente ya puede empezar a vender con la compañía y ellas lo que hacían era acercarse donde sus compañeras, les preguntaban cómo funcionaba y les decían cómo funcionaba el tema del punto de venta”; preguntado sobre si había capacitaciones periódicas, dijo que no era que se tuvieran que capacitar periódicamente como tal, para el testigo era una “retroalimentación periódica”, pues era “la socialización que se hacía sobre las diferentes promociones que sacaba la compañía, porque en cuanto al software, el software no tenía variaciones como tal”; dijo que los productos que colocaba la señora MARÍA ASCENETH CONTO VALENCIA eran “el chance, el cual se tiene en concesión con la BENEFICIENCIA DEL VALLE, a través del punto también se puede vender también lotería, hay otros productos promocionales que no sé si estarán todavía, pero está el doble chance, está paga más, enviaban giros y hacían recargas.”

Preguntado por el abogado de la demandada indicó el testigo, sobre la documental de folios 86 a 97, que en los días en que aparece que no se realizaron ventas por parte de la demandante, “la señora deja de ganar su comisión, pero directamente con la compañía nada, si ella no apertura su punto de venta, el punto queda cerrado y ella no recibe sus ingresos”,

resaltando que no hay llamados de atención ni suspensiones, “porque al no haber una relación laboral, nosotros, no se puede suspender a nadie”; sobre los montos irrisorios de algunas ventas realizadas por la actora, dijo el testigo que la empresa no exigía montos o metas a las colocadoras, puntualmente que “creo que cada uno de nosotros tenemos obligaciones en nuestros hogares y nosotros, pues obviamente ellos, los colocadores independientes dependen de esos ingresos bajo el tema de las comisiones, pues en estos casos, yo podría decir es que el ingreso que llevaría a su casa es mínimo para poder suplir (...)”, indicando que no había sanciones para la demandante cuando “vendía tan poquito”, porque “en estos casos la señora se hubiese retirado, o la empresa hubiese colocado otro asesor allí”; al preguntársele por una ausencia de ventas por espacio de dos -2- meses que se registra en los documentos de folios 86 a 97, indicó el declarante que “durante este tiempo el asesor o colocador independiente no percibe ingresos y pues sanciones como tales, poder determinar, ninguna”, de donde concluyó que la demandante no era subordinada de la empresa, “pues primero porque la empresa tiene, en el momento en que o me retiré, habían más de cuatrocientos -400- puntos, más o menos y unas doscientas veinte -220- máquinas portátiles, más de seiscientos -600- colocadores independientes de apuestas, entrar a supervisar más de seiscientos -600- colocadores de apuestas cuando están dispersos en cuatro -4- ciudades es bastante complicado, por eso no había la parte de subordinación y prácticamente es imposible controlar eso.”

Ante preguntas de la parte actora, el testigo señaló que un punto fijo de colocación de apuestas consiste en “un sitio donde está ubicado como un computador, alguna caja fuerte para que el colocador deposite los dineros y brindarle seguridad y su



*comunicación se hace a través de, ya sea vía radio o vía GPBS”,*  
elementos que son suministrados en comodato a los  
colocadores por la empresa demandada, misma que cancela el  
arrendamiento de los respectivos locales y asigna los puntos;  
dijo que la actividad de giros y recargas que también se realiza  
en los puntos de venta, no es una actividad propia de la  
colocación de apuestas, es una actividad independiente que no  
se encuentra dentro del convenio con la BENEFICENCIA DEL  
VALLE, no tienen nada que ver con la colocación de apuestas;  
ante la pregunta de por qué una colocadora de apuestas de  
carácter independiente, termina realizando otras actividades  
que nada tienen que ver con la colocación de apuestas, dijo el  
testigo que “cuando se amplía el portafolio, pues lo que se busca  
es que tanto la compañía mejore sus ingresos al igual que los  
colocadores independientes de apuestas, quiere decir que bajo  
todo el portafolio que se coloca en los puntos de venta, sobre eso  
recibe el colocador una comisión”; indicó que con cada colocador  
de apuestas al vincularse, se firmaba un documento, “se  
empezó a formalizar la prestación de este servicio a través de un  
contrato de colocación de apuestas” sin recordar la fecha en que  
ello comenzó a realizarse; contestó, al preguntársele si se hacía  
reporte de apertura y cierre de los puntos de venta, que lo que  
se hacía “era que, reporte de apertura y cierre, no, lo que se tiene  
es a qué hora hizo la primera apuesta y a qué hora hizo la última  
apuesta, quiere decir que si en el intermedio de ese tiempo el  
colocador se ausenta, no hay forma de seguimiento”, detallando  
que los colocadores hacen una apuesta inicial para verificar que  
su sistema esté trabajando correctamente, “esa apuesta inicial  
correspondió a un chance de un -1- peso”; preguntado sobre si  
dicha apuesta de un -1- peso era política de la empresa, señaló  
que “como lo dije anteriormente es para el término de la apertura,  
es verificar si el punto le está funcionando correctamente”; como

contador, dijo conocer que los costos fijos de cada punto de venta son *“el valor del arrendamiento que se cancela al propietario del local, la comisión que recibe el colocador, no más”*, así como que en Candelaria el único concesionario adjudicado por la BENEFICENCIA DEL VALLE es SUPERSERVICIOS DEL ORIENTE DEL VALLE S.A.; y que toda la actividad de venta de apuestas que realiza la empresa demandada se tiene a través de colocadores de apuestas independientes.

Se recibió versión de MARIANELLA BANGUERA VIAFARA, quien dijo que desde el año 2004 hasta el año 2014 vendió chance para la empresa demandada, *“desde la libreta”*; actividad que desempeñó de manera portátil, de manera ambulante “iba a las casas”, sin recordar la fecha exacta en que ubicaron los puntos de venta; que en el año 2004 inició con APUESTAS CANDELARIA, luego cambiaron el nombre a APUESTAS PALMIRA, sin recordar la fecha exacta, cambiaban el nombre, el logo y le entregaban carné y camiseta; dijo que la actividad la empezó a ejecutar primero que la demandante, por lo que la conoce ejerciendo la labor desde el año 2008 que la actora empezó ya a vender chance “cuando pusieron los puntos de venta, porque ella sí vendía en computador”; dijo que la señora CONTO VALENCIA se encargaba de vender chance, lotería, recargas, “todo, ella estaba en un punto estable (...), el punto de ella estaba por los lados del parque, yo no sé qué barrio será eso, pero eso siempre ha estado donde una señora Ermencia, siempre los puntos han estado allí, allí fue donde inició el chance, allí era el punto de entrega, allí pusieron una caseta, la dirección es por el parque, pero no sé decirle qué dirección es esa”; manifestó la declarante que en el lugar referido ubicado en inmediaciones del parque, la demandante prestó servicios hasta el año 2014 “que nos sacaron, nos desactivaron”; la actividad referida era



desempeñada por la demandante según la testigo, todos los días “de lunes a lunes y festivos como se dice”; en cuanto al horario, dijo que “desde la seis -6- de la mañana hasta las doce y media -12.30- o una -1- porque ella si tenía que permanecer ahí en su puesto, hasta las nueve -9- de la noche”, horario que era diferente a la forma en que ella –la testigo- laboraba, porque la declarante era ambulante; el horario referido era impuesto por la empresa, “siempre a nosotros, por medio de la secretaria, la muchacha del punto, pero eso ya venía directamente de la empresa, tener un término fijo a las seis -6- de la mañana tocaba abrir, hacer un chance de a peso para saber que ya estaban activadas las máquinas desde ese momento, a partir de ahí ya había que laborar”; dijo que con frecuencia asistía al punto de venta de MARÍA ASCENETH, “casi todos los días, a veces la esperaba a ella para irnos a entregar la venta, lo que se había hecho, porque todos los días tocaba, porque antes de que le dieran a ella una caja de seguridad, nos tocaba irnos hasta el punto en la oficina a entregar lo recaudado”; dijo que el puesto no se podía dejar solo, “tenía que ser que ella pidiera algún permiso, tenía que tener algún reemplazo, de lo contrario no y eso lo sabía pues la muchacha de la oficina, para ella poderse ausentar, tenía que dejar a alguien en caso de enfermedad o que tuviera que salir, pero de resto no, el punto no permanecía solo”; esos reemplazos eran autorizados por la secretaria de la empresa, MARÍA ASCENETH no podía decidir a quién dejaba remplazándola, debía informar a la oficina respectiva, “o muchas veces iba y me pedía el favor a mí si podía o algo, pero tenía que ser, tenía que ir a informar al punto”; narró que hubo una sola oportunidad en que la actora se ausentó por varios días de su punto de venta, “pero eso fue con permiso, que tuvimos una salida, un paseo, pero eso fue con el permiso de la secretaria, de la muchacha de allá que se le otorgó el permiso a ella, ella dejó

su reemplazo, pero nada más”, ausencia que se prolongó por ocho -8- días, sin conocer sobre una ausencia de dos -2- meses; indicó que el motivo por el cual las retiraron de sus labores, obedeció a que no accedieron a firmar un pagaré que se les estaba exigiendo, “entonces yo hice la pregunta que por qué, para mí era muy duro porque yo ambulante, yo les hice la pregunta que en caso que si a mí me robaban o algo que si a mí me tocaba responder de todos modos por eso, entonces el pagaré supuestamente era referente a que si se perdía el dinero teníamos que responder por eso (...) entonces nadie me dio respuesta sobre eso, entonces (...) sin información ninguna nos desactivaron, primero me desactivaron la máquina a mí y sin darme ninguna explicación (...) y a los tres -3- días la sacaron a ella”; sobre lo que ganaban, dijo la testigo que era por comisión, la declarante ganaba un 10% mientras la actora recibía “me parece que al 6%, pues no sé exactamente cuánto le podían pagar a ella porque varía el precio, ella tenía su sueldo y yo tenía mi sueldo (...) un porcentaje, dependía de lo que ella se vendiera al mes”; dijo que cuando ella pasaba por el punto de venta de MARÍA ASCENETH a veces veía que pasaban de la empresa a pasarle revista “a ver de pronto cómo estaban las máquinas, los aparatos, todo, o iban por el dinero recaudado, pero no sé si a ella le pasaban una revista para ver si estaba en el punto, cuando yo pasaba y veía era no más eso, no sé”; respecto a la subordinación, dijo “sí, uno tenía que cumplir unas órdenes de todos los días tenía uno que trabajar, no se podía ausentar uno del puesto, cuando hacían reuniones eran obligatorias, teníamos que ir a las reuniones que nos hacían, que siempre pues nos amenazaban, nos decían que si no cumplíamos nos suspendían o que tal cosa (...) estas órdenes venían directamente de la oficina, nos las decía directamente la muchacha, la secretaria (...) ah, nos ponían también unas metas, teníamos que cumplir con ciertas

metas de que en el día o en el mes teníamos que vendernos tanto, para poder uno, esas eran las órdenes que nos daban"; sino se cumplían con esas metas "nos suspendía, o que no ganábamos los premios" o les decían que tenían que superarse más; que se enteró que la demandante cumplía con las metas porque hasta premios le llegaban, "allá ponían un cuadrito, a ellas les llegaba al computador y les decían bueno quien ganó, quién cumplió la meta", aclarando que todas las veces "no se llegaba al tope que se exigía, pero la mayoría de veces, casi siempre, ella aparecía en los cuadritos porque casi siempre ponían un cuadrito rojo y uno verde de las personas que cumplían las metas y siempre permanecía ella" y que cuando no cumplió con las metas, no sabe qué les decían porque no se enteraba de todo; sabe que aparte de la venta de apuestas, la demandante vendía "recargas, las loterías y hacían giros" sin saber cómo se remuneraba esa parte; en representación de la empresa, la demandante era visitada en su punto de venta por YULY BERRIO que es la muchacha o secretaria de la empresa y don GUSTAVO, ellos eran "los que permanecían pendientes", eran las personas que "siempre iban allá a decirnos qué teníamos qué hacer, pero la verdad, los nombres de otras personas que hayan podido estar ahí no le sé decir (...) sé que don GUSTAVO era el Jefe de Zona y YULY, la muchacha que permanece ahí en el punto, pues la secretaria"; si la demandante no cumplía con el horario "lo suspendían a uno (...) o le cerraban el punto, lo castigaban a uno como se dice"; que la única vez que se enteró que le cerraron el punto a MARÍA ASCENETH fue cuando la sacaron o "le desactivaron la máquina" porque se negó a firmar el pagaré, que fue cuando las sacaron; y que la empresa les mandaba unos "busos" para que ejecutaran la labor, era azul y lo tenían que usar todos los días.

Preguntada por el abogado de la demandante, informó la testigo que la zona asignada a la señora CONTO VALENCIA era en El Carmelo, *“por los lados del parque”, sin poder vender chance o colocar apuestas en lugar diferente a ese punto de venta, “tenía que ser que se dañara de pronto el computador o que la mandaran a ella a otro puesto, pero ya era mandado directamente por la secretaria no porque ella quisiera irse para otro punto, no”*; dijo que para que la empresa se diera cuenta que el punto de venta estaba abierto, las colocadoras tenían que hacer un chance de a peso *“para poderse dar cuenta que a partir de las seis -6- de la mañana el punto estaba abierto”*, lo que era pedido u ordenado por SUPERSERVICIOS; describió el punto de venta de la demandante, el cual lo integraba un computador, un tablero donde se colocaban los resultados, afiche de la lotería, *“cosas referentes a lo del chance”*, cosas que eran de la empresa, no compradas por la demandante *“eran mandadas de allá”*; además, indicó que la señora MARÍA ASCENETH no podía hacer el chance en cualquier computador, *solo en el que se le había asignado para ello por la empresa; la empresa demandada alquila los puntos de venta y “lo pone a uno a trabajar como se dice”*; informó que en *el punto de venta de la demandante se podía hacer chance, lotería y pagar recibos públicos, giros y recargas*; preguntada por la documental de folios 86 a 97, concretamente en lo que tiene que ver con la exigencia de metas, aparecen valores mínimos, dijo que *“para mí, esto es falso, porque es que es un punto que es muy movable, eso se mueve todos los días, pues para mí, yo que le puedo decir con respecto a este libro, yo no puedo decirle estas son las ventas de ella, es lo que ustedes tienen aquí anotado, pero eso es un punto que se mueve mucho, yo no puedo creer que desde las seis -6- de la mañana hasta las nueve de la mañana (sic), un punto que se mueve puede tener una venta de cuatro mil pesos una venta de*

dos mil pesos, eso es lo que ustedes tienen ahí anotado"; sobre los días en que en la misma documentación aparece que la demandante no colocó apuestas, dijo la declarante que *"con respecto a eso, vuelvo y repito, yo no puedo decir, yo siempre la veía en su punto de venta, esto me parece pues a mí ilógico, porque "ASCE" nunca falló a su respectivo trabajo y nunca dejó su trabajo ausente, muchas veces cuando se dañaban los computadores, ellas tenían que reportar, pero no era porque ella dejara todo esto, para mí, esto no concuerda porque ASCENETH nunca la vía que ella dejara su puesto solo, para mí esas cosas no concuerdan."*

En testimonio JAZMÍN BOTERO JIMÉNEZ, dijo ser tecnóloga en sistemas, residir en Palmira y que labora para la demandada desde el 3 de diciembre de 2009 a la fecha de la diligencia, como asistente de informática; teniendo como funciones, entre otras, las de hacer la verificación ante los entes de control, programar el mantenimiento preventivo de los equipos de cómputo de la compañía, de programar los soportes técnicos tanto administrativos como en los puntos de venta, *"parametrización del sistema frente a las asesoras"*, la cual consiste en *"hacer una creación de los datos de las asesoras asignadas a un punto de venta"*; que no conoce a la demandante; que en el sistema quedan registradas todas las ventas que se realizan, registro que queda en la base de datos, explicando cómo opera el sistema frente a la colocación de apuestas que realizan las asesoras, esto es, que cuando las asesoras realizan las ventas, el sistema registra la fecha, la hora y la apuesta hecha; informó que *"la venta en general se replica a la BENEFICIENCIA y a la SUPERSALUD que son nuestros entes de control"*, aclarando que lo que se informa a los entes de control es la venta, mas no la asesora que la realiza, porque es la empresa la que tiene la

concesión con la BENEFICIENCIA; frente al tema de horarios, dijo que la empresa lo que tiene es “contratos de control, mas no un horario de la asesora como tal”, es decir, “la empresa ha definido que tiene un horario de apertura y cierre máximo del punto, mas no de la asesora”, con el fin de resguardar a la empresa para que no hagan ventas después de la hora del sorteo, por ejemplo; preguntada por los documentos de folios 86 a 97, dijo que no es el control al que ella se refiere, aclarando que cuando ella hace referencia al “punto de control” o al “horario de control”, significa que “las asesoras tienen, digamos el punto como tal tiene una apertura posible, que son a las seis -6- de la mañana y un cierre posible que son a las diez -10-, mas ellas pueden cerrar o aperturar a las ocho -8- a las nueve -9- de la mañana, cerrar a las siete -7- de la noche, ya es disponibilidad de la asesora como tal de su venta”, por lo que dichos documentos hacen referencia a los días en que la asesora tuvo venta y el valor de la venta que realizó y que los mismos fueron realizados por la oficina donde la testigo labora, información que fue por ella tomada de la base de datos; preguntada por el grado de confiabilidad de los documentos mencionados, dijo “total” y que los mismos indican que la demandante no reporta ventas diarias, en algunos días no presentó ventas, “la señora pudo haberse ausentado en los días de venta”, haciendo referencia a que la empresa sobre el punto no tomó ninguna determinación, pues la demandante continuó ejecutando su oficio; de noviembre de 2011 a enero de 2012 se presenta una ausencia en ventas de dos -2- meses, preguntada sobre el particular dijo que “no le sabría decir”; que no sabe con exactitud cuál era el punto asignado a la demandante; que la empresa tiene un portafolio de productos, por lo que supone que la actora vendía todos los productos, “mas no es 100% obligatorio que ellos vendan todos los productos, ya ellas se



acoplan a los productos que ellas quieren vender"; sobre la remuneración dijo que tienen un porcentaje de comisión, pero desconoce cuál es el monto de la misma, pues hay variaciones entre las colocadoras, las cuales dependen del departamento comercial de acuerdo al punto de venta; no sabe porqué la demandante no continuó ejecutando su labor; y que inició sus tareas, de acuerdo a los registros, antes del 22 de noviembre de 2009.

Preguntada por el abogado de la demandada, dijo la declarante, que las colocadoras de apuestas tienen flexibilidad de horario para aperturar y cerrar, porque no tienen cumplimiento de horario; señaló que cuando la señora MARÍA ASCENETH CONTO no realizó venta en varios días como aparece en la documental de folios 86 a 97, la empresa no tomó medidas o acciones disciplinarias “ya que como se puede evidenciar, si falta un día al día siguiente vuelve a hacer venta, no hay ningún tipo de medidas adoptadas por la empresa”; dijo que la empresa no imponía metas de ventas a las colocadoras, porque como se refiere en el documento ya enunciado, existen ventas por valores irrisorios.

Interrogada por el apoderado judicial de la actora, la declarante manifestó que el mencionado documento de folios 86 a 97 no cuenta con firma digital que demuestre su autoría; preguntada sobre qué garantiza que el documento en cuestión provenga del sistema y no sea una simple base de datos de Excel, dijo la tecnóloga en sistemas que “esa es la información porque yo la saqué de allí (...) mi palabra y la de la empresa”, sin poder dar explicación técnica sobre qué puede garantizar que el documento referido proviene de la base de datos de la empresa, tan solo ante la intervención del abogado de la empresa, la

testigo repitió lo dicho por éste en el sentido que la información se replica a los entes de control; dijo también que la información replicada a los entes de control es general, por lo que fue cuestionada acerca de por qué o cómo después toman la información de manera individual para cada colocadora de apuestas como lo muestra el documento de folios 86 a 97 a lo que no emitió una respuesta clara; dijo que para construir ese informe lo que hizo fue consultar el “QR” o “QL” donde salen los informes de la venta y “saco el informe y se lo paso al abogado”, por lo que no tuvo ningún tipo de manipulación “las saco directamente del sistema las exporto y se las paso al abogado (...) se saca de una tabla, las ventas que se realizan, con sus fechas”; esa consulta que se realiza la arroja el sistema “en una tabla de la base de datos”, indicando que “se pueden hacer exportaciones en Excel y en otros tipos de formatos”; dijo también que la consulta de esa base de datos que se exporta puede ser modificada y que lo único que garantiza que la que obra en el expediente no ha sido modificada es “mi palabra y la de la empresa”; afirmó que en los puntos de ventas se pueden hacer además colocación de giros y recaudos; preguntada si la empresa cuenta con un mecanismo para controlar la apertura y cierre de los puntos de venta, dijo que “la empresa tiene unos horarios de control de puntos de venta, sí?, entonces, la apertura es a las seis -6:00- de la mañana y el cierre es a las diez -10:00- de la noche del punto como tal, pero la apertura y cierre de la apuesta de la asesora, no se tiene control”; afirmó que dentro de lo que hace el área u oficina en la cual ella trabaja, no existen mecanismos para inhabilitar o suspender a un colocador, pero que en dicha dependencia son los encargados de habilitar e inactivar a los mismos colocadores, inactivación que se da por orden del departamento comercial; SUPERSERVICIOS es la encargada de organizar y programar los equipos de cómputo,



los equipos de SUPERSERVICIOS son los únicos elementos a través de los cuales los asesores o colocadores pueden hacer la actividad y dichos elementos son suministrados por la empresa; los colocadores no pueden realizar la actividad en cualquier punto de venta, deben hacerla en los puntos fijos asignados por la empresa, “porque la empresa realiza unos controles.”

JORGE HERNANDO ANGEL ALADINO, testigo de la parte demandada, expuso que es contador público y trabaja para la accionada desde hace trece -13- años, desde el año 2005, desempeñando los cargos de auxiliar de tesorería, auxiliar contable, asistente de tesorería y director financiero actualmente; que no conoce a la demandante, pero sabe que la misma fue colocadora de apuestas independientes, sin saber el periodo, pero sabe que fue en Candelaria sin saber si fue en un punto fijo; no sabe la razón por la cual la actora dejó de ejecutar su oficio.

Preguntado por el abogado de la enjuiciada, en relación con los documentos de folios 86 a 97, dijo que cuando la demandante dejó de colocar apuestas, como se observa en el mencionado documento, *“no pasa nada, al otro día se reporta común y corriente o, ellas en realidad no tienen como un horario establecido o un día que usted tenga que cumplir, algo como uno que es empleado de la compañía.”* En el caso de la demandante, dijo que la empresa, de acuerdo con el reporte, no tomó ninguna acción; frente a los ítems resaltados con sumas irrisorias, dijo que la empresa no imponía metas a cumplir a las colocadoras, *“las asesoras colocadoras de apuestas, no tienen un cumplimiento de metas de ventas de apuestas, ya que el ingreso de ellas es dependiendo de lo que vendan”*, por lo que nunca fue sancionada por realizar esas ventas tan mínimas; la

demandante no fue subordinada, no tenía jefe inmediato que le exigiera cumplimiento de órdenes; frente a los dos -2- meses en que la demandante no colocó apuestas, dijo el testigo que ante una ausencia en ventas por ese lapso “cuando pasan esos casos, lo que hace la empresa es que busca otro colocador en el punto y la asesora vuelve, puede volver, no sé, a los quince -15- días, a la semana, a los meses, tenemos casos de asesoras que se van por un tiempo y vuelven otra vez a prestar el servicio”, pero no se aplica ninguna sanción.

Ante las preguntas del abogado de la actora, explicó el declarante el contrato que tiene con la BENEFICIENCIA DEL VALLE, recordando que es un monopolio y una explotación del Estado; ate la pregunta de si el concedente les exige unas metas, dijo que “existen unos cumplimientos, como todo contrato”; preguntado acerca de si todos los colocadores de apuestas de la demandada son independientes y como tal no deben cumplir metas de ventas, cómo logra la demandada el cumplimiento de los objetivos que le plantea la concedente BENEFICIENCIA DEL VALLE; contestó que la empresa debe cubrir lo establecido en caso de no cumplirse el monto exigido o pagar la diferencia; los elementos de los puntos fijos son suministrados por la empresa, porque es uno de los puntos a cumplir con la BENEFICIENCIA; dentro del portafolio de la compañía está el negocio de recaudo, recargas y giros, pero ello no hace parte del contrato con la BENEFICIENCIA DEL VALLE y que los agentes colocadores de apuestas que maneja la empresa debe cumplir con las ventas establecidas en el convenio con la BENEFICIENCIA y con los productos del portafolio de la compañía, es decir, también realiza giros, recargas y recaudos, actividades éstas que no están relacionadas con la colocación de apuestas; también expresó que en cada dependencia o agencia

de la empresa hay una persona encargada de SUPERSERVICIOS de asignar los puntos de venta y que los colocadores pueden realizar la actividad en cualquier punto; sobre la apertura de los puntos, dijo que “uno se va dando cuenta durante el día (...) por información que nos llega del recorrido”, recorrido que es hecho por personal de la compañía, pues afirmó que no hay mecanismo o costumbre, sobre el particular; que los gastos fijos de los puntos de venta los asume la empresa; que para lapsos largos, la que asigna el asesor al punto fijo es la empresa; que él no se enteró de los dos -2- meses en que la demandante no presentó venta en su punto y no había forma que los recorridos vieran el punto de venta cerrado por dos -2- meses, agregando que la empresa “tuvo que haber asignado” otra colocadora a ese punto de venta; que las colocadoras podían realizar su actividad sin la firma del mencionado pagaré y que no conoce que se haya inhabilitado el sistema a alguna colocadora por no haber suscrito el pagaré.

También se recibió declaración de parte al representante legal de la demandada, HAROLD LOAIZA CASTAÑEDA, quien dijo que la demandante sí prestó el servicio, pero “de manera personal o a través de interpuesta persona”, sin recordar las fechas entre las cuales lo hizo; indicó que la actora sí estuvo en un punto de venta de la empresa ubicado en El Carmelo, sin conocer la dirección exacta; preguntado por la aparente contradicción entre afirmar que la demandante no prestó personalmente el servicio y aportar documentos obrantes de folios 86 a 97, en los que aparentemente se relacionan las ventas hechas por la señora CONTO VALENCIA; el interrogado explicó que “no hay contradicción en la medida que para el cumplimiento de la Ley 643 y el Decreto 1350, nosotros debemos reportar a los entes de control y para efectos del sistema, debe

reportarse un código, ese código debe tener un nombre, ahora, el código y el nombre aparecen a nombre de ella, pero insisto, es cierto que ella es la dueña de ese código y el nombre, pero la actividad como tal la puede prestar ella directamente o a través de otra persona, una amiga, un primo, un tío (...)"; respecto a la práctica de realizar un chance de a peso y enviar un correo electrónico para reportar la apertura del puesto de venta, dijo que "no existe esa obligación, la mayoría lo hace, en el sentido que quieren saber que el sistema funciona correctamente y que pueden hacer su venta"; que en el punto de venta de la demandante existía un computador al que se ingresaba con un código asignado a la actora y con el mismo la empresa identificaba todas las operaciones que se realizaban en el dispositivo, pudiendo hacer operaciones con su código personal desde otro computador ubicado en otro sitio, siempre que ese computador sea de la empresa; que no se hizo entrega de uniformes; que a las colocadoras no se les asignaron metas de ventas, "sí se tuvieron metas de ventas y a través de las metas lo que se hace es premiar"; manifestó que "en algunos puntos un vehículo de la empresa pasa y recoge el dinero, en otros sitios, el vendedor lleva el dinero hasta el sitio nuestro, la verdad yo no sé, espacialmente no me conozco todos los puntos (...)"; narró que si el valor entregado por la demandante era inferior al registrado en el sistema, ella debía sacar de sus ingresos para cubrir la diferencia, señalando sobre el particular que "cuando ella vende un producto, ese producto es de la empresa, ella obtiene una comisión, como lo obtienen todos y es apenas lógico que debe entregarle a la empresa el producto de la venta (...)"; respecto a si en mayo de 2014 se requirió a la demandante para que firmara un pagaré a favor de la empresa, contestó "no sé, porque en algunos casos, cuando se va a entregar base, dinero en efectivo para realizar las operaciones, pues es apenas lógico que

(...) tengan que firmar un documento que respalde ese efectivo que se está entregando.”

Indagado por el *a quo*, dijo el absolvente que el carné de folio 14 fue expedido a la actora en razón a que “*es una obligación legal de la Ley 643 y del Decreto 1350*”, documento que refiere en su parte posterior que es un colocador independiente de apuestas, aclarando que el aportado al proceso, lo fue de manera parcial; que con el código es que se reporta la información, por lo que la empresa no tiene conocimiento quién hace uso del código, es decir, la demandada no tiene forma de saber cuándo la demandante ha sido reemplazada en su labor por otra persona; afirmó que “*no hay una hora de inicio exacta, señor Juez, pero sí una hora final, toda vez que las loterías el sistema las cierra para la venta o no recibe más apuestas antes de que el sorteo se realice (...)*”, sin indicar dicha hora final, aclarando más adelante, ante pregunta de su abogado, que a las doce y un minuto -12:01- se puede iniciar venta, “*nuestro sistema está programado para que se cierre a las nueve y cincuenta -9:50*”, *para las loterías tradicionales de la noche*; cuestionado por el contenido del documento obrante de folios 86 a 97, dijo que se trata del número de cédula o código con el cual se identifica la persona en el sistema, el nombre de la persona que solicitó se le creara el código en el sistema de la empresa para la operación, la fecha en que la persona hizo la venta “*y al frente aparece el valor de las operaciones que la persona hizo*”; que cuando se hizo el acuerdo para la colocación de apuestas, la demandante contrajo con la empresa, como obligaciones, las de “*recibir una capacitación, pues (...) manejar el sistema (...) recibir la capacitación, ser alfabeto y entregar el dinero de las operaciones*”; si no se colocaban apuestas por parte de la demandante, no había consecuencias, pues era “*una actividad*

*liberal”, en algunas ocasiones “se les llama porque nos preocupa que la persona esté enferma”, pero disciplinariamente no pasa nada; que no sabe puntualmente dónde ejecutaba la labor la demandante; en cuanto a la remuneración, dijo que era por comisión, la cual se pacta en el momento en que la persona pide que le abran un código en el sistema y depende del consenso al que se llegue con la persona en ese momento y que como “ejercen una profesión liberal”, no hay órdenes.*

En declaración de parte MARÍA ASCENETH CONTO VALENCIA, narró; en relación con los documentos de folios 86 a 97; que no entiende por qué hay unos días sin ventas, cuando *“uno, no me podía ausentar sin dejar un reemplazo, cuando lo hacía tenía que dejar un reemplazo y pedirle permiso a la auxiliar de la zona YULY BERRIO, entonces no veo porque ellos han colocado aquí esa cantidad de faltantes”*; preguntada acerca de por qué a folio 91 aparece relacionada una falta de dos -2- meses, del 22 de noviembre de 2011 al 22 de enero de 2012, refirió que *“pues no sé el motivo, antes de trabajar en ese puesto, trabajé en una caseta móvil, donde empecé trabajando, de ahí la trasladaron al Carmelo, porque trabajaba era en las afueras de (...), entonces no veo porque dos -2- meses, cuando ya he dicho que el decir de la empresa es que si uno no entrega beneficios a la empresa, hay más gente que le aporte a la empresa y lo sacan a uno 8...) y en ese tiempo trabajábamos con un código que no era la cédula (...)* nosotros no podíamos faltar y para uno solicitar un permiso tenía que dejar a alguien que supiera los reglamentos de la empresa, que ya hubiera trabajado ahí para poder dejarlo en el punto de venta.”

Preguntada por el Instructor, expresó la actora que a partir de 2 de enero de 2006 que inició a prestar servicios, “no nos ponían



tan altas las metas, antes esa empresa pertenecía a Candelaria, entonces no nos ponían altas las metas y como lo dije anteriormente, cuando yo empecé a trabajar, empecé a trabajar en una caseta, donde trabajé unos meses y después la trasladamos a un punto llamado Telecom, entonces la caseta y hasta el día que me retiré, el punto donde trabajaba se llamaba Telecom Carmelo y luché e hice todo lo posible para que me hicieran un punto de venta porque todos los días tenía que “carriar” con la caseta hasta la oficina principal para poder trabajar, todos los días la trasladaba para poderla llevar al punto donde dejaban que se instalara la caseta, entonces hablé con las personas que habían en ese entonces, GUSTAVO HERNÁNDEZ y otra gente, para que hicieran ese punto, entonces ellos hablaron (...) la fundadora de ese punto en la carrera 10 No. 12-07 de El Carmelo fue MARÍA ASCENETH CONTO VALENCIA”, sin recordar “bien, bien” cuál era el monto de las metas que en ese momento le fijaba la empresa, “nos exigían diario una venta, por ejemplo, si hoy vendíamos 500, nos exigían 520 (...) de la lotería siempre era el billete que teníamos que vender (...), un monto también señor Juez, porque cada producto nos exigían cumplirle una meta”; dijo que la empresa pagaba un arrendamiento por el “pedacito donde se colocaba la caseta”, cuando no había punto de venta; que entre 2006 y 2014 “cuando yo necesitaba un permiso o necesitaba ir al médico tenía que pedir un permiso y dejar a alguien que supiera manejar el computador, que supiera las reglas de la empresa para dejarlo allí para que me reemplazara y eso era muy pocas veces que se pedía ese permiso, porque eso era un problema para que le dieran un permiso a uno (...) el permiso más largo que solicité fue para ir a una excursión en agosto que fue doce -12- días (...) va a ser unos cinco -5- años de eso (...) por ahí en el 2012 (...) que para ese permiso tuve que pedirlo con meses de anticipación y dejar una

niña que ya había trabajado allí, para poder que me otorgaran el permiso”; era reemplazada por JOHANA MEJÍA VACA “ella trabajó en la empresa y tenía el permiso de la empresa para que me reemplazara” y las ventas que esa persona hacía, las realizaba con el mismo código de la demandante, “porque no se podía ingresar ningún otro código”; consultó la demandante documentos de donde narró las ventas por ella realizadas de otros productos, “lo que me ganaba”, así como “Lo que tenía que entregar de recaudos”, agregando que “entonces, en el transcurso del día, por la noche cuando yo imprimía la venta, me aparecía el valor total de lo que me ganaba”, existiendo un porcentaje preestablecido de ganancia sobre las ventas del 6% para “las de venta en computador”; en relación con el horario, dijo la actora que “de lunes a sábado entraba a las siete -7- de la mañana hasta la una -1- de la tarde, o hasta más tarde, pero lo normal era hasta la una -1- de la tarde, cuando me quedaba más tarde era esperando el carro de los valores que llegara a recoger el dinero (...) y de tres -3- de la tarde a nueve -9- nueve y media - 9:30- de la noche, domingos y festivos de nueve -9- de la mañana a cinco -5- de la tarde en hora continua”, horario que fue establecido por la empresa, “llegaban de Palmira, y los que nos daban las órdenes eran el jefe de zona y la auxiliar de la zona”; que el jefe de zona a nivel de Candelaria era GUSTAVO HERNÁNDEZ, quien recibía órdenes de la empresa en Palmira “y nos las hacía llegar a nosotros por computador o por medio de la auxiliar de la zona de El Carmelo era YULEYDY BERRIO”, agregando que “ella o por medio de correo nos llegaban los mensajes de los horarios de entrada a los cuales teníamos antes de ingresar hacer un chance de a peso, para que la empresa se diera cuenta a qué hora ingresábamos y enviar un correo con hora de apertura”; esas órdenes, además del horario, indicaban si había capacitación, si había reunión, “o para decirnos las



*metas o algo era por medio de ellos o más que todo, después, era por medio del computador, donde el señor GUSTAVO HERNÁNDEZ nos hacía llegar las órdenes y todos los comunicados”; informó también, que muchas veces debían ingresar más temprano porque la empresa iba a hacer alguna actualización al sistema, “para poder prender el computador”; y que fue retirada porque no quiso firmar un pagaré, habiendo trabajado en horas de la mañana, pero al llegar al punto de venta a las tres -3- de la tarde, la auxiliar BERRIO la estaba esperando para decirle “usted no puede trabajar más, hasta aquí trabajó y me dijo hágame el favor y me entrega lo que tiene de venta, lo producido hasta ese momento (...) y no puede trabajar más por no haber firmado el pagaré en blanco.”*

En calidad de testigo de la actora NANCY FRANCISCA LONGA dijo conocer a ASCENET “*hace tiempo, hace quince -15- años conozco a ASCENETH*”, conocimiento que se dio “*en su casa*”, que son vecinas del corregimiento San Joaquín; que no ha prestado servicios para la demandada y que sabe que la actora laboró como vendedora de chance “*buena trabajadora, desde que yo la conozco, sí*”, ventas que realizó desde el año 2006, lo que sabe porque “*yo la vengo conociendo a ella desde hace quince -15- años, desde el 2006 ella se dedicó a eso, a su trabajo del chance (...) yo la visitaba, yo iba a hacer chance y cuando yo no podía ir a hacer chance yo le pedía el favor a ella que me lo hiciera*”, indicando que jugaba chance “*todos los días, a veces un-1- día, en la semana que no tenía plata*”; que la apuesta que hacía a diario la efectuaba a las ocho -8- de la mañana porque “*el chontico juega a medio día, a la una -1- y por la tarde, lo iba a hacer a las cuatro -4-, cinco -5-, porque el chontico juega a las siete -7-*”, es decir, apostaba todos los días en la mañana y en la tarde; veía a la demandante desde las siete -7- de la mañana

hasta el medio día, se iba para la casa y *“ella volvía”* de dos -2- o tres -3-, hasta las nueve -9-, lo que sabe porque *“ella hacía el chance en El Carmelo y yo vivía en El Carmelo”*, esa venta de chance era *“en la caseta”*, y vendió chance del 2006 hasta el 2014, lo que recuerda porque la testigo vivió en El Carmelo hasta el año 2013 *“y ahora en estos momentos estoy viviendo en San Joaquín”*; dijo que las veces en que vio a ASCENTH, no vio a alguien más con ella, por lo que no sabe si le daban órdenes y que *“la veía toda la semana (...) de lunes a domingo (...) siempre que pasaba yo la veía a ella (...) nunca la dejé de ver”*; y que si la accionante tuvo otro puesto de venta y fue reemplazada en algún momento, ella no se enteró porque abandonó El Carmelo en el año 2013.

La testigo JAMILETH VARGAS CAICEDO, dijo ser contadora pública, y labora para la demandada desde *“hace trece -13- años y ocho -8- meses”*, en el cargo de directora de riesgos; dijo no conocer a la actora, pero sabe que era colocadora de apuestas por los registros que se tienen en la empresa, actividad que desempeñó en un punto dentro de la zona de El Carmelo, punto que por su labor conoció personalmente, describiéndolo como un lugar que *“queda más o menos a una cuadra de la oficina de nosotros de El Carmelo, es un punto muy pequeño y diagonal está el Telecom”*; que no recuerda las fechas dentro de las cuales la demandante fue colocadora de apuestas, señalando que *“el 99% de los puntos de venta son en arrendamiento que tenemos en bares, en billares, en café internet, en casas en donde nosotros arrendamos un pedacito”*; dijo que no se tienen horarios en los puntos de venta, porque *“todo es de acuerdo a los horarios de las loterías”*, refiriendo el ejemplo de los puntos de CAVASA, en donde las colocadoras abren a las cuatro -4- de la mañana y a las seis -6- de la mañana ya entregan el dinero;

que todos los puntos de venta están habilitados desde las cuatro -4- de la mañana; que la empresa les entrega a los colocadores una camiseta para uso publicitario, para que puedan ser identificados por los clientes; informó, que los colocadores pueden hacerse reemplazar por “*amigos, a su vecina, a su hermana, a la misma hija, le dan el usuario y la contraseña para que puedan utilizar así el uso del servicio*”; que los señores YULEYDY BARRIOS y GUSTAVO HERNÁNDEZ “*son empleados de SUPERSERVICIOS DEL ORIENTE DEL VALLE*”, y que los colocadores, por ser independientes no están sometidos a órdenes, horarios o metas; frente a las planillas en las que aparecen las ventas hechas por la demandante, en lo que tiene que ver con los días en que no aparecen ventas, dijo que “*hay días en que las colocadoras no venden y a veces no nos entregan las llaves del punto de venta entonces nosotros no podemos colocar otro colocador allá, pero normalmente si no aparece es porque no tiene venta alguna.*”

En torno al tema que concita la atención de la Sala; apropiado resulta traer nuevamente a colación la sentencia citada al inicio de estas consideraciones –SL2736 de 2018-, para tomar de ella la siguiente enseñanza de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada por su Sala de Descongestión Laboral:

*“Al efecto, importa recordar que el principio general del derecho *lex specialis derogat legi generali*, o lo que es lo mismo, el principio de especialidad, impone la interpretación de que lo específico prevalece sobre lo genérico, de forma que si los colocadores de apuestas permanentes contaban con una regulación específica, aun cuando ésta no necesariamente entrara en contradicción con las normas del trabajo, sí debía tomarse en consideración no sólo por los falladores de instancia sino por la recurrente interesada en atacar el fallo de segundo grado, y en sede extraordinaria, desde luego, por la Sala. En otros asuntos, ya la Sala ha tenido por aplicable este principio cuando ha habido colisión con los asuntos del trabajo (CSJ STL2242-2017 y CSJ STL11569-2016)”.*

Así, como lo indica la jurisprudencia citada, la existencia del artículo 13 de la Ley 50 de 1990 *“no se antepone o anula la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo que autónomamente mantiene su firmeza.”*

En efecto, explica la Corte, que *“la presunción legal en mención, no es incompatible con la declaración del artículo 13 de la Ley 50 de 1990 y resulta fácticamente posible, como se dijo, que quien fue contratado como agente colocador de apuestas de forma independiente, a fuerza de realidad, hubiera hecho el tránsito a colocador de apuestas dependiente”*.

Partiendo de lo anterior, al analizar las pruebas recaudadas, se encuentra con claridad que de la declaración de parte rendida por el representante legal de la demandada, se logra establecer la prestación personal del servicio realizado por la demandante, cuando al preguntársele si la señora CONTO VALENCIA había prestado personalmente el servicio a favor de su representada, afirmó que dicho servicio se prestó *“de manera personal o a través de interpuesta persona”*, en un punto de venta de la empresa ubicado en El Carmelo, señalando que la actora es la titular de un nombre y un código en la empresa *“pero la actividad como tal la puede prestar ella directamente o a través de otra persona.”*

Y los testimonios acopiados, indiscutiblemente dieron cuenta de la prestación personal del servicio de la demandante como colocadora de apuestas a favor de la demandada; así se desprende de las versiones de WALTER BAQUERO ORTÍZ, quien manifestó que el nombre de la actora le era muy conocido porque ella prestaba servicios como colocadora independiente

en la zona de Candelaria; de la señora MARIANELLA BANGUERA VIAFARA quien afirmó que como compañera de labores, sabe que la demandante vendió chance, reconociéndola en dicha actividad desde el año 2008 “*porque ella sí vendía en computador*”; del señor JORGE HERNANDO ANGEL LADINO, quien dijo por su parte que pese a no conocer a la demandante, como empleado de la demandada sabe que se desempeñó como colocadora de apuestas independientes en el municipio de Candelaria; y de la testigo NANCY FRANCISCA LONGA, quien afirmó que le compró chance a la demandante en el corregimiento de El Carmelo, a diario, desde el año 2006 hasta el año 2013, bien porque en persona fuera hasta su punto de venta a hacerlo o porque la actora se lo hiciera.

Estando demostrada la prestación personal del servicio, recae frente a la demandante la presunción contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, pasándose entonces a establecer si la parte demandada logró desvirtuar dicha presunción, en el sentido de probar que los servicios prestados por la demandante no fueron de carácter subordinado y que tal como lo sostuvo la señora CONTO VALENCIA se desempeñó como dependiente; o, como lo dice la Corte, si la “*demandada demostró haber sujetado la prestación del servicio de la actora a las posibilidades del artículo 13 de la Ley 50 de 1990 en la forma de colocador de apuestas permanentes de forma independiente.*”

En ese sendero, se parte de lo reglado en el citado artículo, que adicionó al Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 97 A, noma que dispone que los colocadores de apuestas pueden tener el carácter de dependientes o independientes, calificando como dependientes a “*los que han celebrado contratos de trabajo para desarrollar esa labor, con una empresa concesionaria*”; mientras

que determina que “Son colocadores de apuestas permanentes independientes las personas que por sus propios medios se dediquen a la promoción o colocación de apuestas permanentes, sin dependencia de una empresa concesionaria, en virtud de un contrato mercantil. En este evento no se podrán pactar cláusulas de exclusividad.”

Al analizar en conjunto las pruebas aportadas por las partes; en especial la testimonial recaudada; la Sala queda convencida de que la señora MARÍA ASCENETH CONTO VALENCIA fue una colocadora de apuestas dependiente de la empresa demandada, razón por la cual le corresponden los derechos laborales que más adelante se determinarán; lo anterior con fundamento en lo siguiente:

Del testimonio rendido por el señor WALTER BAQUERO ORTÍZ, testigo de la empresa llamada a juicio, por el periodo en que la actora prestó servicios, se destaca su afirmación referida a que *“dentro de la compañía existen unos horarios que se aperturan para captar las apuestas y obviamente los puntos se aperturan dentro de esos términos”*, resaltando que la empresa maneja un *“horario regular”*, en el que los puntos de venta se encuentran habilitados, y que se comprende entre las nueve -9- de la mañana y las diez y cincuenta -10:50- de la noche, horario dentro del cual la demandante podía realizar sus ventas y que era claramente determinado por la empresa empleadora; informó también que cuando la colocadora iba a ser remplazada por otra persona, ese reemplazo *“de igual forma debería de cumplir con los requerimientos que son un pagaré y todo”* lo que demuestra que se estaba sometido para tales reemplazos a ciertos parámetros establecidos por la empresa.



Este testigo también narró que GUSTAVO HERNÁNDEZ era empelado de la compañía en la oficina que se tiene en el municipio de Candelaria, y se encargaba de controlar “*que los recaudos que se hicieran en esos centros de acopio se hicieran dentro de los términos, velar por unos cuadros de estas personas y también el tema de aplicar las diferentes estrategias que tuviésemos en su momento comercialmente*”; haciéndose notar sobre éste aspecto, que en su versión MARIANELLA BANGUERA VIAFARA; compañera de actividad de la demandante, refirió al mentado señor HERNÁNDEZ, como la persona encargada de dar órdenes y conceder permisos como jefe de zona, en conjunto con su auxiliar de nombre YURLEYDI BERRIO.

El deponente en referencia, manifestó que como director comercial de la empresa, sabe que el señor GUSTAVO HERNÁNDEZ, en el municipio de Candelaria y sus corregimientos, se encargaba de “*socializar las diferentes actividades*” y que “*antes de iniciar labores, se les decía, ésta es la forma cómo se trabaja, licite, si le interesa puede aprender y si le interesa pues obviamente ya puede empezar a vender con la compañía*”, afirmando que la empresa no hacía capacitaciones periódicas, sino que se trataba de una simple “*retroalimentación*”, y que además de vender chance y apuestas, en el punto de venta de la demandante se “*enviaban giros y hacían recargas*”; informó, que el punto de venta en donde prestó servicios la actora, contaba con elementos que son suministrados en comodato a los colocadores por la empresa demandada, misma que cancelaba el arrendamiento de los respectivos locales y asignaba los puntos, y que la actividad de giros y recargas que también se realiza en los puntos de venta, no es una actividad propia de la colocación de apuestas.

Por su parte, la señora MARIANELLA BANGUERA VIAFARA, compañera de labores de la demandante, dio cuenta clara de los pormenores de la relación que se tenía con la empresa demandada, narrando, entre otros aspectos, que la demandante al iniciar labores tenía que *“hacer un chance de a peso para saber que ya estaban activadas las máquinas desde ese momento, a partir de ahí ya había que laborar”*; que si la misma requería ausentarse del puesto de venta asignado por la empresa, debía solicitar permiso al jefe de zona o a su auxiliar y con el visto bueno de la empresa, se podía conseguir un remplazo aprobado por la empresa, mientras duraba la ausencia de la demandante; que el retiro de la empresa obedeció a que no accedió a firmar un pagaré en blanco; y que por la frecuencia con que visitaba el puesto de venta de la demandante, veía en ocasiones que pasaban de la empresa a pasarle revista, afirmando que *“sí, uno tenía que cumplir unas órdenes”*, detallando en qué consistían las mismas y diciendo que *“venían directamente de la oficina, nos las decía directamente la muchacha, la secretaria (...) ah, nos ponían también unas metas, teníamos que cumplir con ciertas metas de que en el día o en el mes teníamos que vendernos tanto”*; así como que la actora vendía *“recargas, las loterías y hacían giros”* y que YULY BERRIO y GUSTAVO HERNÁNDEZ eran *“los que permanecían pendientes”*, eran las personas que *“siempre iban allá a decirnos qué teníamos qué hacer.”*

En cuanto a los dichos de los testigos de la demandada, llama la atención que la señora JAZMÍN BOTERO JIMÉNEZ, como asistente de informática, indicó ser la persona que elaboró el registro de ventas de la actora; mencionado por el a quo en sus preguntas y en el cual basó su providencia; afirmando que la empresa informa a los entes de control sobre la venta en tiempo



real, más no sobre la asesora que la realiza, pero al indagársele cómo de ese informe general obtiene la información individual o específica de la venta real de cada colocadora, no dio razón clara de su dicho, pues afirmó que el mismo documento no cuenta con firma digital que garantice su autoría y que la única manera de garantizar su fidelidad es su palabra y la de la empresa demandada; asimismo, informó que la empresa cuenta con “*contratos de control, mas no un horario de la asesora como tal*”, es decir, “*la empresa ha definido que tiene un horario de apertura y cierre máximo del punto, mas no de la asesora*”, causando curiosidad el hecho que el punto de venta; por ser un espacio físico con un horario de apertura establecido como lo afirma la testigo; debe ser aperturado o abierto por quien en él vende o a cargo de quién se encuentra, entonces, debe ser dicha persona quien dé cumplimiento a ese horario de apertura marcado por la empresa, pues es ilógico que se asigne un horario de apertura para el espacio físico o punto de venta y no se marque un horario para quien debe atenderlo o abrirlo a dicha hora. También señaló, que por su labor conoce, que en los puntos de venta, además de apuestas, se hace colocación de giros y recaudos; asimismo, que los equipos de SUPERSERVICIOS son los únicos elementos a través de los cuales los asesores o colocadores pueden hacer la actividad y dichos elementos son suministrados por la empresa.

Por su parte, el otro testigo de la demandada, señor JORGE HERNANDO ÁNGEL ALADINO, dijo que ante la ausencia de una colocadora, “*cuando pasan esos casos, lo que hace la empresa es que busca otro colocador en el punto*”, lo que revela el poder de disposición que tiene la empresa sobre los puntos de venta, ratificando así el dicho de la demandante y la testigo BANGUERA VIAFARA, cuando afirmaron que ellas como

vendedoras de chance, al tener que ausentarse de su labor, buscaban las personas que las reemplazarían, recalcando que dichas personas debían contar con el visto de bueno o aprobación de la empresa para poder realizar esos reemplazos; se resalta de esta declaración igualmente, que se indica por el empleado que los elementos de los puntos fijos son suministrados por la empresa y que las colocadoras como la demandante, se encargaban también del recaudo, recargas y giros, pero ello no hace parte del contrato con la BENEFICENCIA DEL VALLE; así como que en cada dependencia o agencia de la empresa hay una persona encargada de SUPERSERVICIOS de asignar los puntos de venta y que a la empresa llega información de los puntos de venta, gracias al recorrido que hace personal de la compañía, por los diferentes locales.

De esta forma, las circunstancias que rodearon la relación entre la señora MARÍA ASCENETH CONTO VALENCIA y la empresa SUPERSERVICIOS DEL ORIENTE DEL VALLE S.A., de acuerdo con lo que se logra extractar de las declaraciones recibidas; mismas que no fueron analizadas por la primera instancia; la cual basó su providencia únicamente en la documental recogida en inspección judicial; indican subordinación jurídica propia de un contrato de trabajo realidad, como quiera que la encartada impuso a la accionante el cumplimiento de jornadas de trabajo en días específicos, le impartió órdenes para la ejecución de su labor y controló la actividad que ésta desempeñaba a su favor, obligándola a vender productos o servicios ajenos a las apuestas o juegos de azar.

Lo que aquí se afirma es suficiente para concluir que de acuerdo con las pruebas que se han analizado, la parte

demandada no logró destruir la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, en razón a que el verdadero vínculo contractual que la unió con la actora, no fue de carácter comercial, sino de tipo laboral regido por un contrato de trabajo realidad.

A esta altura de la providencia se recuerda que la jurisprudencia nacional ha sido enfática en reiterar que en eventos en los que el acervo probatorio se pueda acomodar tanto a la demostración de un contrato de naturaleza distinta a la laboral como a uno de ésta estirpe, debe primar el criterio del juzgador, funcionario que goza de libertad para tomar una decisión conforme a la convicción que se forme de las pruebas y a lo que más claro se muestre en el proceso.

Sobre el punto, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 14 de noviembre de 1996, aplicable en la actualidad, refiere:

*“Debe la Sala recordar, como en ocasiones similares lo ha hecho, que cuando el ataque obedece a error de facto éste tiene que ser ostensible o protuberante, pues sólo el que revista ésta característica puede generar el quebrantamiento del fallo en casación; pero existen casos en los cuales las pruebas evidencian circunstancias que se acomodan a contratos de naturaleza distinta al de trabajo, y a la vez sirven para configurar la relación laboral; ello puede suceder debido a que las diferentes figuras jurídicamente definidas no se encuentran siempre tipificadas de manera tajante, sino que muchas veces un sólo elemento entre varios fija la línea de demarcación, que si en abstracto no ofrece dificultad, en el terreno de los hechos controvertidos y de pruebas diversas y contradictorias, el asunto se torna sutil o dudoso; siendo tan valederas las razones para sostener una tesis, como las que pueden esgrimirse para la opuesta, según el criterio de quien juzgue y aprecie los elementos de convicción arrimados por las partes para demostrar sus respectivas razones. Y ha dicho la Corte que en éstos casos, prima el criterio del juzgador de instancia, quien goza de libertad para decidirse por el extremo que considere mejor probado en el litigio, sin que por ello pueda*

*acusársele de error manifiesto, el cual, lo ha definido la jurisprudencia, es el que aparece tan notorio y grave que pugna a la razón, y sucede cuando el fallador le hizo decir al haz probatorio lo que no expresa, o cuando no vio lo que claramente surge de su texto”.*

Visto lo anterior, se pasa a determinar si existe prueba suficiente para fijar los extremos temporales dentro de los cuales los servicios fueron prestados por la demandante.

En cuanto al tema, se tiene que en la demanda se señaló que la demandante prestó servicios entre el 2 de enero de 2006 y concluyó el 28 de mayo de 2014.

De la prueba recaudada se logra concluir que los servicios de la demandante se enmarcan con claridad entre el 31 de diciembre de 2008 y el 28 de mayo de 2014, si en cuenta se tiene que de la prueba testimonial se logra fijar el extremo inicial antes señalado, mientras el extremo final se contiene en lo afirmado por la demandada al responder el hecho primero del escrito inicial (folio 104), cuando dijo que *“En la empresa existen registros de la Colocación de apuestas permanentes de parte de la Actora a partir del 22 de Noviembre de 2009 y hasta el 31 de Mayo de 2014”*; como pasa a explicarse:

La señora MARIANELLA BANGUERA VIAFARA, quien se anunció como vendedora de chance en el corregimiento El Carmelo desde el año 2004, actividad que realizaba de manera ambulante, dio cuenta pormenorizada de cómo se desempeñaba la actividad desde antes que la empresa demandada llevara el nombre o razón social que hoy la identifica comercialmente; esta testigo manifestó conocer a la señora CONTO VALENCIA desde el año 2008 como vendedora de chance “cuando pusieron los puntos de venta, porque ella sí vendía en computador”,

afirmando que la actividad la realizaba la actora en un punto fijo de la empresa demandada y dando cuenta detallada del punto de venta en donde ejecutaba su labor la señora MARÍA ASCENETH; esta declarante también señaló que la labor fue por ambas desempeñada hasta el año 2014 “que nos sacaron, nos desactivaron”; la razón de su dicho obedeció a que como compañera de labores de la activa, frecuentaba o asistía al punto de venta de ésta “casi todos los días, a veces la esperaba a ella para irnos a entregar la venta, lo que se había hecho, porque todos los días tocaba, porque antes de que le dieran a ella una caja de seguridad, nos tocaba irnos hasta el punto en la oficina a entregar lo recaudado.”

Por su parte la señora NANCY FRANCISCA LONGA narró que le compraba chance a la actora desde el año 2006, a diario, sin dar mayor razón sobre el particular.

De esta forma, la Sala acoge el dicho de la testigo MARIANELLA BANGUERA VIAFARA, quien afirmó saber y compartir con la demandante como vendedora de chance al servicio de la demandada desde el año 2008, anualidad que se encuentra comprendida en la referida en la demanda y en la indicada por la otra testigo (NANCY FRANCISCA LONGA), esto es, ser posterior al año 2006-, dando cuenta detallada de la razón de su dicho; por tanto, en sana lógica se puede afirmar que cuando menos un día del año 2008, la señora MARÍA ASCENTH CONTO VALENCIA prestó servicios como colocadora de apuestas al servicio de la demandada, lo que permite indicar que el extremo inicial de dichos servicios lo fue el 31 de diciembre de 2008.

En cuanto al extremo final de los servicios ya referidos, se tiene; como quedó antes anunciado; que la demanda afirma que fue el

28 de mayo de 2014, encontrando la Sala que al contestar el escrito primigenio la traída a juicio afirmó contar con reportes de ventas de apuestas realizadas por la actora hasta el 31 de mayo de 2014, mientras la testigo MARIANELLA BANGUERA VIAFARA; de quien ya se dijo dio razón suficiente del conocimiento expresado en su declaración,; manifestó que tanto ella (la testigo) como la demandante, prestaron servicios hasta el año 2014.

En este orden de ideas, se tomará como extremo final el indicado en la demanda por estar comprendido dentro del afirmado por la enjuiciada al responder el escrito primigenio, esto es el 28 de mayo de 2014.

Ahora, de la misma prueba resulta que la demandante cumplía una jornada de trabajo superior a la mínima legal y devengaba según las ventas realizadas, pero como quiera que dichos aspectos no lograron determinarse a cabalidad, la Sala para efectos de la liquidación de los derechos laborales, adoptará la jornada máxima legal y el salario mínimo legal mensual vigente en cada una de las anualidades dentro de las cuales prestó servicios la señora CONTO VALENCIA. Para el cometido anunciado no se considerará el auxilio de transporte vigente para cada una de las anualidades en las que la demandante laboró, pues, en primer lugar, el mismo no fue solicitado en la demanda y, además, no se demostró en el juicio que la actora cumpliera los requisitos exigidos por la ley para merecer dicha prerrogativa, pues no se comprobó su necesidad de transporte.

### SALARIOS

En relación con esta pretensión, se tiene que se reclama en la demanda el pago de los salarios causados en el periodo durante el cual prestó sus servicios la actora, pero resulta que la demandante no demostró, como se dijo antes, el valor que recibió como remuneración por las ventas realizadas como colocadora de apuestas, por el periodo en que estuvo vinculada a la empresa demandada, para así poder ordenar el pago del faltante a completar el salario mínimo legal mensual vigente, si es del caso, por lo que esta pretensión por falta de prueba no halla prosperidad.

### CESANTÍAS

Considerando que las cesantías se causan a la terminación del contrato de trabajo, corresponden por este concepto de manera anualizada, los siguientes conceptos y por los siguientes periodos; sin considerar al efecto el auxilio de transporte, en razón a que no se demostró el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para su otorgamiento, a más que no fue solicitado en la demanda.

Por las causadas del 1° de enero de 2009 a 31 de enero de 2009, con un salario mínimo legal mensual vigente para dicha anualidad de \$496.900,00, corresponde dicha suma por el mencionado concepto.

Por las causadas del 1° de enero de 2010 a 31 de enero de 2010, con un salario mínimo legal mensual vigente para dicha anualidad de \$515.000,00, dicho valor será reconocido.

Por las causadas del 1° de enero de 2011 a 31 de enero de 2011, con un salario mínimo legal mensual vigente para dicha



anualidad de \$535.600,00, ese valor se reconocerá a la demandante.

Por las causadas del 1º de enero de 2012 a 31 de enero de 2012, con un salario mínimo legal mensual vigente para dicha anualidad de \$566.700,00, corresponde dicha suma por el concepto aludido.

Por las causadas del 1º de enero de 2013 a 31 de enero de 2013, con un salario mínimo legal mensual vigente para dicha anualidad de \$589.500,00, ese valor se reconocerá a la actora.

Por la fracción corrida entre el 1º de enero de 2014 al 28 de mayo de 2014, con un salario mínimo legal mensual vigente para dicha anualidad de \$616.000,00, corresponde la suma de \$253.244,44.

Así, el total adeudado por la demandada a favor de la demandante por concepto de cesantías, alcanza la suma total de **\$2.703.700,00.**

#### INTERESES A LAS CESANTÍAS

Sobre las cesantías causadas en el año 2009, corresponde la suma de \$59.628,00.

Sobre las cesantías causadas en el año 2010, corresponde la suma de \$61.800,00.

Sobre las cesantías causadas en el año 2011, corresponde la suma de \$64.272,00.



Sobre las cesantías causadas en el año 2012, corresponde la suma de \$68.004,00.

Sobre las cesantías causadas en el año 2013, corresponde la suma de \$70.740,00.

Sobre las cesantías causadas en la fracción del año 2014, corresponde la suma de \$12.493,66.

De esta forma, el total de intereses a las cesantías adeudado a la demandante es de **\$336.937,66**, suma que se ordenará pagar a la demandada en forma total en razón a que el apoderado de la llamada a juicio NO presentó la excepción de prescripción, como se constata del escrito de respuesta a la demanda que milita de folios 104 a 109.

#### SANCION POR NO PAGO DE INTERESES A LAS CESANTÍAS.

Como quiera que este derecho no fue cubierto en oportunidad por la obligada, como sanción por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías, el valor correspondiente por este concepto se doblará, conforme a lo estipulado en el numeral 3° del artículo 2° de la Ley 52 de 1975; es decir, la demandada adeuda a la demandante, la suma de **\$336.937,66.**

#### PRIMAS DE SERVICIOS

Exigibles para cada semestre laborado, pagaderas a más tardar el 30 de junio y el 20 de diciembre de cada año; sin considerar al efecto el auxilio de transporte, en razón a que no se demostró el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para su otorgamiento, a más que no fue solicitado en la demanda;

corresponde a la demandante la suma de **\$2.703.700,00** por las causadas entre el 31 de diciembre de 2008 y el 28 de mayo de 2014, sin que aplique prescripción en razón a la no formulación de la excepción por parte de la enjuiciada.

COMPENSACION EN DINERO POR VACACIONES NO DISFRUTADAS.

Como quiera que está probado que durante la relación laboral, la demandante no disfrutó vacaciones y que si se ausentó de sus labores, fue en virtud a permiso previo de su empleadora, se compensarán en dinero las vacaciones no disfrutadas durante el tiempo en que la señora CONTO VALENCIA prestó servicios personales a favor de la demandada.

En atención al contenido del numeral 3° del artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual reza: *«Para la compensación de dinero de estas vacaciones, en el caso de los numerales anteriores, se tomará como base el último salario devengado por el trabajador»*, se considerará el salario que la trabajadora tenía al día en que terminó su relación laboral.

Por el periodo laborado del 31 de diciembre de 2008 al 30 de diciembre de 2009, con un último salario mínimo de \$616.000,00, corresponde la suma de **\$308.000,00.**

Por el periodo 31 de diciembre de 2009 a 30 de diciembre de 2010 y un SMLMV aplicable de \$616.000,00, corresponde la suma de **\$308.000,00.**

Por el periodo laborado entre el 31 de diciembre de 2010 y el 30 de diciembre de 2011, con un salario mínimo legal mensual

vigente para dicha anualidad de \$616.000,00, corresponde la suma de \$308.000,00.

Por el lapso 31 de diciembre de 2011 a 30 de diciembre de 2012, con un salario mínimo legal mensual vigente para dicha anualidad de \$616.000,00, corresponde la suma de \$308.000,00.

Por el periodo 31 de diciembre de 2012 a 30 de diciembre de 2013, con un salario mínimo legal mensual vigente para dicha anualidad de \$616.000,00, corresponde la suma de \$308.000,00.

Por la fracción corrida entre el 31 de diciembre de 2013 y el 28 de mayo de 2014, con un salario mínimo legal mensual vigente para dicha anualidad de \$616.000,00 y 149 días laborados, corresponde la suma de \$127.477,77.

Así, el total adeudado a la demandante por la demandada, por el concepto señalado es de **\$1.667.477,77.**

### INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO

En relación con esta pretensión, por sabido se tiene que quien pretende su materialización económica, debe demostrar en juicio el hecho del despido de que dice fue objeto, mientras a su contra parte le corresponde probar que la terminación del vínculo laboral obedeció a una justa causa. Así lo viene enseñando la jurisprudencia laboral de tiempo atrás.

En efecto, desde antaño, la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado al respecto, como por ejemplo en sentencia del 11 de octubre de 1997, en la que adoctrinó: *“La jurisprudencia tanto del extinto tribunal supremo como de esta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y éste último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejó de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley.*

*Esta solución jurisprudencial es la jurídica, pues el contrato de trabajo es bilateral y cada parte debe cumplir con sus obligaciones, a menos que la otra incumpla las suyas o se produzca algún otro hecho exonerativo. En el caso sub lite el propio demandado confesó la terminación unilateral del contrato de trabajo, por lo cual no era necesaria ninguna actividad probatoria del demandante para demostrar el despido, y si éste fue justificado, tal comprobación correspondía al demandado”.*

En este orden de ideas, considera la Sala que el hecho del despido del que dice la actora fue víctima quedó demostrado en el proceso; en su interrogatorio, la demandante afirmó que la culminación de sus labores se dio por no acceder a firmar un pagaré en blanco a favor de la empresa, narrando los hechos en el sentido que laboró en la mañana con normalidad y al regresar al punto de venta a las tres -3- de la tarde la auxiliar de zona de apellido BERRIO la estaba esperando y le dijo *“usted no puede trabajar más, hasta aquí trabajó y me dijo hágame el favor y me entrega lo que tiene de venta, lo producido hasta ese momento*

*(...) y no puede trabajar más por no haber firmado el pagaré en blanco.”*

En relación con el punto, la señora MARIANELLA BANGUERA VIAFARA; quien como vendedora de chance o colocadora de apuestas y compañera de labores de la demandante también fue retirada de sus labores por la misma razón que a la demandante – negarse a firmar un pagaré en blanco a favor de la empresa demandada; ratificó el dicho de la actora en el sentido que el no firmar el pagaré en blanco fue el motivo del despido.

Ahora, el hacerle firmar un pagaré en blanco a las colocadoras de apuestas aparece como practica asumida por la empleadora, tal como lo afirmaron los testigos que a favor de la misma demandada concurrieron a rendir su versión de los hechos, quienes narraron cómo para garantizar el dinero de las colocaciones o ventas de apuestas, a las vendedoras se les hacía firmar dicho título valor, tomando así fuerza el dicho de la demandante y de su testigo BANGUERA VIAFARA en el sentido que al negarse ésta y la actora a cumplir con la firma de dicho documento en blanco, sus máquinas fueron desactivadas o deshabilitadas para la actividad de venta de apuestas.

En efecto, si se revisa la declaración de la señora BANGUERA VIÁFARA se observa cómo ésta refiere sobre el particular que al requerirse a ella y a la demandante para la firma del pagaré en blanco *“entonces yo hice la pregunta que por qué, para mí era muy duro porque yo ambulante, yo les hice la pregunta que en caso que si a mí me robaban o algo que si a mí me tocaba responder de todos modos por eso, entonces el pagaré supuestamente era referente a que si se perdía el dinero*

*teníamos que responder por eso (...) entonces nadie me dio respuesta sobre eso, entonces (...) sin información ninguna nos desactivaron, primero me desactivaron la máquina a mí y sin darme ninguna explicación (...) y a los tres -3- días la sacaron a ella”* (se refiere a la demandante aclara la Sala).

De otro lado, la señora JAZMÍN BOTERO, testigo de la demandada, ratificó que en el departamento en el cual presta sus servicios de informática se encargan de habilitar e inactivar a los colocadores, inactivación que se da por orden del departamento comercial; mientras que HAROLD LOAIZA CASTAÑEDA, en representación de la demandada, interrogado acerca de si en el año 2014 se les hizo firmar a las colocadoras de apuestas un pagaré en blanco, respondió que *“es apenas lógico que (...) tengan que firmar un documento que respalde ese efectivo que se está entregando.”*

De esta forma no queda duda del despido del que fue objeto la demandante, sin que la llamada a juicio demostrara que su decisión de finiquitar de manera unilateral los servicios que a su favor prestaba la señora CONTO VALENCIA se hallara amparada por una justa causa, por lo que ha de imponerse la indemnización por despido deprecada, la cual, a tenor de los postulados del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, corresponde a la suma de **\$2.428.477,33** en razón a 118,27 días de indemnización, considerando para el efecto el salario mínimo legal mensual vigente del año 2014.

SANCIONES MORATORIAS DE LOS ARTÍCULOS 65 DEL  
CÓDIGO SUTANTIVO DEL TRABAJO Y 99 DE LA LEY 50 DE  
1990

En relación a estas pretensiones, se debe anotar que las sanciones moratorias, dado su carácter penalizador, no son de aplicación automática y, de todas maneras, en cada caso el juez debe efectuar un juicio de conducta de la parte deudora, referida al momento de la causación de los derechos del trabajador, para de allí concluir si las sanciones se aplican, o existieron motivos de peso que justificaron el no pago de las respectivas prestaciones.

Así lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, criterio jurisprudencial que si bien es cierto sirve de fuente auxiliar del derecho, debe ser considerado por los funcionarios de instancia al momento de proferir las decisiones sobre dicho aspecto, y en el caso de autos con mayor razón, pues por tratarse de una penalidad, ha de mirarse la responsabilidad subjetiva en la omisión, es decir, si operó mala fe, entendida ésta como la intención perversa, deslealtad, doblez, alevosía, conciencia antijurídica al obrar, dolo o convicción íntima que no se actúa legalmente; motivo por el cual se debe escudriñar el fondo de las circunstancias que rodearon la ejecución y terminación del contrato de trabajo, para de allí deducir si la conducta patronal amerita la imposición de la presentada sanción.

En caso, considera la Sala que la empleadora tuvo la convicción de estar unida a la actora a través de la figura de colocadora de apuestas independiente; ello se logra concluir del hecho de que propia demandante era quien buscaba el remplazo en sus

ausencias y estuvo por fuera del servicio para ir a una excursión, ausencias que además nunca generaron sanciones o llamados de atención; al menos de ello no existe prueba, pues la ausencia en las labores se autorizaba con solo dejar remplazo; de la misma manera se comprobó que la demandante portaba carné de identificación que la anunciaba como “colocadora de apuestas independientes”.

En este orden de ideas, estando demostrada la ausencia de mala fe de la demandada, no queda otro camino a la Sala que el de absolver por estas pretensiones.

#### APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Como quiera que el contrato realidad deprecado por la demandante ha encontrado prosperidad en esta instancia y una de las obligaciones del empleador respecto de su trabajador es la afiliación y pago de aportes a la seguridad social, conforme lo reglamenta la Ley 100 de 1993, se ordenará a la demandada que realice los pagos a pensión a favor de la demandante que correspondan por el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 2008 y el 28 de mayo de 2014, en el fondo administrador de pensiones que la señora MARÍA ASCENETH CONTO VALENCIA escoja, con los intereses moratorios que el fondo respectivo determine de acuerdo al cálculo actuarial al que haya lugar, aportes que deberán efectuarse considerando como ingreso base de cotización el salario mínimo legal mensual vigente para cada una de las anualidades comprendidas en el referido periodo.



Costas en primera y segunda instancia, a cargo de la demandada y a favor de la demandante.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** en todas sus partes la sentencia No. 115, proferida el 9 de septiembre de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Palmira, Valle del Cauca, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora MARÍA ASCENETH CONTO VALENCIA contra la empresa SUPERSERVICIOS DEL ORIENTE DEL VALLE S.A., para en su lugar DECLARAR que entre las partes existió un contrato de trabajo realidad en el cual la demandante se desempeñó a favor de la demandada como agente colocador de apuestas dependiente, vínculo que osciló entre el 31 de diciembre de 2008 y el 28 de mayo de 2014, y en consecuencia, CONDENAR a la demandada a pagar a la demandante las siguientes sumas y por los siguientes conceptos:

|                                                           |                |
|-----------------------------------------------------------|----------------|
| CESANTÍAS.....                                            | \$2.703.700,00 |
| INTERESES A LAS CESANTÍAS.....                            | \$336.973,66   |
| SANCIÓN POR NO PAGO DE INTERESES A LAS CESANTÍAS.....     | \$336.973,66   |
| PRIMAS DE SERVICIO.....                                   | \$2.703.700,00 |
| COMPENSACIÓN EN DINERO POR VACACIONES NO DISFRUTADAS..... | \$1.667.477,77 |

INDEMNIZACIÓN                      POR                      DESPIDO                      SIN                      JUSTA  
CAUSA.....\$2.428.477,33

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada a realizar los pagos o a portes a pensión a favor de la demandante que correspondan, por el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 2008 y el 28 de mayo de 2014, en el fondo administrador de pensiones que la señora MARÍA ASCENETH CONTO VALENCIA escoja, con los intereses moratorios que el fondo respectivo determine de acuerdo al cálculo actuarial al que haya lugar, aportes que deberán efectuarse considerando como ingreso base de cotización el salario mínimo legal mensual vigente para cada una de las anualidades comprendidas en el referido periodo.

**TERCERO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante.

**CUARTO: COSTAS** de primera y segunda instancia, a cargo de la empresa demandada y vencida y a favor de la actora. Las de primera instancia, tásense por el Juzgado instructor. Como agencias en derecho en esta sede, se fija la suma de \$200.000.00.

**Comuníquese y Notifíquese** esta sentencia, por inserción en estado electrónico, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 9º del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

**Los Magistrados,**



**MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR**  
**Ponente**

*Carlos Alberto Cortés Corredor*

**CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR**

Salvamento Parcial de Voto

*Consuelo Piedrahita Alzate*

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE**

Aclaro voto

**Firmado Por:**

**MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR**

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

**Despacho 003 De La Sala Laboral Del 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:

**0e99500cffba15dbf44e8df76e767a47a6a7e2c7909ef3a44c6f  
4e5513882506**

Documento generado en 16/09/2020 02:48:31 p.m.

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**REFERENCIA:** *Apelación de sentencia proferida en proceso ordinario de primera instancia de MARÍA ASCENETH CONTO VALENCIA contra la empresa SUPERSERVICIOS DEL ORIENTE DEL VALLE S.A.  
Radicación Única Nacional No. 76-520-31-05-001-2016-00212-01*

***Aclaración de voto***

***Mag. Consuelo Piedrahíta Alzate***

*Debo aclarar mi voto en este asunto, habida cuenta que en otros procesos similares que he firmado como ponente o como integrante de la respectiva sala, se han negado las pretensiones de la demanda; sin embargo, ello ha obedecido a que las pruebas no acreditaban el contrato de trabajo o a que, con sustento en las mismas, se había desvirtuado el elemento subordinación.*

*En este caso sin embargo, como se observa del texto mismo de la providencia, las pruebas aportadas dan cuenta de los tres elementos del contrato laboral, sin que la accionada, contrario a lo expresado por el a quo, desvirtuara el mismo.*

*Es decir, aunque pueden existir procesos, en los que el conflicto ha sido resuelto en forma diversa, ello obedece únicamente al material probatorio aportado, en virtud de lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPTSS en consonancia con el 167 del CGP, que se aplica por remisión analógica en materia laboral.*

*Dejo de esta manera aclarado mi voto.*

*Atentamente,*

*Consuelo Piedrahíta Alzate*

**CONSUELO PIEDRAHÍTA ALZATE**

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

***Referencia:*** Consulta de sentencia proferida en proceso ordinario  
promovido por RUBY ENITH LÓPEZ ARCILA contra BANCAMÍA S.A. -  
Radicación Única Nacional No. 76-520-31-05-002-2017-00288 -02

A los dieciséis (16) días del mes de septiembre del año dos mil veinte (2020), se conforma la Sala Cuarta de Decisión Laboral, con el objeto de resolver por escrito, el grado jurisdiccional de consulta que obró frente a la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, Valle del Cauca; en observancia del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

**SENTENCIA No. 0150**

**Acta de Aprobación No. 025**

**ANTECEDENTES**

La señora RUBY ENITH LÓPEZ ARCILA, demandó a BANCAMÍA S.A, con el fin que se declare que fue despedida ilegal e injustamente y como consecuencia, se ordene el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto establecida en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y las costas procesales –fl. 5-.

Fundamentó sus pretensiones, en que laboró al servicio de BANCAMÍA S.A., entre el 2 de noviembre de 2011 y el 25 de febrero de 2017, fecha en que fue despedida injustamente; que desempeñaba el cargo de Gerente de la Oficina de Palmira, con

una asignación salarial de \$3.161.500.00; que en ejercicio de sus funciones sufrió un accidente de trabajo el 28 de enero de 2017 con trauma en la región del cóccix; que el despido se produjo sin solicitar permiso previo al Ministerio de Trabajo, acorde a los presupuestos de la Ley 361 de 1997; que el despido se causó por su condición de salud y que por encontrarse asociada al sindicato, le correspondía el procedimiento previo antes del despido.

Admitida la demanda, mediante proveído No. 1504 del 6 de septiembre de 2017 (fl. 40), y dada en traslado a la demandada (fl. 41), el Juzgado fijó fecha y hora para adelantar la audiencia concentrada de que trata el artículo 72 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En dicha audiencia, se recibió respuesta a la demanda por parte de la accionada, en la que se rebeló frente a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que la finalización del contrato de trabajo obedeció a la configuración de una justa causa debidamente acreditada, tal como se demuestra de la carta de terminación del nexo laboral; y propuso como excepciones de mérito las denominadas inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de no lo debido, prescripción y buena fe. Seguidamente el Juez instructor tuvo por contestada la demanda, agotó las etapas consiguientes y por último profirió la sentencia No. 130, en la que absolvió a la entidad demandada de los pedimentos que en su contra elevó la señora RUBY ENITH LÓPEZ ARCILA, a quien condenó en costas de primer grado.

Para arribar a la anterior decisión, y sin abundantes consideraciones, concluyó el Juzgado que la señora LÓPEZ ARCILA fue despedida por cometer faltas graves en contra de la empresa, como haber alterado los recibos de peajes para acreditar los gastos de peaje y cobrar los viáticos, pues así lo confesó la misma al absolver el interrogatorio de parte, y aunque la entidad

financiera no sufrió detrimento, si se perdió la confianza para desempeñar el cargo de gerente.

Como quiera que la decisión de primer grado fue totalmente adversa a la demandante, se activó el grado jurisdiccional de consulta, en aplicación del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; y ejecutoriado el auto que admitió la consulta, se corrió traslado común a las partes, para que esgrimieran alegatos de conclusión; conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020; siendo así como la señora RUBY ENITH LÓPEZ ARCILA, reiteró los argumentos expuestos en el escrito de demanda e insistió en que fue despedida sin justa causa imputable a ella, ya que la decisión de despedirla obedeció a que se accidentó en su trabajo y que al momento del despido se basó en el proceso disciplinario cuyos descargos se realizaron el día 3 de enero del 2017; sumado a ello, sostuvo que la procesada, se desconoció que se encontraba beneficiada por la Convención Colectiva, la cual consagra un procedimiento previo al despido (art. 24 C.C.T).

Por su parte, la entidad demandada, BANCAMÍA S.A., solicitó se confirme la decisión de primera instancia e indicó que la terminación del contrato fue por justa causa, conforme lo establece el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, literal a) numeral 6), en concordancia con el artículo 58 del mismo código, numeral 1, y el incumplimiento del reglamento interno de trabajo, en la medida que quedó acreditado que la actora alteró los gastos de peaje, tal y como lo confesó, no solo en los descargos, sino también en el interrogatorio de parte, situación que hizo perder la confianza del Banco.

Con fundamento en los antecedentes narrados, se tomará la decisión que dimanar del grado jurisdiccional de consulta, con arreglo a las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

Corresponde al Tribunal determinar si el contrato de trabajo que unió a las partes en contienda, terminó de manera unilateral y sin justa causa, por parte de la empleadora, como lo afirma la actora o si, por el contrario, el finiquito del ligamen obró por justa causa.

No existe discusión frente a la relación laboral suscitada entre las enfrentadas, pues ello quedó demostrado también con la contestación de la demanda -hecho 1º (fls. 1 y 48), en la que la acusada aceptó los hitos temporales señalados en el escrito inicial, fijados entre el 2 de noviembre de 2011 al 25 de febrero de 2017.

Ahora, para despejar la incógnita planteada, se parte de la premisa según la cual el contrato de trabajo es un acuerdo entre trabajador y empleador que regula los aspectos propios de la prestación del servicio a cargo del primero y de la retribución del mismo por parte del segundo y que una vez concluido el nexo social entre las partes y el ex trabajador demanda la indemnización por despido sin justa causa, le basta con demostrar el hecho del despido y la carga de probar su justificación corresponde al extremo empleador. Al respecto, así se ha pronunciado desde antaño la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

*“La jurisprudencia tanto del extinto tribunal supremo como de esta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el*



*término del contrato, y éste último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejó de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley.*

*Esta solución jurisprudencial es la jurídica, pues el contrato de trabajo es bilateral y cada parte debe cumplir con sus obligaciones, a menos que la otra incumpla las suyas o se produzca algún otro hecho exonerativo. En el caso sub lite el propio demandado confesó la terminación unilateral del contrato de trabajo, por lo cual no era necesaria ninguna actividad probatoria del demandante para demostrar el despido, y si éste fue justificado, tal comprobación correspondía al demandado” (Sentencia del 11 de octubre de 1997).*

Descendiendo al caso bajo análisis, se observa que de folios 91 a 93 del expediente milita contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, suscrito el 2 de noviembre de 2012; copias de la convención colectiva de trabajo -aportada por la demandante- (fls. 25 a 36); reporte disciplinario (fls. 108 a 112); y manual de políticas de viáticos -fls. 178 a 196-.

Respecto al despido del que se dice fue objeto la accionante, se allegó copia de la misiva por la cual la empleadora dio por terminado el contrato de trabajo, con fecha del 25 de febrero de 2016, aduciendo para ello una justa causa. En el contenido del documento que milita de folios 22 y 23, se anuncia:

*“La presente tiene por objeto comunicarle que, luego de evaluar los hechos que a continuación se indican y por los cuales usted fue citada a diligencia de descargos el 03 de enero de 2017 garantizando así su derecho de defensa y que hacen parte integrante de esta comunicación, la empresa ha encontrado justificada, con fundamento en la ley laboral, la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa a partir del momento de entrega de esta misiva, por las razones que a continuación se exponen.*

*Dentro de las obligaciones derivadas de su contrato de trabajo está el cumplimiento de los procedimientos y políticas que tiene la compañía dentro de las cuales se encuentran el Código de Conducta y Ética, Reglamento Interno de Trabajo, Manuales, Manual de Convivencia,*

*Reglamentos, Procedimientos y Circulares que conforman los Sistemas de Administración de Riesgos de Crédito, Operativo, Control Interno, Atención del Consumidor, documentos que usted debe conocer como trabajador de Bancamia.*

*En ese sentido, le manifestamos que los hechos que fundamentan nuestra decisión corresponden a que Bancamia S.A., logró comprobar irregularidades en la legalización de viáticos, a través de los peajes de Uribe 01011051 los días 05/11/2016, 18/11/2016, 21/11/2016, 18/10/2016 y 22/10/2016. C101162337 los días 8/10/2016 y 10/10/2016. 01A1590335 los días 8/10/2016 y 10/10/2016; así mismo mediante los peajes de Cerrito No. 03603019 en fechas 05/11/2016 y 18/10/2016. No. 00649741 en fechas 8/10/2016 y 10/10/2016.*

*Así las cosas, la entidad pudo evidenciar que los comprobantes de pago de peajes por usted entregados con el objeto de legalizar viáticos de transporte fueron presuntamente manipulados en cuanto a las fechas de expedición de los mismos.*

*Aunado a lo anterior, le manifestamos que los hechos que fundamentan nuestra decisión corresponden a que usted ha incumplido con sus funciones y responsabilidades como Gerente, pues tal como usted confesó en la precitada diligencia de descargos, al reconocer que "se procede a colocar la fecha en los que tenía que, si se veían, "ingenuamente se me ocurrió ponerles la fecha a unos que si se veían y así lograr el retorno de los recursos ..."*

*Por lo anterior, los hechos narrados constituyen una clara inobservancia a las responsabilidades que tiene usted como colaborador del banco en el cumplimiento de las normas, leyes y reglamentos de la empresa y los lineamientos generales de conducta aplicados a todo el personal.*

*Por ende, es claro que usted incumplió gravemente con sus obligaciones legales y contractuales y especialmente con aquellas que se encuentran consagradas en las siguientes disposiciones:*

*Reglamento Interno de Trabajo -Artículo 47 Numeral 1 "(...) Desarrollar sus funciones, ejecutar sus labores y actuar permanentemente con la conciencia que prestan sus servicios a una institución financiera, sometida a la regulación, intervención e inspección del estado; cuya actividad es de interés público; por lo cual deben obrar siempre bajo los principios de buena fe, honestidad, transparencia, lealtad, responsabilidad, reserva, confidencialidad, respeto y estricto cumplimiento de las disposiciones legales dentro de su más amplia concepción."*

*Código de conducta y ética: Numeral 3.4 Honestidad: “(...) Las actuaciones de los directivos, administradores y colaboradores deberán llevarse a cabo con honradez, observando no sólo los límites de lo que está permitido o prohibido, sino que debe orientarse hacia el deseo de hacer mejor las cosas y de evitar cualquier tipo de oportunismo, engaño o intenciones alejadas de la misión de Bancamía (...).”*

*Manual de Políticas de Viáticos inciso F Transparencia “(...) La planeación, autorización, ejecución y control de los gastos a los que se refiere el presente Manual, deberá estar soportada en información fidedigna, ajustada a la realidad y suficientemente documentada (...).”*

*Manual de prácticas No autorizadas, Artículo 6.2.1 Colaboradores en General. Numeral 20 “(...) Falsificación de firmas y /o documentos (...)” Así las cosas, los anteriores hechos constituyen justa causa, para la terminación de su contrato de trabajo de conformidad a lo preceptuado por el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, literal a), numeral 6), en concordancia con el Art. 58 del Código Sustantivo del Trabajo, numeral 1.*

*Así pues, se procederá a liquidar sus prestaciones sociales y demás derechos laborales, pago que podrá reclamar en las oficinas de la empresa después de realizar entrega del respectivo paz y salvo. Así mismo, el área de nómina, le hará entrega de la orden para el examen médico de egreso y también se le hará entrega de los comprobantes de aportes a la seguridad social (EPS, AFP, ARL) y parafiscales correspondientes a los tres últimos meses anteriores a la fecha de su desvinculación, certificación laboral y carta para el retiro de cesantías.”*

De conformidad con lo anterior, se verificará si el empleador cumplió con la carga impuesta por la jurisprudencia, relativa a demostrar la existencia de la justa causa que motivó el ocaso del nexo laboral que la ataba a la accionante y que fue calificada como indebida y violatoria del numeral 6° del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, el numeral 47 del Reglamento Interno del Trabajo y el literal f) del artículo 6° del Manual de Políticas de Viáticos.

DECLARACIÓN PARTE DE LA ACTORA (mm. 00:53:48 a 01:10:22). Expresó que le cancelaron el contrato de trabajo después de un accidente laboral, pero que antes le adelantaron diligencia de descargos; precisó que trabajó en Tuluá y le pagaban viáticos, tales como peajes, gasolina y comida; después viajó al municipio de Palmira por espacio de seis -6- meses y debía hacer el reporte en el sistema de BANCAMÍA; que en el mes de diciembre le llamaron la atención por el costo de los viáticos y al verificar el soporte de dichos gastos, encontraron que el sistema no cargaba el adjunto; que al tiempo le solicitaron los peajes, a lo que manifestó que no los tenía todos y otra parte la tenía guardada y que *“en diciembre me pidieron los peajes, no me dieron otra opción para legalizar, ya había perdido varios, entonces yo cogí, habían muchos borrados porque es un papel especial y se borra, entonces yo pregunté que se me borrarán y cogí el adjunto, no me dieron ninguna otra opción, entonces yo cogí los que si se veían, yo no nunca vi una mala fe, nunca me he quedado con un peso que no sea mío, los gastos que yo hice desde Roldanillo hasta Palmira utilice mi carro, como no me dieron otra opción, entonces cogí los que si se veían ingenuamente y los reporté como si fueran los que hacían falta, estaban todos más lo que yo había cogido”*; agregó la accionante, que no tuvo testigo de su parte al momento de la diligencia de descargos; que conoce las políticas de viáticos y finalmente aceptó que en la diligencia de descargos adelantada por la procesada cambió la fecha de los peajes para legalizar los viáticos.

TESTIMONIO DE BEATRÍZ ELENA BONILLA (mm. 01:10:57 a 01:15:12); en su condición de Especialista de Relaciones Laborales y como Representante Legal de la demandada, manifestó que no conocía a la demandante personalmente y que le consta que tenía un proceso disciplinario, el cual lo adelantó el Gerente Territorial, señor JUAN GUILLERMO MONTOYA FLOREZ, mismo que evidenció una manipulación de soportes para legalización de

viáticos que conllevó a la finalización del contrato de trabajo con justa causa y que tiene conocimiento que la demandante sufrió un accidente trabajo del cual se le respetó su incapacidad y que retornó a su puesto de trabajo, sin ningún tipo de recomendación médica.

TESTIMONIO DE JUAN GUILLERMO MONTOYA FLOREZ, empleado de la demandada (mm. 00:01:48 00:34:38). Expuso que conoció a la demandante cuando le inició el proceso disciplinario; refirió frente a los hechos, que en el mes diciembre se hicieron unos descuentos masivos a las personas que no habían legalizado los viáticos oportunamente, cumpliendo las políticas y le informaron que en los viáticos que la actora había soportado habían anomalías, esto es, que en gran parte de los tiquetes de los peajes cambiaba en la letra de las fechas y al revisar unos con otros, hallaron que eran los mismos tiquetes, pero con diferentes fechas; por lo que presumió que no había viajado o que al no tener la documentación, adulteró los que tenía; que la compañía tiene una aplicación para cargar los viáticos y aprobados los mismos, se le reintegra el dinero a los funcionarios; que se enteró de la presenta adulteración de los viáticos, en ese mes se tenía alerta por malos manejos y para esa época se observó adulteración de octubre a diciembre; indicó el testigo, que la demandante se incapacitó y el despido fue suspendido hasta cuando se reintegró y en esa fecha no aportó recomendación médica.

TESTIMONIO DE ELIANA MARTÍNEZ (00:35:50 a 00:47:13) empleada de la demandada en el AREA DE SALUD OCUPACIONAL. Expresó que no conoce a la demandante, ni tuvo relación con la misma, que la actora presentó incapacidades que no revestían mayor gravedad de dos a tres días, generadas por gripas; derivados del accidente de trabajo, en enero 28 de 2017, se

generaron en total 25 días de incapacidades; sin embargo, no se generaron recomendaciones medico laborales, únicamente las emitidas en la incapacidad; y posterior a esta incapacidad se generaron cinco -5- días más, sin recomendaciones médicas.

Ahora bien, en el caso en concreto se tiene que la entidad demandada terminó la relación laboral que sostenía con la demandante, por adulterar comprobantes de viáticos en cuanto a la fecha de expedición, hecho que fue aceptado por aquélla al absolver el interrogatorio de parte al indicar: “cojí los que si se veían e ingenuamente los reporté como si fueran los que hacían falta”, lo que conlleva a concluir que la ex trabajadora incumplió; no solo con las directrices y/o disposiciones establecidas en el Reglamento Interno de Trabajo; sino también, el literal f) del Manual Política de Viáticos (fl.178), al adulterar la documental con la cual pretendía soportar dichos gastos de locomoción; faltas que se corroboran con la documental que milita de folios 120 a 124, en la que claramente se observa que la fecha se encuentra adulterada, comportamiento que sitúa a la actora en un escenario de desobediencia y comportamiento inequívoco y evidente de una postura incorrecta, desprovista de probidad y transparencia, enlistada como falta grave.

Ahora no puede una profesional en Contaduría y Gerente de una entidad Financiera, escudarse en su ingenuidad o inocencia para adulterar los susodichos documentos, pues su propia condición de profesional en el área contable, le permite tener con la empresa, de cara a su funcionamiento, la mejor toma de decisiones en la búsqueda de la medición, registro e interpretación del capital de una organización de carácter privado; es que por contar con habilidades profesionales y competitivas, fue ascendida al cargo de Gerente, lo que demuestra una amplia experiencia en un cargo

directivo, con lo que se reafirma que la señora RUBY ENITH no es una persona iletrada o con problemas de discapacidad para tomar decisiones irresponsables, o de malas prácticas; de manera que refulge diáfano para la Sala, que con su conducta la gestora de la acción trasgredió de manera grave y ostensible, el Reglamento Interno de Trabajo de su ex empleadora; situación que automáticamente facultaba a la demandada para dar por terminado el ligamen social de conformidad con lo estipulado en el articulado del Código Sustantivo de Trabajo.

Ahora sostiene la demandante en el hecho 8° del libelo genitor (fl. 5), que entre la entidad financiera demandada y la organización sindical ASEFINCO Y ACEB, elevaron una convención colectiva de la cual se beneficia como socia de la organización sindical, que consagra un procedimiento previo al despido (art. 24 C.C.T).

Como resultado de dicha manifestación, se coteja el texto que aparece en folios 25 a 38, de donde se deriva que corresponde a un compendio de convenciones colectivas de trabajo suscitadas entre la demandada y su sindicato, sin que milite copia de la nota de depósito de dicho instrumento, tal como lo inquiere el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo.

En lo pertinente la Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3570-2019, Radicación No. 65087, reiteró la sentencia SL13693-2016 reiterada, entre otras, en sentencia SL5202-2018, donde se debatió la aportación de la nota de depósito de las convenciones colectivas por ser un requisito indispensable. Esto precisó la Corte:

*“El depósito oportuno de la Convención Colectiva según lo normado en el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo es una*

*exigencia de la ley para su validez, como reiteradamente lo ha señalado la Sala en los siguientes términos: “al ser la convención colectiva de trabajo un acto solemne, la prueba de su existencia está atada a la demostración de que se cumplieron los requisitos legalmente exigidos para que se constituya en un acto jurídico válido, dotado de poder vinculante, razón por la cual, si se le aduce en el litigio del trabajo como fuente de derechos, su acreditación no puede hacerse sino allegando ... el del acto que entrega noticia de su depósito oportuno ante la autoridad administrativa del trabajo”. (Sentencias de 16 de mayo de 2001, rad. N° 15120 y de 4 de diciembre de 2003, rad. N° 21042).*

*Y en la última de las providencias citadas, fue enfática la Corte al señalar:*

*Si tal prueba no se allega al proceso de manera completa, no puede el sentenciador dar por demostrado en juicio que hay una convención colectiva de trabajo, ni menos aún, reconocer derechos derivados de ella en beneficio de cualquiera de los contendientes. Y si llega a reconocer la existencia de aquélla sin que aparezca en autos la única prueba legalmente eficaz para acreditarla, comete error de derecho y, por ese medio, infringe las normas sustanciales que preceptúan cosa distinta [...]”*

A tono con la cita reproducida, se tiene que el compendio aportado por la parte demandante y llamado “CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO” no produce efectos jurídicos, se itera, pues el mismo se allegó al proceso de manera incompleta.

Ahora, si en hipótesis que admite discusión se aceptara que el derecho de la reclamante se fundamenta en el tan comentado convenio colectivo, se tiene que al momento de ser despedida, la actora ostentaba el cargo de Gerente de Oficina (fl. 24), y también lo es, que del contenido del acuerdo colectivo, se vislumbran dos aspectos importantes a saber, el primero, que la peticionaria no acreditó documentalmente pertenecer al sindicato de trabajadores con el cual su empleadora tiene un convenio, y el segundo da cuenta de que en el artículo 2° del acuerdo convencional se exceptúan los funcionarios que ocupen sendos cargos, entre estos el de Gerente; de modo que no puede la demandante pretender que le sea aplicable el acuerdo convencional.



Ahora respecto a la manifestación de la demandante en el sentido que no medió autorización del Ministerio del Trabajo para terminar el contrato de trabajo; debido a su estado de salud y consecuente diagnóstico; verifica la Sala que en las pruebas allegadas no aparece probanza que demuestre que dicha finalización fue consecuencia de la incapacidad generada por el accidente de trabajo ocurrido el 28 de enero de 2017, pues la propia accionante indicó al absolver interrogatorio de parte, que una vez se reintegró le comunicaron la decisión de terminación del nexo laboral; sumado a ello, no se reportan recomendaciones médicas por parte de la EPS o la ARL, para considerar que en verdad la demandante contaba con la protección de estabilidad laboral deprecada.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia; sin que se generen costas en esta sede, en virtud a que el conocimiento en esta instancia obró en virtud del ejercicio oficioso del grado jurisdiccional de consulta.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia No. 130 proferida el 26 de noviembre de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, Valle del Cauca.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** de segunda instancia.

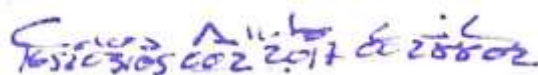
**Comuníquese y Notifíquese** esta sentencia por inserción en estado electrónico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° del Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020.

**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 003 De La Sala Laboral Del 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:

**288b32e67361f232858ac556150fc3264c79f68a097011b8a0a  
8c56227218464**

Documento generado en 16/09/2020 02:49:40 p.m.



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

*Guadalajara de Buga<sup>1</sup>. Dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020)*

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-520-31-05-003-2015-00019-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL  
Demandante: EDWIN MARINO SERRANO RODRÍGUEZ  
Demandado: TEMAIN LTDA. TÉCNICOS EN MANTENIMIENTO INDUSTRIAL LTDA.  
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

SENTENCIA<sup>2</sup>

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala 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 por el *Juzgado 3º Laboral del Circuito de Palmira*, que absolvió de todas las pretensiones a la sociedad demandada.

CONSIDERACIONES

El señor EDWIN MARINO SERRANO RODRÍGUEZ por conducto de apoderada judicial interpuso *demanda ordinaria laboral de primera instancia* en contra de la empresa TÉCNICOS EN MANTENIMIENTO INDUSTRIAL, TEMAIN LTDA. ., y solidariamente contra el INGENIO PICHICHI S.A., cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 3º Laboral del Circuito de Palmira (V), que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

En cuanto a la demanda, se presentó como recuento fáctico, en síntesis, que el actor se vinculó a la empresa TEMAIN LTDA. el día 30 de mayo de 2011 mediante contrato verbal para laborar como ayudante práctico en el INGENIO PICHICHI, con una asignación de \$2.241 pesos por hora, hasta el día 12 de julio de 2012 cuando la mencionada empresa le hace firmar un contrato individual de trabajo por obra o labor contratada, estipulando como modalidad de pago \$2.391 por hora laborada, que el 2 de noviembre de 2013 la empresa TEMAIN LTDA. le hace firmar nuevamente un contrato individual de trabajo por obra o labor contratada como ayudante práctico de mecánica, estipulando como pago \$2.500 por hora laborada.

Expresó que el 27 de noviembre de 2013, el actor fue requerido junto a otro trabajador para presentarse en el área de servicio médico donde le fue practicada

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> No. 104 Control estadístico por secretaría.

una prueba al parecer de sustancias psicoactivas que dio como resultado, según el médico que lo practicó positivo. El actor solicitó copia del resultado de dicha prueba, pero el médico del INGENIO PICHICHI le informó que no se la podía dar por que no había forma de copiarla, y que volviera por la tarde, siendo inmediatamente escoltado, retirado y reseñado de los listados de ingreso de trabajadores de TEMAIN LTDA. a la planta del INGENIO PICHICHI.

Que TEMAIN LTDA. tomó la decisión de cancelar los servicios de manera verbal el día 27 de noviembre de 2013, y solo hasta el 9 de enero de 2014 por solicitud del actor le entrega la carta de retiro del servicio donde se manifiesta la notificación formal de la terminación del contrato a partir del 27 de noviembre de 2013, sin mencionar la causa de la terminación. Que posteriormente solicitó copias de los contratos firmados entre TEMAIN LTDA. y el INGENIO PICHICHI, y de los contratos firmados por él con TEMAIN LTDA. para adelantar las respectivas acciones judiciales, sin que le fueran entregados, motivo por el cual decidió instaurar la acción de tutela mencionada, en la cual Juzgado Segundo Promiscuo Municipal del Cerrito (V), mediante sentencia 23 del 17 de febrero de 2014 negó el amparo argumentando que los contratos solicitados estaban sometidos a reserva.

Por intermedio de apoderada judicial, el actor instauró demanda de solicitud de recaudo de prueba anticipada, con el fin de obtener las copias de los contratos mencionados como requisito para determinar la cuantía de las pretensiones del presente proceso, solo hasta el 3 de septiembre de 2014, el INGENIO PICHICHI hizo llegar al despacho judicial copia simple del contrato de prestación de servicios No. SF-041/13 suscrito entre el INGENIO PICHICHI S.A., y TEMAIN LTDA., el día 4 de septiembre de 2013. Luego, el 27 de noviembre de 2014, su apoderada solicitó a la empresa TEMAIN LTDA., copia del reglamento interno de trabajo sin recibir respuesta alguna.

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira (V), mediante sentencia del 27 de noviembre de 2017, en lo relevante al recurso de apelación determinó que se allegaron fotocopias de dos contratos de trabajo por obra o labor con fechas de inicio del 12/07/12 y 2/11/13, copias de contrato entre demandada y el Ingenio Pichichi, y de nómina de Temain LTDA. entre mayo de 2011 y diciembre de 2013 y los interrogatorios de parte al demandante y demandada, haciendo mención que el actor confesó que junto con el salario se le canceló lo correspondiente a prestaciones sociales, que cuando se terminaban los contratos entre las demandadas a él se le terminaba el contrato, y que la labor correspondía a mantenimiento de maquinaria, que los contratos que allí aparecen son los celebrados con Temain LTDA., de tal manera que la sociedad refirió que al actor se le terminó el contrato de trabajo según comunicación que obra en el expediente y no fue afiliado a fondo de cesantías, del Ingenio demandado citó que se confesó que contrató a Temain LTDA. para montaje y mantenimiento de maquinaria y que no se permitió el ingreso del actor por razón de un examen al demandante.

El a quo expuso que al actor se le cancelaron todos los derechos laborales y prestaciones sociales en forma semanal de acuerdo a los contratos de trabajo que se aportaron, quien para el 27/11/13, sin conocer desde cuando estaba prestando labores en el citado Ingenio y como trabajador de Temain LTDA., por prueba que se le practicó se le expulsó de las instalaciones de esa empresa, la que contrataba permanentemente a Temain LTDA. para mantenimiento de maquinaria, consideró

que sin haberse demostrado la especificación real de la causa del contrato que no tenía claramente establecida la duración de la obra por falta de enunciación y siendo varios los contratos entre Temain LTDA. y el citado Ingenio, los que fueron prorrogados varias veces, consideró que el contrato de trabajo correspondía a término indefinido.

Mencionó que de las únicas pruebas aportadas para establecer los extremos, por desprendibles de nómina de salarios y prestaciones sociales en el periodo del 30/05/11 y 27/11/13, estos no daban cuenta de pagos efectuados por Temain LTDA. en forma continua e ininterrumpida, evidenciando la ausencia de prueba de labor del 18 al 20 de junio de 2011 (1 día), 4 y 11 de marzo de 2012 (7 días), 10 y 16 de septiembre de 2012 (7 días), 13 y 19 de diciembre de 2012 (7 días), 17 y 30 de diciembre de 2012 (15 días), 25 y 31 de marzo de 2013 (7 días), sin otra prueba que el actor hubiese laborado en forma continua le era imposible tener por cierto los extremos alegados, limitándolos del 2 de noviembre de 2013 al 27 de noviembre de 2013, fecha del despido probado. De allí que, al no superar el 14 de febrero de cada año, absolvió de la sanción por no consignación de cesantías y su pago, iterando la confesión del actor sobre la cancelación de prestaciones sociales.

Sobre la solidaridad pretendida consideró que los objetos sociales de la demandada no tenían punto en común, además que frente al actor no se demostró qué labor desempeñaba, solo la general de ayudante práctico de mecánica, la que no permite inferir labor afín a las actividades del Ingenio Pichichi, lo que excluyó la solidaridad pretendida, como también de cualquier condena contra la llamada en garantía (min. 2:36:46 y sig.)

## APELACIÓN

La apoderada del demandante interpuso recurso de apelación, frente a la existencia del contrato a término indefinido entre el 30/05/11 y 27/11/13, indicando que si no se aportaron esos documentos no quiere decir que el contrato se interrumpiera, pues Temain LTDA. tenía era la llamada a demostrarlo, al afirmar que al demandante lo contrataron por épocas, más en el interrogatorio la representante legal mencionó que eran los negocios del papá y era muy posible que si hubiese realizado esos contratos con su representado, de la solidaridad sustentó que si bien el artículo 34 (CST) menciona la identidad de objetos, también se ha indicado en jurisprudencia que se debe tener en cuenta la labor del trabajador, la que si es conexa o complementaria a la actividad económica de la beneficiaria da curso a la solidaridad, en donde el mantenimiento de equipos en fabrica molinos si fuera extraña a lo que hace el Ingenio, se pregunta para que lo contrataban, que habría que mirar que si esas eran las labores que podían realizar con los trabajadores de planta, además que en el interrogatorio se indicó que debía reportarse a los ingenieros de Pichichi, itera que en el contrato indefinido, solo por julio de 2012 y noviembre de 2013, no tiene en cuenta que el contrato que tuvo el cliente es del 30 de mayo de 2011 y finalizó el 27 de noviembre de 2013, insistió en el pago de cesantías de acuerdo a la Ley que penaliza el pago parcial y solicitó se acceda a todas y cada una de las pretensiones.

## ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme artículo 15 del Decreto 806 de 2020, surtido el traslado correspondiente, conforme constancia secretarial, entre el 3 al 10 de agosto y 11 al 18 del mismo

mes, no se presentaron alegatos, recordando en todo caso que la competencia del ad quem obedece a la interposición y sustentación del recurso de apelación en audiencia al momento de proferirse la sentencia recurrida o bajo los postulados del artículo 69 del CPTSS.

### CONSIDERACIONES

El problema jurídico principal se refiere a la valoración de los elementos que soportan la existencia del contrato de trabajo, en particular, a la constancia de prestación del servicio en determinado periodo, dado lo expuesto por el a quo que consideró que al no obrar soporte suficiente de continuidad en la labor del actor, limitó su condena por los 30 días de indemnización del artículo 64 del CST en lo soportado por el ultimo contrato.

Para resolver lo anterior debe considerarse que 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, la competencia de la Sala radica en los puntos materia de inconformidad sin perjuicio de aspectos que de encontrarse demostrados en forma intrínseca conlleven necesariamente alguna manifestación adicional en la sentencia.

Ahora bien, fue un argumento en contra de lo decidido que aun sin aportarse los documentos concernientes a la nómina del actor, que extrañó el a quo, correspondía a la demandada demostrar que no se había prestado el servicio, al afirmar que el actor fue contratado por épocas, además de lo referido en cuanto al interrogatorio de parte en creer que el representante legal anterior si podía haber contratado al actor y que al haberse aportado el contrato de trabajo, el que faltasen soportes de nómina no conllevaba que este se interrumpiera.

Al respecto debe tenerse en cuenta que en un primer momento y sin referirse propiamente a los extremos probados del contrato de trabajo alegado, el a quo consideró que en razón de las deficiencias sobre la enunciación de la obra que sustentaba la modalidad elegida entre las partes, conforme documentos que expresaban un contrato de trabajo por duración determinada, la consecuencia era que la relación de trabajo debía ampararse en lo dispuesto en el artículo 47 del CST, bajo contrato de trabajo a término indefinido, pasó a un aspecto concreto, como era determinar sus extremos ciertos como fundamento de las condenas.

En este último aspecto radica la inconformidad de la parte actora, en cuanto itera que debe considerarse como extremo inicial el 30/05/11, punto en que la carga de la prueba se encuentra a cargo del actor, en particular quien pretende que se le reconozca un derecho debe 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*<sup>3</sup>.

*Esta institución pretende que quien concurre a un proceso en calidad de parte asuma un rol activo y no se limite a refugiarse en la diligencia del juez ni se beneficie de las dificultades probatorias o mala fortuna de su contraparte. En otras palabras, "las partes en el proceso deben cumplir con el deber de diligencia en lo que pretenden probar. Ninguna debe obrar con inercia porque ello causa que las consecuencias adversas de la decisión sean deducidas en su contra. El proceso no premia la estrategia sino la solución del conflicto con la participación de las partes.*

*En el ordenamiento jurídico colombiano el postulado del "onus probandi" fue consagrado en el centenario Código Civil<sup>3</sup>. Se mantuvo en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil de 1970 con la regla según la cual "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", con excepción expresa de los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas".*

De allí que la cuestión de si puede obrar como documento a valorar aquellos soportes de nómina a partir de 07/07/11 (fl. 57 y sig.), los que fueron aportados por la parte demandante y propiamente no contienen soporte de elaboración, en cuanto a firma por parte de algún representante del empleador, criterio requerido en torno a su autenticidad, dado que no fueron aportadas por la parte demandada en condición de empleador sino por el demandante, de acuerdo a la sustentación del recurso de apelación, tal certeza sobre la autoría conforme artículo 244 CGP (252 CPC) resulta necesaria en torno a constatar la prestación del servicio, fundamento del contrato de trabajo alegado, al respecto la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL14236-2015, ha dispuesto:

*"Como se sabe, la cuestión de la eficacia probatoria de un documento depende, en líneas generales, de la posibilidad de conocer a ciencia cierta quién es su autor genuino. A partir de este conocimiento, se abre la posibilidad de entrar a valorar intrínsecamente su contenido conforme a las reglas de apreciación probatoria y la sana crítica previstas en el Código de Procedimiento Civil y el Código Procesal del Trabajo.*

*Ahora bien, para este ejercicio de descubrimiento e imputación de la persona que ha elaborado cierto documento, el legislador ha implementado ciertos mecanismos que facilitan el trabajo del juez, como las presunciones y el reconocimiento. Por ejemplo, el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil establece que los documentos públicos se presumen auténticos, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad, y para el documento privado la ley prevé unas reglas que permiten reputar un documento como auténtico o tener a algunos como tales por su naturaleza (libros de comercio debidamente registrados, el contenido y las firmas de las pólizas de seguros y recibos de pago de sus primas, certificados, bonos y títulos de inversión en*

<sup>3</sup> Citando a la Honorable Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de mayo de 2010. Exp. 23001-31-10-002-1998-00467-01.M.P. Edgardo Villamil Portilla.



*establecimiento de crédito y contratos de prenda con éstos, cartas de crédito, entre otros). En cuanto a su reconocimiento, el Estatuto Procesal Civil incorpora la figura del reconocimiento implícito de los documentos privados cuando una de las partes los aporta al proceso, sin alegar su falsedad.*

*Pero de lo que no debe existir duda es que todos estos mecanismos procesales se encauzan a lo siguiente: facilitar, identificar o llegar a la certeza acerca del creador del documento (autenticidad).*

*Paralelamente a esas reglas, el juez a través de la apreciación ponderada y razonada de la conducta procesal de las partes, sus afirmaciones, los signos de individualización de la prueba (marcas, improntas y otros signos físicos, digitales o electrónicos) y demás elementos que obren en el expediente, puede llegar a adquirir el convencimiento acerca del autor de determinada prueba y atribuírselo, con el propósito de reconstruir los hechos, aproximarse a la verdad e impartir justicia responsablemente a los casos bajo su escrutinio. Lo que quiere decir que aun cuando la firma es uno de los medios o formas que conducen a tener certeza de la autoría de un documento, no es la única, ya que existen otros que también ofrecen seguridad acerca de la persona que ha creado un documento. No por equivocación el artículo 251 del C.P.C. [consagra] tres vías para establecer la autenticidad de un documento: la certeza de quien lo ha (1º) suscrito, (2º) manuscrito o (3º) elaborado, esto último hace referencia a la identificación y determinación de su creador.*

*En suma de lo expuesto, la autenticidad de un documento es una cuestión que debe ser examinada caso por caso, de acuerdo con (i) las reglas probatorias de los estatutos procesales, o, en su defecto, con (ii) las circunstancias del caso, los elementos del juicio, las posiciones de las partes y los signos de individualización que permitan identificar al creador de un documento, de ser ello posible.”*

Situación en que la documental que enuncia la parte demandante, por sí sola no puede edificar certeza probatoria en cuanto a los extremos, como es desde 30/05/11 y en cuanto a la mención por la apelante en que por no haber sido aportado no puede inferirse que el contrato se interrumpiera, se requiere precisar que si bien se encuentra el primer documento enunciado como contrato de trabajo por duración de obra referente al 12 de julio de 2012, el que si se encuentra suscrito por las partes y sobre el cual en abstracto permitió que el a quo fundamentara la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, dada la indefinición de la obra, en concreto al indicar que no se soportaron los comprobantes de nómina, por la documental aportada no habría lugar a modificar lo resuelto en primera instancia en cuanto a la prestación de servicio, y según los contornos del recurso de apelación, no resultó demostrada según lo solicitado por la recurrente, pues además que los allegados por si solos no permiten soportar su autenticidad ni el contrato allegado, suscrito el 12 de julio de 2012 soportar su ejecución continua, en lo cual el a quo parece haber dado crédito a la ejecución por mantenimiento requerido del contratante a Temain LTDA.

En este sentido según lo informado en el recurso de apelación, sobre el interrogatorio de parte a la representante legal del empleador (min. 33:20), cuando la deponente manifestó no conocer el acuerdo verbal que pudo existir con su padre y solo dar fe de los contratos que se encuentran en la demanda, debe advertirse que la primera aseveración no otorga elementos de certeza sobre la confesión esperada, esto es la existencia como tal de un contrato de trabajo ejecutado en

forma cierta desde el 30/05/11, en tal declaración se precisó que los contratos eran interrumpidos según el mantenimiento requerido por el Ingenio, indicando que la labor no fue continua, los que máximo duraban 15 o 20 días o eran mantenimiento por un día, cada 15 días, y se le avisaba al trabajador en forma verbal que este terminaba, de allí que de la documental enunciada e interrogatorio de parte en lo referido, en el límite de análisis que impone el punto materia de inconformidad, no es posible inferir que la labor fuera continua desde el 30 de mayo de 2011, razones por las cuales, en este aspecto la condena en el fallo impugnado será confirmada.

En cuanto a la solidaridad deprecada debe advertirse que si esta hubiese sido decretada en los términos esperados por el actor, pese las facultades que en primera instancia resultan posibles a partir de lo dispuesto en el artículo 50 del CPTSS, propiamente habría sido una condena por fuera del litigio planteado en cuanto lo indicado en la apelación y conforme los hechos planteados en la demandada no permiten identificar claramente los supuestos del artículo 34 del CST, que conlleven a establecer en forma probada las actividades contratadas entre la demandada Ingenio Pichichi y Temain LTDA. y las que en forma particular eran prestadas por el trabajador, en tal sentido, correspondiendo lo anterior al deber a cargo del demandante conforme artículo 167 del CGP, no es posible abarcar una condena que se fundamente en presupuestos que no fueron precisados ni demostrados en el litigio.

De tal forma debe advertirse, de acuerdo al alcance temporal del contrato de trabajo decretado por el a quo, que su vigencia no se encuentra circunscrita dentro de la posibilidad de condena en virtud del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y que el demandante fue enfático en aceptar que las prestaciones sociales le fueron canceladas por su empleador, al tiempo que la inconformidad con la sentencia recurrida fue planteada por el alegado contrato de trabajo que se indica existía desde el 30 de mayo de 2011 (30/05/11), cuando al 12 de julio de 2012 (12/07/12) aún se le adeudaban prestaciones sociales (hecho Segundo), tiempo que no fue considerado en la sentencia recurrida y que no permite solventar pago de suma alguna ni tampoco pérdida de lo cancelado en el pago aceptado por el contratante, cuando la vigencia cierta no superó la mensualidad en noviembre de 2013. Todo lo anterior conlleva la confirmación de la sentencia del 27 de noviembre de 2017, precisando que por las demandadas en cuanto a las declaraciones y condenas no se presentó recurso de apelación.

## COSTAS

Sin costas en esta instancia dada la declaratoria del contrato de trabajo.

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia por escrito conforme el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado - artículo 295-, sin norma frente a la presente providencia a la que actualmente pueda remitir el artículo 41 del CPTSS en orden de su artículo 145, se dispondrá la notificación por estado, lo que conlleva similar función de comunicación, publicidad y duración -por el término actualmente posible de un día-.

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,

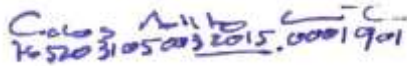
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia proferida por el JUZGADO 3º LABORAL DEL CIRCUITO DE PALMIRA del 27 de noviembre de 2017, siendo demandante el señor EDWIN MARINO SERRANO RODRÍGUEZ identificado con la C.C. 6.321.369 y demandadas la sociedad TEMAIN LTDA. TÉCNICOS EN MANTENIMIENTO INDUSTRIAL LTDA. Identificada con NIT 900265228-4 e INGENIO PICHICHI S.A. identificada con NIT 891300513-7, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA 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 004 De La Sala Laboral Del 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:  
**2ff7ca0bf75bda2230638cb7fb766d05b3d0f9774df600c2a25cf72c2b11c9b**  
**7**

Documento generado en 16/09/2020 04:57:18 p.m.



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

*Guadalajara de Buga<sup>1</sup>. Dieciséis (16) septiembre de dos mil veinte (2020)*

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-109-31-05-002-2016-00146-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL

Demandante: NELSON HUNDRID ESTUPIÑÁN REINA

Demandado: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA –  
COMFENALCO VALLE DELAGENTE

Asunto: APELACIÓN (sentencia)

SENTENCIA<sup>2</sup>

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, y las doctoras GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS Y CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE, quienes integran la Sala Primera de Decisión Laboral, con la finalidad de desatar el recurso de apelación respecto de la Sentencia proferida el 22 de febrero de 2018 (22/02/18) por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Buenaventura, que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor NELSON HUNDRID ESTUPIÑÁN REINA por conducto de apoderado judicial interpuso el 25/07/16 *demanda ordinaria laboral de primera instancia* en contra de LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA –COMFENALCO VALLE DELAGENTE-, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 2º Laboral del Circuito de Buenaventura, el que mediante auto del 14/09/16 la tuvo por admitida (fl. 108).

Las pretensiones, en orden de relevancia al recurso de apelación presentado por la parte demandada, tienen por fin la declaratoria del contrato de trabajo alegado como existente entre el demandante y la entidad demandada en extremos del 8/05/13 al 14/09/16, bajo retribución mensual de \$8.391.091 y condenas por prestaciones sociales, intereses a las cesantías, vacaciones, sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 e indexación de las sumas adeudadas.

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> No. 106 -Control estadístico por secretaría.

Pretensiones que se fundamentan, en síntesis, en exponer que el actor suscribió un contrato de prestación de servicios médicos especializados del 8/05/13 que se dio por terminado en su última prorroga al 30/11/15, sin solución de continuidad, el que hacía relación, en actividades de cargos fijos para la demandada, como médico especialista en ginecología por consulta externa y cirugías programadas, quien tuvo horario impuesto por la demandada y mantenía personal dispuesto para la vigilancia del contrato y horario, lo que correspondió a la doctora Rosario Quiñonez y la jefe del servicio de salud Alexandra Sandoval, mencionó que del contenido del citado contrato se establece la subordinación y horarios, además de la atención a las órdenes de los directivos de la contratante (fl. 14 y sig.).

Por su parte, la entidad demandada al contestar el escrito introductorio relató que entre el actor y aquella se suscribió un contrato de prestación de servicios por eventos médicos especializados en el área de ginecología y obstetricia por honorarios, indicando la existencia de buena fe de su defendida, al creer en la ejecución del contrato por prestación de servicios médicos especializados y la actuación de la parte demandante (fl. 122 y sig.).

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2º Laboral del Circuito de Buenaventura en sentencia del 22 de febrero de 2018 (22/02/18), declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes del 8/05/13 al 30/11/15 a término indefinido, al tiempo que condenó por el pago de cesantías, auxilio de cesantías, prima de servicios, compensación de vacaciones y la sanción enunciada en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Al respecto tuvo por fundamentó la cláusula primera del contrato de prestación de servicios en cuanto el actor atendía consulta externa y cirugías programadas a los usuarios, que el demandante debía exigir carnet y documentos de afiliación a los usuarios, lo que conlleva que estos servicios y la programación estuvieran ceñidos a la demandada, actor que no programaba consulta, pacientes que acudían como consecuencia de la afiliación a la demandada y profesional que no era autónomo y no podía atender pacientes afiliados a otra entidad, mencionó que en tal contrato se constata en la cláusula tercera que los servicios de consulta externa, ambulatoria, procedimientos quirúrgicos y cirugía programada debían ser en las instalaciones de la EPS demandada, la que programaría los procedimientos de acuerdo a las normas establecidas, para concluir que existía imposición de modo, tiempo o cantidad de trabajo en tal servicio, de la cláusula 8ª también menciono que por la auditoría médica no existía autonomía, bajo vigilancia médica y administrativa, mencionando la limitación de medicamentos al vademécum que se le indicara, al tiempo que la obligación de conservación del actor sobre los elementos de la demandada, como lo indicó su representante legal, que los elementos de cirugía eran de la IPS o como lo indicó Rosario Quiñones García, que tales radiografías se hacían en la EPS, además de referirse que la contratación era en razón de la persona, al requerir autorización de la demandada para poder ceder la contratación, o el informar de su número telefónico para localización por urgencia, para lo cual citó al señor Omar Méndez, quien refirió que los servicios del actor eran de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 7:00 p.m., según programación por la Ingeniera Alexandra Sandoval y a través de quien se conocían las directrices de la demandada, situando a tal persona como jefe del actor, además que la remuneración variaba dependiendo del número de consultas y cirugía, tuvo por no válido los pagos efectuados bajo honorarios.

Extremos laborales los estableció por la contestación de la demanda y lo expuesto por Arelis Gamboa Perea, cuando señaló que el actor prestó servicios al año 2015, siendo estos del 8/05/13 al 30/11/15.

Después de condenar sobre el pago de prestaciones sociales, consideró procedente la condena por indemnización del artículo 99 de la Ley 5 de 1990, ya que la demandada negó la existencia del contrato de trabajo, pese que sus elementos eran latentes (min. 48:58 y sig.).

## APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

La apoderada de la parte demandada presentó y sustentó recurso de apelación para insistir sobre las excepciones presentadas, relatando que su actuación siempre fue de buena fe, al darse tratamiento de conformidad con las cláusulas que las partes establecieron, pago de lo pactado en el contenido al contrato prestación de servicios en donde se debe tener en cuenta la confesión del actor que menciona que él mismo hacia la programación de sus servicios, que por ello no existió subordinación pues disponía de su tiempo, además que los testimonios indicaron que el actor tenía disponibilidad para prestar sus servicios, también refirió, como lo indicó el actor, que su trabajo fue interrumpido, por demás que el testimonio del doctor Méndez fue influenciado porque él tiene una demandada.

Después de citar la sentencia bajo radicación 15678 de 2001 de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, respecto a la subordinación jurídica, en que no solo por horarios y labor dentro de la empresa puede endilgarse subordinación, además de ser necesario analizar el conjunto de factores determinantes del núcleo de la vinculación jurídica y no aisladamente, para detectar la real voluntad y primacía de la realidad, refirió que en sentencia en Casación Laboral del 25/09/2003 y 14/03/02 radicado 17209, se mencionó que un contrato civil no excluye el control o supervisión al contratista y que tales circunstancias no llevan a concluir de forma automática la existencia de un contrato de trabajo, lo anterior cuando se probó por la representante legal que la auditoría médica no era para generar órdenes, sino para determinar la parte científica de la prestación del servicio que hacia el actor, de allí que en ningún momento existiera subordinación, la actividad del actor fue autónoma e independiente, por cuanto las personas en la IPS manejaban administración de personal y eran libres en la atención, tampoco horario impuesto, actor que confesó que era él quien lo fijaba, quien nunca se presentó a reclamar salarios, en conciencia de sus honorarios y cuentas de cobro en que adjuntaba la relación de sus actividades (Min. 1:20:09).

## 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 parte demandante manifestó que los testimonios solicitados por la demandada no brindan, en otras palabras, espontaneidad al ser sistemáticos en manifestar la contratación por evento y dar respuestas en forma mecánica, mientras que los

allegados por la parte actora si resultaron espontáneos y por demás es indiciario que sean varios los profesionales que han presentado demandadas contra tal entidad, citó providencias de la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, SL1430-2018 y SL13020-2017, para de allí solicitar se confirme la providencia recurrida.

La entidad demandada igualmente en apoyo de pronunciamientos en Casación Laboral, manifestó que el actor no demostró la prestación personal del servicio, dado los cambios de turnos, servicio que en todo caso se manejó en forma autónoma pues el demandante solo dependía de su conocimiento y experiencia e indicando que solo se valoró el testimonio del doctor Méndez, no así los solicitados por la demandada, insistiendo en que aquel deponente mantiene demanda laboral contra tal ente.

### CONSIDERACIONES

*El problema jurídico* consiste en establecer si en relación a la valoración probatoria indicada por el a quo y referida en el recurso de apelación se presentaron los elementos propios de existencia del contrato de trabajo en atención a lo dispuesto en los artículos 22 a 24 del CST.

Al respecto debe tenerse en cuenta lo expresado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, radicado 45430 de 2018, así:

*"Uno de los principios transversales en el derecho del trabajo, es el de prevalencia de la verdad sobre las apariencias, que se instituye y, además, se justifica, en tanto procura equilibrar una ecuación desigual e inequitativa que se presenta en las relaciones laborales dependientes, cual es el de la imposibilidad de predicar plena libertad para convenir las condiciones en las que aquella se va a ejecutar."*

Por lo anterior, es de indicar la existencia del contrato de trabajo en toda relación de trabajo en que subsistan los elementos contemplados en el artículo 23 del CST, situación en que el a quo frente al elemento subordinación la encontró establecida por la valoración en conjunto de las obligaciones enunciados en el contrato de prestación de servicios, las cuales en su consideración presentaban elementos propios de la subordinación jurídica, además de ser indicativas de la prestación personal del servicio, lectura que fue apoyada por lo indicado por los testimonios presentados e interrogatorio de parte a la demandada.

En este sentido debe advertirse que la estructuración jurídica de la relación entre las partes no puede fundamentarse en el citado contrato de prestación de servicios (fl. 179) si se quiere sostener que es eficaz el régimen que este enuncia, por ser aquella relación la que se encuentra bajo punto del litigio y por los efectos sobre todo acuerdo que contravenga la realidad cuando esta de muestra de la existencia del contrato de trabajo, conforme artículo 43 del CST; no obstante tal documental puede brindar elementos probatorios entre otros aspectos, como es la existencia de la relación de trabajo, su remuneración o la necesidad de la prestación personal del servicio, que pueden ser comunes o transversales en una relación de trabajo de corte liberal o aquella propia del derecho del trabajo, ahora bien, puede darse el caso, pese su enunciación como contrato civil, que el contenido de sus obligaciones

desarrolle ámbitos propios del poder subordinante del empleador, aspecto último en que el a quo sustentó gran parte de la providencia recurrida.

Frente a tal motivación, la apoderada de la demandada insistió en que el actor mantuvo autonomía en la programación de sus servicios y disponía de su tiempo, como también lo refirieron los testimonios, de allí que en la primera declaración y conforme los preceptos del artículo 191 del CGP deba observarse que en audiencia celebrada el 13/09/17 en interrogatorio de parte al actor (min. 38:30 y sig.), él manifestó que las tarifas pactadas ISS 2001 tenían relación con los servicios quirúrgicos por actividades para cirugías programadas, siendo diferente para consulta y ecografías, que estas variaban por el número de cirugías, honorarios que dependían de lo que realizaba el actor, facturación de consulta y ecografías que variaba e incidía por el agendamiento que le realizaba una persona que estaba en Comfenalco, lo que se podía presentar en forma conjunta, desglosando los procedimientos efectuados, por separado o el que se presentara, aclarando que él ingresó en la Clínica Sofia en marzo de 2014, en donde solo trabaja 10 días al mes, sin que antes por desconocimiento hubiese presentado reclamación, expresó que también podía reemplazar a otros médicos, por los turnos que le correspondía formalizados para su día específico, mientras que el actor hacia consulta todos los días y cirugía en la tarde, en donde llevaba su equipo y las hacia ahí, que el actor tenía que hacer todos los eventos, operaba lo que programaba, que en Sofia los turnos son fijos y que los turnos de día no los laboraba y le decía a la niña que no programara consulta y cirugía porque no va estar en Confamar, días en que no prestaba servicios, que correspondían a los 10 primeros días de cada mes (min. 1:06:20 y sig.).

En cuanto al testimonio del señor JOSÉ OMAR HURTADO ROJAS (min. 1:10:00), quien laboró para la demandada durante más de 10 años hasta el 2015 aproximadamente, rememoró que la doctora Sandoval era la coordinadora médica de la demandada, además de conocer al actor trabajando para esta como cinco años atrás, del 2012 hacia el 2015, sin conocer la forma de vinculación, relató que el actor laboró en consulta externa, urgencias y cirugía, sin poder establecer la jornada o días de la semana, y sobre turnos u horarios para el actor indicó asumir que era la coordinadora médica, pues son dos especialidades y cada uno tiene vínculos diferentes para afirmar que no puede dar conocimiento al respecto.

La señora ROSARIO QUIÑONEZ GARCÍA (min. 1:18:55) indicó que conoció al actor, quien le presentó propuesta para la IPS, de allí se centraron los servicios del doctor en mayo de 2013 en ginecología hasta noviembre de 2015, quien fue directora administrativa y realizaba contratación, recordó que todos los servicios de especialistas era por honorarios, y para el doctor era por evento, al ser el sexto ginecólogo, quien no cumplía horario, pues era de acuerdo al volumen de las personas, quien asistía sin día específico sino cuando le programaban el servicio de cirugía y consulta, quien indicó tener disponibilidad para atender el servicio, citas agendadas en la EPS Comfenalco Valle, que la auditoría médica era la que hacia la supervisión y entre el grupo se encontraba la ingeniera industrial Alexandra Sandoval en apoyo administrativo, no en temas de salud, iterando que los médicos tenían libertad en indicar que no podía asistir y entre los demás médicos se podían hacer reemplazos, manifestando que el actor tenía consultorio particular y estaba en la Clínica Santa Sofia, actor que hacía ecografías en la IPS, que se contaba con auditoría médica, para que la prestación del servicio fuera de calidad en reuniones de los que saben de salud, conforme historia clínica para hacer correcciones sobre



casos presentados, levantando actas y finalizando con la recomendación y socialización para que no se repita evento, a quienes nunca se les hace llamado de atención sino recomendaciones como control de verificación.

En el testimonio del señor OMAR ALONSO MÉNDEZ (min. 1:53:30), indicó que el actor trabajó en consulta externa y cirugía programada, quien tenía un volumen alto de pacientes, de lunes a viernes, testigo que tenía turno de urgencias 24 horas, en la misma especialidad del actor y consulta de urgencias, actor que prestó servicios de mayo de 2014 a 2015, quien lo veía en los días que el testigo se desplazaba a la IPS, supone que las órdenes provenían de Alexandra Sandoval que era la persona que avalaba los permisos, cambios de turnos, y autorización de reemplazos, dada la responsabilidad de la Clínica, respecto a la consulta del actor en la Clínica Santa Sofia indicó desconocer si tenía un contrato con aquella Clínica, del auditor médico indicó que corresponde a la vigilancia de cuentas y otro la coordinación médica, respecto a turnos y médicos, reemplazos que se hicieron sobre escrito y otras veces sobre la marcha en forma verbal a la enfermera jefe, dado los turnos fijos entre semana y rotativos fines de semana, en donde se hacia la secuencia de todo el año con el doctor Cortés, otro ginecólogo, indicando que muchas situaciones macro también el actor se las había comentado.

Por la señora MARÍA ANGELA GARCÍA (min. 2:16:23) como jefe financiera de Comfenalco Valle, refirió que los pagos al doctor bajo contrato de prestación de servicios se fundamentaban en las cuentas de cobro y pago al sistema de seguridad social, quien relató no verlo frecuentemente, ni tampoco que le efectuara reclamación de prestaciones sociales. Posteriormente la señora ANA DE JESÚS GARCÍA, (2:27:00) como auditora interna de la entidad demandada, refirió haber conocido al actor, de quien sabe tenía un contrato por evento que se prestaba en la IPS, de quien no tenía auditoria con el demandante, siendo que con especialistas, trabajan en el tiempo que a ellos les quedaba, que conoce que al doctor se le pagaba por evento, que sabe que él hizo reemplazos a otros médicos, quienes pasaban una cuenta de los honorarios y no conoció reclamo de tipo laboral.

Finalmente, la señora LUZ ARELI GAMBOA PEREA (min 3:40), como jefe de gestión humana en la demandada, relató que el actor tuvo labor por contrato en prestación de servicios por evento desde mayo de 2013 hasta finales de 2015, relacionado con la especialidad de ginecología, quien indicó que él prestaba unos días con la Caja y otros con la Santa Sofia conforme se conocía al interior de la demandada, contrastando que a personas que se encuentran en nómina se manejan permisos no así para los especialistas y el gremio médico.

Respecto de la apelación presentada debe indicarse que en rigor de lo aceptado por el actor, lo que sucedió cuando el a quo retomó las preguntas en el interrogatorio en referencia a una labor que se indica realizaba en otra clínica, al mencionar que por esta razón y durante los 10 primeros días de cada mes no asistía a la demandada, citando que empezó a laborar en el otro centro médico desde marzo de 2014, razón por la cual solicitó a quien programaba los turnos que no se le fijara agenda, es una situación no acorde a la estructuración de la subordinación pues tal indicación es corriente que se tramite bajo permiso del empleador y no como aviso de disponibilidad limitada, siendo que el tiempo de la labor humana se acuerda dentro de una jornada laboral en beneficio de la empresa o industria, en este caso relacionado con los servicios de salud y no en ejecución potestativa del contrato de trabajo de quien se considera trabajador subordinado.

Si bien el testimonio que pudo acercarse de mejor forma a la naturaleza de la relación de trabajo entre el actor y la demandada corresponde al doctor OMAR MÉNDEZ, debe mencionarse que la referencia sobre continuidad del servicio, obedeció para muchos de los aspectos relatados, por lo dialogado entre el deponente y el actor y como compañero de labor cuando el testigo realizaba turnos y podría encontrarse con el actor, no correspondía a la mayoría de días a la semana, mientras que el deponente relató un horario del actor en primer lugar de lunes a viernes, aseveración que tuvo que ser moderada por este testigo cuando se puso de presente la actividad del demandante en otro centro clínico, de allí que si existe dificultad para indicar la jornada o frecuencia cierta de la prestación del servicio, en el sentido que incluso el testigo OMAR HURTADO, al indicar que pertenecía a otra especialidad, no estableció en detalle y con razón de su dicho la labor del actor y el doctor OMAR MÉNDEZ mencionó no poder dar detalles del actor, solo cosas macro que él le había contado (min. 2:14:00 y sig.), por otra parte debe advertirse a las partes que la existencia de procesos o demandas de los testigos contra alguna de las partes intrínsecamente no conlleva la falta de credibilidad en la exposición, pues tal elemento se fundamenta entre otras razones por la razón del dicho de los declarantes, si bien en hipótesis pudieran evidenciarse razones de animadversión no fue el caso visto en el relato referido.

En lo anterior debe establecerse que en sobre la certeza en el ámbito de la realidad en que se prestó el servicio en dos aspectos no puede asumirse su existencia, bajo el deber del actor en cuanto responder a la carga de la prueba que le compete, recordando que por remisión del artículo 145 del CPTSS el artículo 177 del CPC, ahora 167 del CGP, establecen que los antecedentes fácticos, como es el caso del artículo 23 e incluso 24 del CST, se encuentran en prueba a cargo de la parte actora, no obstante en cuanto a la prestación del servicio, existen vacíos probatorios que a esta Sala no le permiten aseverar como demostrada e identificada la jornada laboral del actor, es decir que pueda identificarse la frecuencia de la prestación personal del servicio, no solo porque el testigo que en mejor forma podría dar constancia como es el doctor OMAR MÉNDEZ, por demás de no estar contrastado en otro medio de prueba, por la razón de su dicho no permitió conocer que el actor asistiera en jornadas que indicaran un número de días relevante por semana, al punto que al final de su declaración reconocer que no podía dar detalles del actor y lo macro este se lo había comentado.

En segundo lugar, sostener la existencia de una subordinación permanente, requería medios de prueba de mayor convicción frente a la confesión que se infiere del dicho del actor en cuanto le indicó a la persona que programaba las agendas de atención medica de la entidad demandada, que estas no se realizaran en los días que el actor prestaba labores para otra entidad; propiamente no se conoció acerca de la estructura médica en la instituciones prestadora de servicios de salud y por el apartado administrativo se presenta la dificultad insalvable dado como el actor se refirió a la modificación por su iniciativa en la programación de agenda que realizaba el personal de la entidad demandada.

En contexto de lo anterior, las cláusulas en abstracto consideradas por el a quo bien pueden ser indiciarias de la subordinación, pero en concreto requerían su valoración en conjunto con otros medios de prueba, pues en relación con la determinación de la prestación del servicio personal, del artículo 24 del CST, en concordancia al artículo 22 del CST, esta debe ser continua, identificada en el tiempo o dentro de

trascursos ciertos, aun si fueran varios, pero es necesario que al interior de cada extremo temporal se logre evidenciar su continuidad, para que sea por la prueba directa de la subordinación o su presunción no desvirtuada, que se cumpla la segunda condición normativa del artículo 22 del CST. Las anteriores condiciones, frente a la relación de trabajo, imponen un elemento subyacente en la prueba directa de la subordinación o en el hecho indiciario de la misma, esto es, que se determine, en rigor de certeza, la duración de la existencia de la relación de trabajo, tanto en extremos como que su frecuencia, que puede ser equiparable a una jornada laboral o un continuo de tiempo que reste incertidumbre sobre cualquier intermitencia al interior de los extremos, es decir que la relación de trabajo no se muestre como difusa, esto dentro del rigor de prueba en el hecho indiciario.

En lo anterior tal carga de la prueba es una institución del derecho procesal, avalada en el procedimiento laboral, conforme remisión que obra desde el Código Judicial y sobre la cual la Honorable Corte Constitucional ha compartido en sentencia C-086/16, lo expuesto por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de mayo de 2010. Exp. 23001-31-10-002-1998-00467-01 que precisa:

*"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"*

En este sentido, como se indicó en los alegatos de conclusión por la intensidad de horas médico requerida, según representante legal de la demandada, puede inferirse que la entidad requería de tiempo completo especialista en la respectiva área, pero frente al actor y por la existencia de otros profesionales en la especialidad contratada propiamente no puede establecerse una disponibilidad cierta, tampoco de la facturación presentada en ejercicio de equivalencia de la jornada laboral, dada la dificultad en extrapolarla a la certeza de asistencia continua o determinada del actor, como tampoco una claridad en elementos de subordinación directa frente a lo aseverado por el demandante, sin que de los seguimientos de calidad, como es la auditoría médica se concluya la asunción de subordinación laboral, como tampoco la instrumentación dispuesta por la demandada para el servicio, dado los conocimientos especializados que junto al espacio de salud habilitado también requieren de profesionales especializados, sin la cual no podría realizarse los servicios requeridos por los usuarios, aunado a lo aclarado y corregido por el doctor OMAR MÉNDEZ, sobre la razón de su dicho, en razón del tiempo dispuesto por el actor para el servicio a institución prestadora de servicios de salud.

## COSTAS

Resuelto los puntos materia de inconformidad, costas de primera y segunda instancia a cargo de la parte actora; en segunda instancia, agencias en derecho por \$100.000-

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia por escrito conforme el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado - artículo 295-, sin norma frente a la presente providencia a la que actualmente pueda remitir el artículo 41 del CPTSS en orden de su artículo 145, se dispondrá la notificación por estado, lo que conlleva similar función de comunicación, publicidad y duración -por el término actualmente posible de un día-.

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,

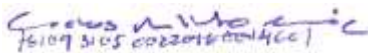
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Buenaventura, del 22 de febrero de 2018 dentro del proceso instaurado por el ciudadano NELSON HUNDRID ESTUPIÑÁN REINA contra la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA -COMFENALCO VALLEDELAGENTE-, para en lugar absolver de todas y cada una de las pretensiones a la entidad demandada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en primera y segunda instancia a cargo del actor, agencias en derecho en esta instancia por el valor de \$100.000.

Notifíquese por Estado.

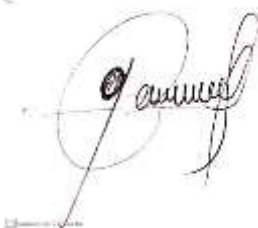
El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

**Despacho 004 De La Sala Laboral Del 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:  
**d94ffc435576d4b9e7f2a0a59fdfe2564209004dfa67e933fd2425084f87566**  
**d**

Documento generado en 16/09/2020 04:57:42 p.m.



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

*Guadalajara de Buga<sup>1</sup>. Dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020)*

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-109-31-05-003-2016-00175-01

Proceso: ORDINARIO                      LABORAL  
Demandantes:      LEONARDO DAVID SALAZAR SANCLEMENTE  
Demandado:        COSMITET LTDA  
Asunto:              APELACIÓN (sentencia)

SENTENCIA<sup>2</sup>

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, y las doctoras CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE Y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, quienes integran la Sala Primera de Decisión Laboral, con la finalidad de desatar el recurso de apelación respecto de la Sentencia proferida el 1 de febrero de 2018 (1/02/18) por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Buenaventura, que absolvió de todas las pretensiones a la sociedad demandada.

CONSIDERACIONES

El señor LEONARDO DAVID SALAZAR SANCLEMENTE por conducto de apoderada judicial interpuso *demanda ordinaria laboral de primera instancia* en contra de COSMITET LTDA, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 3º Laboral del Circuito de Buenaventura (V).

Pretensiones encaminadas a la declaratoria del contrato de trabajo alegado como existente entre el demandante y la sociedad demandada, entre el 15/05/10 hasta 31/05/16, sobre el cual se condene al pago de prestaciones sociales, cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, pagos efectuados al Sistema de Seguridad Social, riesgos laborales, pensión e indemnización de los artículos 64 y 65 CST, del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 e indexación.

En cuanto a la demanda se presentó como recuento fáctico que el actor se vinculó con la demandada para prestar sus servicios como fisioterapeuta a partir del 15 de mayo de 2010 en horario de 7:00 a.m. a 12:00 m y de 2:00 a 5.30 p.m. de lunes a viernes, horario que era fijado por la pasiva, vinculación bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios de manera escrita, que mensualmente debía

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> No. 107 -Control estadístico por secretaría.

presentar cuentas de cobro para el pago. Señaló que a pesar de la existencia el contrato de prestación de servicios, este se prestaba de forma personal acatando instrucciones y órdenes impartidas por su superior inmediato, supeditado al cumplimiento de los horarios fijados, contrato que se extendió hasta el 31 de mayo de 2016. Que le fue presentada carta de despido el 12 de abril de 2016, pero como no se tenía con quien suplir la vacante laboró hasta el 31 de mayo de 2016.

Indicó que en el registro contable el pago de salarios aparece como honorarios profesionales, descargando la totalidad de la obligación del pago por concepto de seguridad social en el actor, que su remuneración correspondió a \$6.000.000 mensuales, los cuales se pagaban en 3 o 4 cuotas, que nunca se le otorgaron vacaciones, no se le pagaron cesantías, intereses a las cesantías o su consignación, indicó que pasados más de 60 días, la empleadora no pagó la liquidación de prestaciones sociales en la cuenta de nómina una vez finalizada la relación laboral, así como tampoco entregó los comprobantes de pago de seguridad social y parafiscales de los últimos tres meses, por lo que considera que se hace acreedor a las sanciones del artículo 65 del CST.

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3º Laboral del Circuito de Buenaventura, mediante sentencia del 01/02/18 absolvió a la sociedad demandada de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda al establecer que la prestación del servicio del actor no devino de la existencia de un contrato de trabajo, retomando el precedente judicial por las diferencias entre contrato de trabajo y de prestación de servicios, se fundamentó en que el elemento de subordinación o dependencia, que determina la diferencia entre estos no lo narró como probado, para lo cual resaltó que el actor establecía la periodicidad de las terapias según la cantidad establecida, que atendía pacientes de otras EPS como de la Policía Nacional, situaciones que fueron confesadas por el mismo actor, además que tiene un consultorio como profesional independiente, circunstancias que distorsionan la características del contrato de trabajo de prestación de servicios, al señalarse que no era continua y permanente como lo exige el artículo 24 del CST, y que dan cuenta que el contratista gozaba de autonomía para la realización de la labor contratada.

De la prueba testimonial señaló que se evidencia contradicciones en sus dichos respecto al interrogatorio de parte rendido por el propio actor, al indicarse que este simplemente trabaja en las instalaciones de la demandada y que lo veía todos los días y después que trabajaba en un consultorio, además adujeron que el actor era un trabajador dependiente y exclusivo de la demandada por cuanto cumplía órdenes estrictas del coordinador médico, horario de trabajo impuesto, circunstancias que al entrever del despacho no lograron evidenciar la existencia de una relación contractual, de allí tomó por desvirtuada la existencia del contrato de trabajo y relevada del estudio de las pretensiones de carácter económico contenidas en la demanda.

## RECURSO APELACIÓN PARTE ACTORA

Interpuesto el recurso de apelación se sustentó en que la parte demandada y demandante tenían un contrato de trabajo con la prestación a Cosmitet, debiendo cumplir con un horario de trabajo, recibiendo órdenes y un sueldo por su trabajo, de allí que insista ante el Tribunal en que se revoque la sentencia aplicada y en su

lugar se profieran las condenas por las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas e indemnización moratoria que hubiere lugar (min. 16:23).

## 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, la sociedad demandada se pronunció al respecto:

*" Considera este extremo procesal que la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura dentro de este proceso, deberá ser confirmada por no haberse cumplido los elementos constitutivos de un contrato de trabajo, toda vez que el acervo probatorio obrante en el expediente, desvirtuó tal pretensión."*

## CONSIDERACIONES

*El problema jurídico se fundamenta en establecer la alegada existencia de una relación de trabajo entre el accionante y la demandada, y si por esta nació una relación subordinada, personal y continua en los términos previstos por el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo. Si se encontrara establecido este primer derrotero, se verificará la procedencia de las pretensiones de condena.*

Al respecto el artículo 53 Constitucional consagra el canon de "*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 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 Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia bajo radicado 22259 de 2004. Al respecto, la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia C-154/97, expresó que:

*"(...) el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. Para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo.*

*En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada. Sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.*



*(...) Desde luego que si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante"*

Indicados los extremos laborales pretendidos, la prosperidad de las pretensiones resulta como respuesta del deber de demostrar efectivamente la prestación de labor en beneficio de COSMITET LTDA, carga probatoria que recae en la parte actora ya que el mismo debe ser prestado de manera personal y exclusiva por el trabajador, y acreditando los extremos de la relación laboral.

De la documental aportada como es la carta de terminación de contrato de prestación de servicios medico asistenciales (fl. 15), historial de pagos (fl. 16-18), extractos bancarios con relación a consignaciones al actor en bancos BBVA y Bancolombia (fl. 19-26 y 27-29), contrato a término fijo (fl. 42) y contrato prestación de servicios del señor DELIO MOSQUERA DIAZ (fl. 59-61), contrato a término fijo señora MAYTE GOMEZ MUÑOZ (fl. 46), Copia la sentencia del 02/09/05 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura (fl. 47-57), sentencia No. 029 del 05/06/08, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura (fl. 58-67), copia sentencia del 21/06/06 proferida por el Honorable Tribunal Superior de Buga (fl. 68-97), copia contrato de prestación de servicios médico-asistenciales (fl. 119-124), anexo contrato (fl. 125), comprobantes de egreso (fl. 126 - 216) y cuentas de cobro presentadas por el actor (fl. 217-243), si bien junto a la contestación de la demandada (hecho 11), se da cuenta de una prestación del servicio como fisioterapeuta con Cosmitet LTDA, se precisó en respuesta al tal hecho que tal servicio es diferente a las actividades de visitas domiciliarias, por lo cual surgió otro conflicto laboral entre las partes (fl. 110), también se indica que se estableció una modalidad contractual "por actividad" (fl. 120) pactada en la suma de \$5.000 por sesión, para un valor del contrato por \$72.000.000, determinándose el servicio como consulta externa bajo el código 314 (fisioterapia) objeto contractual que se estableció como "*prestar servicios de manera especial y exclusiva para los docentes activos, pensionados y sus beneficiarios adscritos al REGUMEN ESPECIAL DEL FONDO NACIONAL DE PRETSACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO , en la región N° 1 del departamento del Valle del Cauca, Municipio de Buenaventura*".

Al respecto debe indicarse ante la insistencia en el recurso de apelación, que de los anteriores documentos no es dable tener por demostrada una jornada laboral continua, es decir que se tenga certeza que dentro de los extremos aducidos la actividad fuera permanente, continua o permitiera identificar la periodicidad de prestación del servicio, como tampoco se logra establecer con certeza los extremos temporales aducidos por el actor ni que la prestación del servicio desconozca la naturaleza jurídica de una prestación de servicios profesionales, pues se observa que la presentación de cuentas de cobro las cuales eran determinadas y limitadas como "cuenta por pagar a proveedores", establecían como comprador del servicio a la entidad demandada y como beneficiario del pago al actor, quien en el final de cada documento manifiesta el cumplimiento del Decreto 129/10 en lo referente al pago de aportes a la seguridad social (EPS y FONDO DE PENSIONES), ahora bien en cuanto a los elementos propios del contrato realidad, más allá de la documental presentada, en los testimonios en forma relevante , se expresó:

En forma relevante la señora OLGA CHAVEZ PERLAZA (min. 25:37 – 19/09/17) señaló que el actor tenía 2 contratos unos eran pacientes en casa y otra por

rehabilitación. Que el actor tenía su IPS donde contaba con una auxiliar que le ayudaba. Que las ordenes no se le agendaban, sino que eran los proveedores del servicio los que programaban las citas, indicó que el Dr. Arzusa era el coordinador médico de puertos, pero no sabe si de este el actor recibía órdenes. Que las quejas o dudas se hacían en la coordinación médica y allí se dirigían a la oficina de atención al ciudadano, y que si usaba uniforme pero no sabe si tenía logo ni carné.

Por su parte la ciudadana MARITZA CABEZAS BANGUERA quien como terapeuta respiratoria señaló conocer al actor desde 2008 cuando prestaba el servicio y hasta el 2010 cuando los pasaron a la Clínica Santa Sofía como consulta externa. Que desarrollaba sus actividades en sus instalaciones de 7:00 a.m. a 12:00 m y de 2:00 a 6:00 p.m. hasta 2016, que trabajó también en el servicio domiciliario, el cual se turnaba con una compañera y siempre que terminaba el servicio tenía que reportarse al Dr. Arzusa, coordinador de puertos y al Dr. Castillo, coordinador de Magisterio. Que prestaba sus servicios, por orden del Dr. Arzusa en el consultorio de Cosmitet, por consulta externa y domiciliaria. Refirió que recibía como salario 4 millones de pesos por cuentas de cobro mensual, que Cosmitet, le ponía número de pacientes, pero que el servicio dependía del número de pacientes, agenda que era cuadraba por el Dr. Arzusa, con el listado de domiciliarias, y pacientes con sus horarios, pero el horario final lo colocaban en la secretaria del consultorio, indicó que tenía que pasar un permiso para ausentarse y él decidía como hacía para cubrir el servicio y que no podía atender pacientes externos a Puertos y Magisterio (min. 39:10 – 19/09/17).

IRMA DEL CARMEN ECHAVARRÍA PÉREZ como compañera de trabajo del actor desde 2008 a 2012, quien era secretaria para la demandada y veía al actor como fisioterapeuta diariamente en la Clínica Santa Sofía, este último que tenía horario de 2:00 p.m. a 6:30 p.m. y consultorio donde atendía pacientes en la Clínica, recibiendo órdenes del gerente médico respecto a la agenda de pacientes. Señaló que después de 2011 atendía en un lugar o punto diferente, que no trabajaba para más entidades, y que atendía pacientes domiciliarios en la mañana. Que fue contratado por prestación de servicios y que posterior a la salida de ella en agosto de 2012 él siguió trabajando. Que en el consultorio había una asistente y una secretaria, que tenía un contrato de 6 millones pero que después se lo bajaron. Que le consignaban en cuenta bancaria previa presentación de cuenta de cobro. Narró que este pagaba la seguridad social pero no sabe si alguna póliza también. Que tenía que pedir permiso para salir, se tramitaba por teléfono. Que usaba uniforme que este compraba, no tenía logo ni carné. Que la demandada no le decía cuántos pacientes tenía que atender ya que se le pagaba por un valor global no por paciente (min. 3:48 - 1/02/18).

ANDREA DEL PILAR ROSENDO PUERTAS quien refirió haber sido compañera del actor desde 2010 hasta 2014, de él expresó que no atendía personas fuera de Cosmitet, además que prestaba los servicios de domiciliaria en la mañana, adulto mayor al medio día y en la tarde estaba en consulta externa. Que el consultorio era de la demandada pero que no había más funcionarios en dicha sede. Que recibía órdenes del coordinador médico y que era a ella a quien debía pedir permiso para organizar los pacientes que atender postergando sus citas, la cual se tramitaba verbalmente, bajo horario y pago por medio de cuentas de cobro. Que el último salario, según lo manifestado por el actor, fue entre cinco y seis millones hasta 2014. Asume que el consultorio era de la demandada porque era donde mandaban los pacientes, por ser la sede habilitada para la prestación del servicio por consulta externa, ya fuera porque familiares tenían referencia de ese consultorio, o el

demandante le indicaba que iba para allá, quien hacía servicio domiciliario por la mañana y atendió en consultorio por la tarde (min. 18:36 - 1/02/18).

De la testimonial recaudada se logra establecer que el hoy demandante prestó sus servicios de fisioterapeuta en virtud de un contrato de prestación de servicios suscrito con la demandada el cual finalizó en el mes de mayo de 2016, servicio que se prestó en sede alterna a la clínica Santa Sofía sede de la demandada.

Del interrogatorio absuelto por el demandante (min. 14:49), se extrae que el actor mientras prestaba sus servicios para la demandada también lo realizó en oportunidades para usuarios de la Policía Nacional, sin determinarse claramente si los mismos pertenecían a contratos de la demandada o si era por contratación externa. Se establece que el consultorio en el cual se prestaba el servicio por parte del actor no era propiamente de la demandada, toda vez que él lo identificó como sede de una IPS en cabeza suya, donde se encuentran implementos propios del actor y otros cedidos por la demandada, donde se cuenta con una auxiliar, la cual trabaja a cargo del actor y a la cual se le cancelan emolumentos directamente por este. Se establece además que el uso del consultorio del actor, se empleaba para la atención de pacientes remitidos por la demandada, bajo órdenes de remisión expedidas por los médicos generales y especialistas de la Clínica Santa Sofía y que tras una valoración previa se realizaba la programación de consultas, por tanto se determina que los turnos de atención si bien pudieron estar establecidos en un horario general de atención al usuario, las consultas externas que este atendía, se creaban conforme a su disponibilidad de tiempo.

Del interrogatorio de parte de la demandada si bien no fue específico en señalar que el actor se podía desligar del servicio y que este coordinaba el cubrimiento del servicio que prestaba en la entidad con otros profesionales, al señalar desconocer el clausulado de lo contratado, ha de recordarse que de las condiciones allí pactadas, en especial la cláusula 17° (fl. 123) señalan la naturaleza de la relación contractual entre las partes como "no laboral", recalcando que el actor aportaba las herramientas de trabajo como bien lo aceptó, afirmaciones que conducen en principio a que dichos factores no se enmarquen al contrato de orden laboral, si considera que se tenían contratados servicios de fisioterapia por remisión y programación de pacientes por el demandante a su agenda.

De los testimonios de IRMA DEL CARMEN ECHAVARRIA PEREZ y ANDREA DEL PILAR ROSENDO PUERTAS se estableció que el actor laboraba simultáneamente bajo tres modalidades de prestación de servicio, consulta domiciliaria, consulta de adulto mayor y consulta externa, las mismas no fueron contestes en afirmar la razón del dicho de la sujeción del consultorio en donde se prestaba el servicio a cargo de la demandada, por el contrario el actor en el interrogatorio fue preciso en indicar que la prestación del servicio se diferenciaba entre domiciliario el cual era objeto del proceso laboral diferente y el presente que hacía alusión a la prestación del servicio de consulta externa, por lo que si bien se señala que el actor prestaba sus servicios en horario del medio día en sede de la Clínica Santa Sofía, las mismas no fueron determinantes para establecer la continuada prestación de este servicio, aun más cuando las mismas se desempeñaron en áreas totalmente distintas a las del actor, como lo son en la secretaría y en acompañamiento en el servicio domiciliario anunciado, lo cual según su relato se realizaba en horarios diferentes al medio día, por tanto no se encuentra coherente el dicho de las deponentes en razón al conocimiento de la prestación del servicio en sede de la demandada o en consulta externa, los testimonios no contribuyeron al hecho demostrativo de una relación laboral.

Al contrario, se observa que el contratista obró como proveedor de servicios, situación que fuese establecida junto a lo informado por el demandante en el hecho de aceptar la existencia de la IPS y consultorio a su cargo, desde un inicio con los testimonios de OLGA CHÁVEZ PERLAZA y MARITZA CABEZAS BANGUERA quienes fueron coherentes en establecer que la prestación del servicio se realizaba con independencia por el actor, que si bien pudo tener remisión de pacientes por la demandada, no se deslegitimo la existencia de una labor propia sin restricciones ya que nunca estuvo sometido a la continuada y permanente subordinación respecto de la demandada, pues este organizaba los turnos de atención, cubría el pago de sus dependientes y aportaba sus elementos de trabajo en el contexto de una autonomía en el manejo y registro del consultorio a su cargo, resaltando que de la totalidad de los testimonios recaudados no se pudo establecer la propiedad, administración o injerencia cierta por la demandada del lugar donde se desarrollaron las actividades por el actor.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el recurso no fue específico en los puntos de análisis por la alzada, de la valoración conjunta del acervo probatorio recaudado no se encuentran elementos probatorios suficientes que permitan establecer la continuada y permanente subordinación por parte de la hoy demandada, tampoco la aplicación del principio emanado del artículo 24 del CST, por lo antes expuesto ante la aceptación de un conjunto de medios dispuestos para prestar el servicio por el actor ha de indicarse la ausencia de material probatorio que brinde a esta Sala certeza absoluta sobre la estructuración de la realidad sobre las formas, lo anterior en conjunto con el deber procesal no cumplido a cargo del actor, que emana del artículo 167 del CGP (Art. 177 CPC) aplicable por remisión en virtud del artículo 145 del CPTSS, a efectos que los supuestos de la enunciada relación de trabajo subordinada, personal y determinable en el tiempo se evidenciaran con certeza del conjunto de medios probatorios allegados, razones que llevan a confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura del 1/02/18.

## COSTAS

Costas en segunda instancia a cargo del apelante, sin agencias en derecho en cuanto se habría conocido en grado jurisdiccional de consulta.

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia por escrito conforme el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado - artículo 295-, sin norma frente a la presente providencia a la que actualmente pueda remitir el artículo 41 del CPTSS en orden de su artículo 145, se dispondrá la notificación por estado, lo que conlleva similar función de comunicación, publicidad y duración -por el término actualmente posible de un día-.

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,

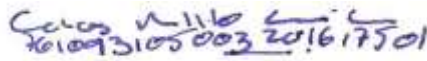
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 1 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Buenaventura, en donde el demandante fue LEONARDO DAVID SALAZAR SANCLEMENTE identificado con C.C. N° 14.472.648 y demandada la COSMITET LTDA con NIT 830.023.202-1, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS en segunda instancia a cargo del apelante, sin agencias en derecho en cuanto se habría conocido en grado jurisdiccional de consulta

Notifíquese por Estado.

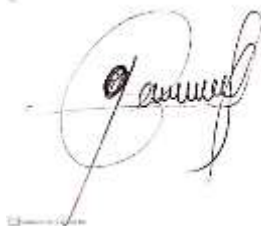
El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

**Firmado Por:**

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**Despacho 004 De La Sala Laboral Del 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:  
**44d72e2311593bd29d0e4c0ba58fcfc2679026e577378c83f507c3dc336a839b**

Documento generado en 16/09/2020 04:57:54 p.m.



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

*Guadalajara de Buga<sup>1</sup>. Dieciséis (16) de septiembre dos mil veinte (2020)*

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-834-31-05-001-2016-00346-01

Proceso: Ordinario Laboral de Primera instancia  
Demandante: NUBIA MONTES MORALES  
Demandado: PORVENIR S.A.  
Asunto: CONSULTA (sentencia)

**SENTENCIA<sup>2</sup>**

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 30 de mayo de 2019 (30.05.19) por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (V).

**ANTECEDENTES**

La señora, NUBIA MONTES MORALES, por conducto de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la A.F.P PORVENIR S.A., cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (V) para su conocimiento.

Presentó como recuento factico que Fabián Andrés Montes hijo de la demandante falleció el 22 de octubre de 2008, quien siempre le ayudó económicamente, que a la fecha de su muerte vivía con ella, su abuela y un hermano menor en la Calle 26 B No 1 A-78, barrio San Pedro Claver del Municipio de Tuluá, que los gastos familiares eran cubiertos por el mismo en un 70%, que el dinero restante lo aportaba su madre quien no tenía un trabajo estable, por lo que después de su muerte quedo desprotegida económicamente, razón por la cual tuvo que ir a vivir bajo el techo del padre de su hijo menor Carlos Alberto Ocampo Montes.

Indica que el causante se encontraba cotizando a través de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir SA, frente a la cual se presentó reclamación administrativa el 24 de noviembre de 2011, la cual mediante oficio del 20 de Enero del 2012 rechazó la solicitud argumentando que si bien es cierto, el joven Montes

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. 105 control estadístico

dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento, es decir, desde el 22 de octubre de 2005 hasta el 22 de octubre de 2008, cotizó un total de 78,14 semanas, cumpliendo con el requisito de las 50 semanas obrantes para acceder al beneficio, la madre solicitante no reside en la dirección aportada y se encuentra viviendo con su compañero permanente, ante la anterior respuesta el 16 de febrero de 2012 solicitó la reconsideración, vencido el término legal para responder sin respuesta a la misma interpuso Acción de Tutela la cual correspondió al Juzgado Cuarto Civil Municipal de Tuluá, radicación 2012-249, el cual mediante sentencia del 8 de agosto de 2012 tuteló el derecho fundamental de petición. BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S A, dio respuesta sobre la solicitud de reconsideración el 16 de febrero de 2012 y teniendo en cuenta que no correspondió a una respuesta de fondo, se radicó el 19 de junio del 2014, derecho de petición solicitando expedición de copias magnéticas o físicas de todo el proceso administrativo, que vencido el término legal se interpuso nueva acción de tutela el 31 de Julio de 2014, conociendo el Juzgado Primero Civil Municipal de Tuluá radicación No. 2014-278, el cual a través de la Sentencia del 15 de agosto de 2014 ordenó remitirle copia del proceso administrativo dentro de los cuales se encuentra el estudio de dependencia económica que acredita la condición de la actora.

La demanda anterior tuvo como pretensiones el reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes, retroactivo pensional sobre el mismo, los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 e indexación (fls. 2-15), la que fue admitida el 9 de diciembre de 2016 (fl. 122); la demandada procedió a contestar oponiéndose a las pretensiones; propuso las excepciones de fondo prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para demandar, falta de cumplimiento de los requisitos legales para reconocer la pensión de sobrevivencia (fls. 135-152).

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá, (V.) mediante la sentencia No. 86 proferida en audiencia pública llevada a cabo el 30.04.2019, resolvió:

*«(...) PRIMERO: DENEGAR todas las pretensiones de la demanda.*

*SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, se fijan las agencias en derecho suma de medio SMLM al momento de liquidación de las costas*

*TERCERO: Por haber sido completamente desfavorable a la parte demandante se conceder grado jurisdiccional de CONSULTA en casa de que la sentencia nn fuese apelada.*

*Por su pronunciamiento oral la presente sentencia queda notificada legalmente a las partes en ESTRADOS”*

#### CONSULTA

Sin recurso alguno y que la sentencia de primera instancia resultó desfavorable a la parte actora se procederá a resolver en Grado Jurisdiccional de Consulta, en cumplimiento de la sentencia C-424 de 2015.

## 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 pronunció al respecto:

La parte demandante, solicitó revocar la sentencia de primer grado, teniendo en cuenta que el causante dejó causado el derecho a la pensión de sobreviviente de conformidad con la Ley 797 de 2003; que la demandante como beneficiaria del señor Fabian Andrés Montes, demostró la dependencia económica, como se observa de lo narrado en el interrogatorio de parte y los testimonios. Las demandadas en correos electrónicos del 28 de julio de 2020, en documento anexo, en síntesis solicitaron se confirme la sentencia remitida en consulta en atención que no se demostró la dependencia económica de la demandante por los ingresos del afiliado, bajo criterios de certeza, regularidad y significancia, conforme ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral.

Grado Jurisdiccional de Consulta que se resuelve conforme artículo 61 del CPTSS, 280 y 281 del CGP según indicación por relevancia, de acuerdo a las siguientes,

### CONSIDERACIONES

*El problema jurídico* que debe resolverse se relaciona con la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la parte actora en calidad de progenitora del señor Fabián Andrés Montes, previa verificación de la causación del derecho por parte del afiliado.

Se encuentra acreditado que el alegado causante falleció el 22.10.08 como se observa en el Registro Civil de Defunción (fl. 17), así como también la calidad de afiliado del causante inicialmente con AFP HORIZONTE desde el 06.06.06 hasta el 31.12.13 momento en el cual, por cesión a razón de fusión empresarial, fue trasladado a AFP PORVENIR S.A., pues no fue objeto de controversia y así lo respaldan las documentales allegadas al informativo (fl. 177).

En este orden, el hecho generador es la muerte del señor Fabián Andrés Montes, que como ya se anunció para el año 2008. Siendo el precepto aplicable para el examen de viabilidad de las pretensiones el contenido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la ley 797 de 2003 que establece que tendrán derecho a obtener la prestación reclamada los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Complementa lo anterior el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 al disponer la calidad de beneficiarios de los padres dependientes económicamente; a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho. El texto en cita exige, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes de origen común, el afiliado Fabián Andrés Montes debía haber cotizado no menos de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de la muerte, es decir, entre 22.10.05 y el 22.10.08.



Es pertinente aclarar, que conforme lo informado por la reclamante en escrito de fecha 23.11.11 se trata de un hecho por el que no se puede hablar de un accidente de trabajo donde perdió la vida el asegurado, amparada por el Sistema General de Riesgos hoy Laborales, de manera que el estudio se debe realizar bajo las disposiciones normativas aludidas en precedencia.

Así entre los medios de pruebas arrimados, obra dentro del expediente reporte de semanas cotizadas en pensiones del afiliado fallecido (fl. 182-185) y de respuesta emitida por la accionada el 20.01.12 (167-170), observándose dentro de los documentos, aportes como dependiente realizados por el señor FABIAN ANDRÉS MONTES en forma interrumpida en el trienio que antecede al momento de la muerte 22.10.08 y el mismo día y mes del año 2005-, representados en un total de 78,14 semanas cotizadas al SGSS por los riesgos de IVM de origen común a cargo del Régimen de Ahorro Individual; las cuales resultan suficientes para consolidar el derecho en favor de su grupo familiar por sobrevivencia, pues la disposición antes enunciada exige solo 50 semanas.

Por su parte la Corte Constitucional en Sentencia T-485/11 sobre la dependencia económica determinó que supone un criterio de necesidad que supedita al beneficiario de la pensión de sobrevivientes al auxilio que recibía por parte del causante, convirtiéndole en imprescindible.

Ahora, esta Sala se ocupará de verificar las pruebas obrantes en el proceso, que según la decisión de la a-quo, no dan certeza de los derechos reclamados por la actora.

Der la prueba documental aportada se encuentra, de acuerdo a razones de relevancia, copia de respuesta suscrita por Nubia Montes Morales a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías el 16 de diciembre de 2011, en la cual hace un relato de los gastos familiares (fl. 19) que señala que el causante aportaba al núcleo familiar un promedio de entre \$300.000 y \$320.000 mensuales y que la actora aportaba el resto para un total de \$450.000 como gastos globales; copia de solicitud de pensión de sobrevivientes del 23 de noviembre de 2011, donde la actora reporta como su lugar de residencia la Calle 26 b N° 1ª-78 de Tuluá (fl. 20); copia de derecho de petición suscrito por la actora el 14 de febrero de 2012 y radicado ante BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías el 16 de febrero de 2012, donde señala que a la fecha de fallecimiento de su hijo residía junto a este y la abuela materna Alicia Morales en la dirección antes indicada; Oficio EPJTP 12-0411 de fecha 20.01.12 por medio del cual la AFP señala el motivo de rechazo de la prestación al indicar que mediante comunicación del 27.11.11 BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. objetó la solicitud bajo el argumento:

*"(...) Con base en la información suministrado por el investigador se verificó quo e la fecha de fallecimiento del afiliado de la referencia la señora madre solicitante de la pensión, no reside en la dirección aportada, dirección esta que corresponda a la casa de la abuela materna del afiliado, quien siempre vive con su abuela. Igualmente se verificó que la señora madre del afiliado su encuentra viviendo con su compañero permanente con quien tenía un hijo de aproximadamente 18 años de edad. Así mismo, se verificó que la señora madre del afiliado se encuentra reportada en salud como beneficiaria de su compañero permanente desde el año 1997. Igualmente, se verificó que la señora madre del afiliado de la referencia desde el mes de abril de 2008 y hasta su fallecimiento no tuvo vínculo laboral dependiente. Así mismo, se*

*verificó que la señora madre del afiliado trabaja en una procesadora de alimentos de propiedad de su compañero permanente y donde según manifiestan también laboró el afiliado. Así mismo se verificó que el afiliado tuvo servicios médicos de salud a través de la EPS Saludcoop donde no reporta beneficiarios, pudiendo establecer de esta forma que la señora madre no dependía Económicamente del afiliado sino de su compañero permanente”.*

Conclusión arrimada bajo estudio de dependencia realizado por analista de indemnizaciones de vida BBVA SEGUROS el 19.12.11 (fl. 78-80); declaración realizada por el señor Carlos Alberto Ocampo Ayala de fecha 15.12.11 en la cual manifiesta haber convivido con la actora desde 1991 hasta 2005 momento en el cual el afiliado se hizo cargo de ella.

Ahora bien, para la valoración probatoria de la documental antes indicada, es pertinente verificar los demás medios probatorios recaudados, con el fin de establecer bajo el principio de unidad de la prueba, la concordancia de hechos puestos en conocimiento, obran las declaraciones practicadas en instancia que dan cuenta de lo siguiente:

Declaración de parte demandante en audiencia del 21.09.17, quien narró que, a la fecha de fallecimiento de su hijo, esta no vivía con su compañero permanente y que el hijo en común vivía con este. Que los servicios de la EPS los recibía como beneficiaria del compañero permanente hace más de 10 años. Que después del fallecimiento de su hijo esta volvió a vivir con su compañero hasta el momento del grado de su otro hijo, pero no en relación marital. Señala que al momento de fallecimiento laboraba en empresa procesadora de su compañero permanente “Procesadora de pollos chacha”, junto a su hijo Fabian Andrés, devengando \$200.000 y su hijo \$350.000, sin embargo, no recibía aportes a la seguridad social. Indica que posterior a la muerte de su hijo, la misma se trasladó con su compañero, tres (3) meses después, momento en el cual fue cuando la demandada fue encuestada por la aseguradora. Señala que su madre (abuela del causante) no aportaba al hogar y su hijo el causante era el que aportaba para la alimentación, el 30.04.19 (min. 51:20), adicional a lo relatado, señaló que su expareja se llama Carlos Alberto Ocampo, que debido a problemas económicos se separó, quien se encargó de la manutención de su hijo en común. Para dicho momento, ella retorna a la vivienda de su madre con el causante; señaló que se sostenían con lo que devengaban tanto esta como su hijo y que la abuela no aportaba al hogar. Indica que el señor Ocampo le ofreció a su hijo trabajar en la procesadora de pollos, pero allí ingresó no como trabajador sino como socio, y que era este quien estaba en el proyecto de impulsar el negocio, para lo cual fue hipotecada la vivienda familiar con el fin de obtener un crédito de 10 millones para impulsarlo. Que trabajó en la procesadora con posterioridad al fallecimiento de su hijo y que antes solo realizaba labores esporádicas de aseo. Que su hijo era quien aportaba para la manutención del hogar, sin embargo, desconoce cuánto ganaba, solo que estuvo alrededor de 4 meses, ya que realizaba una labor como independiente, que en principio percibía ingresos por su expareja, indicó que la misma se encuentra afiliada al seguro social por su expareja, pero que es cancelado por la hermana de este. Señala que nunca la visitaron para verificar la dependencia de su hijo (min 8:00).

Julián Andrés Aguirre Arredondo por su parte señaló ser amigo y vecino de la demandante y causante, que la demandante siempre trabajó en casas de familia en labores del servicio incluso en el año 2008 así como en la procesadora de pollos hasta un año antes de su fallecimiento, pero no fue concreto en afirmar la

continuidad de esta, y reiterando que el único apoyo familiar era el dado por el causante. Indicó que, a partir de los 16 años del causante, este empezó a colaborar en los gastos del hogar, señaló que este vivía con la madre y la abuela, y en ocasiones con el hermano en la Calle 26b con carrera 2º, y que el declarante vivía a tres casas. Que la casa era de la abuela del causante quien no laboraba, ni tenía negocio alguno. Señala que, en los últimos días del causante, este estaba buscando establecer una procesadora de pollos, y haciendo labores de obra esporádicas, sin especificar la temporalidad o formalidad, señaló que desconoce los gastos familiares ni lo que aportaba el causante, quien es contemporáneo en edad del causante y que estuvo prestando servicio militar entre los 18 años hasta los 21 años en febrero de 2008. Señaló que a partir del fallecimiento, la madre del causante y su abuela, se empezó a trabajar en la venta de arepas hasta la fecha en lugar diferente a la residencia, itera que la accionante siguió viviendo alrededor de 4 años adicionales a la muerte del causante en la casa de la abuela materna (min 2:14).

De la prueba recaudada se tiene que después de haberse pronunciado desfavorablemente la demandada frente a la solicitud de pensión de sobrevivientes presentada, es quien acude a la acción ordinaria laboral pretendiendo acreditar la calidad de beneficiaria, sin que esta Sala encuentre acreditado concretamente la dependencia económica, teniendo en cuenta que si bien la actora señaló que el causante era quien solventaba los gastos de la vivienda en la cual residían, quien realizaba trabajos esporádicos en aseo en hogares, los cuales indica no eran frecuentes si no de manera esporádica y que se encontraba desarrollando un proyecto de negocio junto a la expareja de la actora, correspondiente a una procesadora de pollos, proyecto en el cual se indica que ingresó como forma de apoyo de su expareja, en forma de emprendimiento, empresa que inició alrededor de un año antes del fallecimiento y el cual según el dicho de la misma tan solo duró un periodo de 3 a 4 meses, durante el cual el causante recibía salario por parte de la expareja de la actora y del negocio mismo, al ser este un tipo de socio una vez realizadas las labores de construcción.

Lo anterior se encuentra incongruente en el sentido de no encontrarse acreditado que con posterioridad a dicha data una vez concluido el proyecto indicado hasta el momento del fallecimiento del causante, esto es alrededor de 8 meses, el actor haya aportado para el sostenimiento del hogar y que no haya sido la misma actora, quien manifestaba realizar labores de aseo y por tanto encabezara el sostenimiento, pues si bien del testimonio del señor Julián Andrés Aguirre Arredondo se extrae el conocimiento sobre la labor desarrollada por la actora, también lo es que desde un momento anterior al fallecimiento, el afiliado no ostentó un trabajo estable o ingreso demostrado como consistente que permitiese solventar las obligaciones como aportante del hogar y manutención de forma relevante en condiciones mínimas de dignidad para su progenitora.

Ahora bien, de la manifestación realizada por la actora se extrae que en desarrollo del proyecto impulsado por su hijo se procedió a la hipoteca de la vivienda familiar, con el fin de buscar liquidez, situación que deja entrever los problemas económicos que se presentaban al interior del núcleo familiar, pero no es dicente de la no concurrencia de ella en el apoyo para el pago de la manutención del hogar y de las cuotas bancarias generadas por el crédito otorgado, circunstancia que no permite evidenciar con claridad cómo ocurrió el manejo de las ingresos y gastos al interior del hogar, si bien se expresó por esta (fl. 19) que el causante aportaba al núcleo familiar un promedio entre \$300.000 y \$320.000 mensuales y que la actora aportaba el resto (\$150.000 en promedio) para un total de \$450.000, no se acredita

dentro del plenario el valor de la cuota crediticia o si lo que se aportaba como manutención era para cubrir tal obligación, circunstancia que conlleva a indicar que no se encuentra plenamente demostrada la dependencia económica de la demandante frente a los ingresos del causante.

De igual forma, se presenta un hecho que es ilustrativo de una posible colaboración económica externa a la manifestada del causante y es la presentada por el excompañero de la actora, del cual se establece que se cubrieron sus aportes en salud o afiliación por intermedio de la hermana, aunado al hecho de la temporalidad del vínculo sentimental, que se señala fue interrumpido por un tiempo debido a diferencias de orden económico y que tras el fallecimiento del causante, la actora volvió a vivir bajo el mismo techo, situaciones que dan cuenta que durante toda la relación y con posterioridad al fallecimiento del causante, el señor Alberto Ocampo, ha estado presente, lo que deslegitima la idea de dependencia exclusiva de su hijo, elementos de juicio a los cuales llega esta Sala al no tener elementos adicionales a los manifestados u aportados, dado que al plenario no se aportó prueba que acredite la forma en que el afiliado en tiempo cercano al fallecimiento obtenía ingresos y realizaba aporte económico para el sostenimiento del hogar.

Si bien no se desconoce el precedente de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia del 13 de abril de 2016 bajo radicado 48064, dentro del que se aclara que la dependencia no debe ser absoluta y por lo cual se pueden suministrar ayudas para la manutención de la accionante; lo que se debe evidenciar es *el grado de necesidad de aquella* a lo entregado por el causante, para que se viviera en condiciones dignas, aspecto que en el presente proceso no se logró demostrar, conforme carga de la prueba a cargo de la parte demandante en los términos del artículo 167 del CGP por remisión del artículo 145 del CGP.

En consecuencia, las pretensiones no están avocadas a condena alguna, habida cuenta que no quedó acreditada la dependencia económica de la demandante, respecto del afiliado fallecido, de allí, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

## COSTAS

Como quiera que el conocimiento del presente asunto 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.

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia por escrito conforme el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado -Artículo 295-, sin norma frente a la presente providencia a la que actualmente pueda remitir el artículo 41 del CPTSS en orden de su artículo 145, se dispondrá la notificación por estado, lo que conlleva similar función de comunicación, publicidad y duración -por el término actualmente posible de un día-.

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,

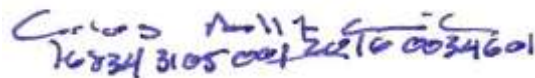
## RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 30 de abril de 2019 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (v), siendo parte demandante la señora NUBIA MONTES MORALES quien se identifica con C.C. N° 66.713.974 y demandada PORVENIR S.A. y llamada en garantía BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia, como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese por Estados.

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 004 De La Sala Laboral Del 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:  
**e37727092ffa9e6df99785e20bd14f8c5b81c1b691ee430b3e313eb59236c51a**

Documento generado en 16/09/2020 04:58:29 p.m.



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

*Guadalajara de Buga<sup>1</sup>. Dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020)*

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-834-31-05-001-2016-00416-01

Proceso : Ejecutivo Laboral de primera instancia  
Demandante: MARLIN YALINA SUAREZ SÁNCHEZ  
Demandado : COOTRAESCO LTDA.  
Asunto : Apelación Auto

**AUTO<sup>2</sup>**

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, proceden a desatar el recurso de apelación respecto del auto proferido el 22 de julio de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (V).

**ANTECEDENTES**

La señora MARLIN YALINA SUAREZ SÁNCHEZ obrando a través de apoderada judicial, interpuso demanda ejecutiva contra la COOPERATIVA DE TRANSPORTE ESCOLAR Y VARIOS LTDA. y solidariamente en contra de los socios JHON JAIRO ÁVILA, ZULY QUINTERO, ANA LUZ SARMIENTO, RUBIELA LÓPEZ, HÉCTOR ESCOBAR, TERESA MARÍN, LUCY STELLA BUENAÑO, GLORIA HERNÁNDEZ, CARLIN JANETH PEÑA, HENRY MORALES LOZANO; solicitando se libre mandamiento de pago con base en la sentencia 26 de febrero de 2019 proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Tuluá, por los siguientes conceptos: Cesantías \$ 1.042.254,40; prima de servicios \$ 1.042.254,40; compensación de vacaciones \$564.996,78; intereses a las cesantías \$125.070,53; sanción por no consignación de las cesantías \$ 8.070.655,00; indemnización por despido injusto \$729.073,21; agencias en derecho \$1.500.000,00. (fl. 6)

Mediante auto del 22 de julio de 2019, se impartió trámite a la solicitud de ejecución frente a COOTRAESCO LTDA., determinando el juzgado en el numeral primero de dicha providencia las sumas de dinero respecto de las que recae la misma y que se derivan del título base de recaudo que encontró ajustado a los preceptuado en el artículo 100

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup>No. 25 (Interlocutorio) para control estadístico

del Estatuto Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y artículo 422 del Código General del Proceso. No obstante, lo anterior, en el numeral segundo de la precitada, se dispuso no emitir orden de apremio en contra de los socios, argumentado el fallador de instancia que los nombrados no fueron demandados dentro del proceso ordinario.

## MOTIVOS DE CENSURA

Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el auto en comento. Sustentó el mismo, señalando que mediante sentencia del 26 de febrero de 2019, se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la sociedad COOTRAESCO LTDA. y la señora MARLIN YALINA SUAREZ; que como se observó en el proceso la sociedad demandada, ejerció su derecho de defensa, a través de su representante legal Antonio Sánchez Vargas, por tanto al declararse la existencia del contrato, el fallo obliga a la persona jurídica y solidariamente a los socios, tal como lo establecen los artículos 353 del Código de Comercio y el artículo 36 del Código Laboral; que por ministerio de la Ley, aunque no se demandó a los socios en el proceso declarativo estos son solidariamente responsables al pago, al ser una sociedad limitada estos responden hasta con su patrimonio; que por lo anterior, solicita se revoque los numerales segundo y tercero del auto apelado, ordenando el mandamiento contra los socios y se ordenen las medidas de embargo (fls. 17-19). El Juzgado de instancia concedió la apelación en el efecto devolutivo (fl. 20).

## 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 pronunció al respecto:

La parte demandante, solicita la revocatoria del auto, con base en lo expuesto en su recurso de apelación, agrega que no tendría lógica jurídica, que el Juez declare el vínculo laboral con la persona jurídica y desconozca los derechos que tiene la trabajadora para satisfacer el pago de su acreencia, pues en este caso, no estaría favoreciendo los intereses de la trabajadora ya que se encuentra en desventaja, pues a la fecha han pasado varios años y ni la sociedad COOTRAESCO LTDA. y ninguno de los socios han querido pagar la obligación aquí perseguida.

## CONSIDERACIONES

El problema jurídico que centra la atención de la colegiatura, según los planteamientos expuestos por la censura, se encaminan a atacar el auto mediante el cual el juzgado de instancia se abstuvo de librar mandamiento de pago en contra de los socios de la COOPERATIVA DE TRANSPORTE ESCOLAR Y VARIOS COOTRAESCO LTDA., así como ordenar las medidas de embargo que recaen sobre los bienes de estos; pues a consideración de la recurrente dichos socios son solidariamente responsables del pago y cumplimiento de la orden contenida en la sentencia proferida el 26 de febrero de 2019, mediante la cual se declaró la existencia de un contrato laboral entre la señora MARLIN YALINA SUAREZ SÁNCHEZ, y la sociedad ejecutada COOTRAESCO.

Para resolver la sala advierte que el artículo 100 del CPTSS, establece que:

*"Será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo, que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que emane de una decisión judicial o arbitral en firme. Cuando de fallos judiciales o laudos arbitrales se desprendan obligaciones distintas de las de entregar sumas de dinero, la parte interesada podrá pedir su cumplimiento por la vía ejecutiva de que trata este Capítulo, ajustándose en lo posible a la forma prescrita en los artículos 987 y siguientes del Código Judicial según sea el caso."*

A su vez, el artículo 422 del Código General del Proceso señala que: *"pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor...y constituyan plena prueba contra él..."*.

De conformidad con lo expuesto el título ejecutivo debe contener una obligación clara, expresa y exigible; de la anterior definición queda claro entonces que el título ejecutivo debe contar con requisitos de forma y de fondo, los primeros tienen que ver con que la obligación provenga del deudor o su causante y que esté a favor del acreedor formando una unidad jurídica, mientras tanto los segundos hacen referencia que a la obligación que conste en el título sea clara, ósea cuando sea fácilmente inteligible no confusa, únicamente se puede entender en un sentido, es decir un título explico, preciso y exacto que aparentemente su contenido es cierto sin que sea necesario recurrir a otros medios de prueba; que sea expresa, esto es que esté contenida o consignada en un documento, entendiéndose por documento no solo un escrito si no todo objeto material que tenga carácter representativo o declarativo; y que sea exigible, es decir cuando pueda cobrarse, pedirse o demandarse su cumplimiento al deudor salvo cuando están sujetos a plazo o condición.

De los documentos arrimados al proceso, observa la Sala, que la parte actora pretende se libere mandamiento de pago, con base en la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá el 26 de febrero de 2019 (acta obrante a folio 1-2), mediante la cual se resolvió:

*"PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato laboral a término indefinido entre la señora MARLIN YALINA SÁNCHEZ como trabajadora y la COOPERATIVA DE TRANSPORTE ESCOLAR Y VARIOS en calidad de empleadora, que tuvo vigencia entre el 1 de septiembre de 2013 al 3 de mayo de 2016, cuando terminó por decisión sin justa causa atribuible al empleador.*

*SEGUNDO: como consecuencia de la declaración anterior, CONDENAR al empleador COOPERATIVA DE TRANSPORTE ESCOLAR Y VARIOS a pagar a la trabajadora MARLIN YALINA SUAREZ SÁNCHEZ, los siguientes valores y conceptos CESANTIAS (...)"*

Que a continuación del proceso ordinario laboral, la parte actora solicitó la ejecución de la sentencia mencionada, pretendiendo que se libere mandamiento en contra de la sociedad, y de manera solidaria contra los socios JHON JAIRO ÁVILA, ZULY QUINTERO, ANA LUZ SARMIENTO, RUBIELA LÓPEZ, HÉCTOR ESCOBAR, LUCY STELLA BUENAÑO, TERESA MARÍN, GLORIA HERNÁNDEZ, CARLIN JANETH PEÑA y HENRY MORALES LOZANO; y las medidas de embargo y secuestro las cuales debían recaer sobre los bienes de CARLIN JANETH PEÑA y LUCY STELLA BUENAÑO LOBON (fls. 6-7);



solidaridad que aduce, deviene del artículo 36 del CST y 353 del Código de Comercio, conforme lo expuesto en su recurso (fls. 17-19).

Al respecto, observa la Sala, que en efecto el artículo 353 del Código de Comercio, expresa que en las compañías de responsabilidad limitada los socios responderán hasta el monto de sus aportes; sin embargo, el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo dispone: *"Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de la responsabilidad de cada socio, y los condueños y comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión"*, conforme artículo 9 de la Ley 79 de 1988.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 252 del Código de Comercio establece que *"en las sociedades por cuotas o partes de interés las acciones que procedan contra los asociados, en razón de su responsabilidad por las operaciones sociales, se ejercitarán contra los liquidadores, como representantes de los asociados, tanto durante la liquidación como después de consumada la misma, pero dichos asociados también deberán ser citados al juicio respectivo"*.

De tal manera que la solidaridad que se predica en el artículo 36 del CST al tener su origen en un contrato de trabajo, necesariamente requiere que exista una declaración judicial previa de tal calidad es decir, la de deudor solidario, pues no es un presupuesto, en función de su exigibilidad y expresión del monto determinado, que se excluya el proceso declarativo, en donde se fije claramente la condena en solidaridad y se determine el límite o valor de la condena en lo que respecta a los nuevos y pretendidos vinculados.

Así pues, del contenido de parte resolutive de la sentencia que se pretende el pago, claramente se observa que solo se circunscribe a emitir una orden judicial contra la COOPERATIVA DE TRANSPORTE ESCOLAR Y VARIOS en calidad de empleadora de la señora MARLIN YALINA SUAREZ SÁNCHEZ; pero no contra los supuestos socios que menciona la parte actora, como lo pretende mediante el presente proceso ejecutivo; no siendo esta la oportunidad, para que la parte demandante, solicite la vinculación de estos, a fin de procurar el pago, mediante las medidas de embargo y secuestro, sobre bienes que son de la titularidad de los socios de la empresa COOTRAESCO, conforme lo ha informado la ejecutante.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la parte recurrente, frente a la pretendida solidaridad para la ejecución de la sentencia ordinaria laboral, pues como ya se expuso, solo se puede ejecutar a quien hizo parte de dicho proceso, y sobre el cual recae la obligación directa conforme fue ordenado en el fallo; motivo por el cual se confirmará el auto proferido el 22 de julio de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá, de conformidad con lo aquí expuesto.

## COSTAS

En atención a lo establecido en el numeral 8° del artículo 365 del CGP no se dispondrá la imposición de costas, toda vez que no aparecen causadas en el expediente.

Devuélvanse las diligencias al juzgado de origen para continuar el trámite conforme su procedimiento y normas correlativas al estado de emergencia sanitaria.

## DECISIÓN

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

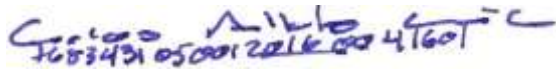
PRIMERO. CONFIRMAR el auto proferido el 22 de julio de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá, siendo demandante MARLIN YALINA SUAREZ SÁNCHEZ, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

TERCERO. Devuélvanse las presentes diligencias al juzgado de origen.

Notifíquese en estado.

El Magistrados y Las Magistradas,



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS  
Impedimento

### Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**Despacho 004 De La Sala Laboral Del 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:

**962590465e27c205d462090e6fb1884c348f6f5372ca1efa14aceb08a99b5a9**  
**9**

Documento generado en 16/09/2020 04:59:06 p.m.



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

*Guadalajara de Buga<sup>1</sup>. Dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020)*

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-520-31-05-002-2017-00017-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL  
Demandante: MARTHA QUINTERO VILLADA  
Demandado: COLPENSIONES.  
Asunto: CONSULTA (sentencia)

SENTENCIA<sup>2</sup>

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, y las doctoras GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS Y CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE, quienes integran la Sala Primera de Decisión Laboral, con la finalidad de desatar el grado Jurisdiccional de Consulta respecto de la Sentencia proferida el 3 de septiembre de 2019 (03/09/19) por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira (V).

ANTECEDENTES

La señora MARTHA QUINTERO VILLADA 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 a la entidad demandada le reliquide su pensión de vejez.

En cuanto a la demanda se presentó como recuento fáctico, que la señora QUINTERO VILLADA fue cotizante al ISS SEGURO SOCIAL de manera continua e ininterrumpida desde el 12 de abril de 1974 al 31 de agosto de 2018 y en total cotizó 1081 semanas; que el día 26 de marzo de 2007 sufrió un accidente de tránsito y en consecuencia es calificada con pérdida de la capacidad laboral del 78,25%; que por medio de acción de tutela con radicado 2010-00282-00 se ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual fue decretada por medio de Resolución No. 3839 del 2011 con pago en el mes de junio del mismo año; posteriormente, para el 26 de octubre de 2016 presentó reclamación administrativa a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que resolviera el pago de su pensión de vejez, pero su pretensión fue despachada desfavorablemente a través de la Resolución GNR356103 del 25 de noviembre de 2016.

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> No. 110 - Control estadístico por secretaría.

La entidad encartada, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por intermedio de su apoderado judicial dio respuesta al libelo genitor en forma oportuna según auto del 10 de mayo de 2017 (fl.49), formulando excepciones de inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, buena fe, carencia del derecho por indebida interpretación normativa, innominada, prescripción.

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira (V), mediante sentencia No. 145 del 03 de septiembre de 2019 (fl.89 vto), resolvió:

*"PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de todas las pretensiones formuladas por la actora MARTHA QUINTERO VILLADA, en su contra.*

*SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante.*

*TERCERO: Si esta sentencia no fuere apelada, envíese en consulta esta sentencia al HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA por haber resultado desfavorable a las pretensiones de la parte demandante."*

## CONSULTA

Por ser totalmente adversa a los intereses de la parte actora y teniendo en cuenta que la misma no formuló inconformidad frente al fallo de primera instancia<sup>3</sup>, se deberá conocer en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta de conformidad con lo preceptuado por el artículo 69 del CPTSS

## 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, la parte demandada expresó que el reconocimiento pensional efectuado corresponde a la pensión mínima monto que resultó superior al obtenido entre el mejor promedio entre toda la vida de cotización y los últimos diez años, de allí su intervención por la confirmación de la sentencia por la cual se conoce el presente litigio.

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 reliquidación de la pensión de vejez reconocida a la actora Martha Quintero Villada

---

<sup>3</sup> Al minuto 12:16 audio sentencia, la parte actora solicita se revise en consulta, indicando el a quo sin recurso de apelación.

teniendo en cuenta la totalidad de aportes y de encontrarse conducente verificar la procedencia de los intereses moratorios desde el momento de causación de esta.

En este sentido, al revisar el escrito de demanda se verifica que lo solicitado corresponde a la desatención de la administradora sobre la totalidad de aportes realizados, los cuales señalan corresponden a 1.747,14 semanas por los cuales se considera afectada la pretendida mesada pensional, estos propiamente contienen la reliquidación del IBL, con sus correspondientes incrementos legales anuales y retroactivo adeudado, pero no indexación de la primera mesada pensional bajo la compresión usual y es que se tratara de un conflicto de un jubilado que causando la pensión de jubilación o convencional, vio como la primera mesada pensional perdía poder adquisitivo mientras trascurrían los años requeridos para su exigibilidad, además que el texto de la demanda expresamente refiere la forma prescrita en la respectiva transición para obtener el IBL, y en el salario base de los aportes, conjunción de factores, el IBL, monto y diferencias; resultados propios de una reliquidación pensional.

Precisado ello, la Sala bajo la compresión que el estudio corresponde a la reliquidación del IBL, tomando en base a los tiempos cotizados para calcular el monto de la pensión de vejez reconocida mediante Resolución GNR 356103 del 25 de noviembre de 2016 a la señora Martha Quintero Villada.

En tal sentido el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, establece la forma de establecer el ingreso base de liquidación, el cual se establece I) el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o II) en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, aclarando que en caso de que el ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

Atendiendo el reconocimiento pensional dado en GNR 356103 del 25 de noviembre de 2016 (11-13), ha de indicarse que el monto de la pensión concedida a la actora fue establecida conforme a los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, los cuales fuesen modificado por los artículos 9º y 10º de la Ley 797 de 2003, estableciendo el número de semana mínimo de cotización, y el porcentaje del ingreso base de liquidación, tomando los factores salariales establecidos en los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1 del decreto 1158 de 1994.

Verificada la resolución indicada, se tiene que el reconocimiento pensional otorgado a la misma, no muto en el valor conforme lo reconocido en Resolución N° 3899 de 2011 por medio de la cual se reconoció pensión de invalidez (fl. 6-9), ya que lo único que cambió fue la tipología de la misma, conforme al artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990 concordante con el literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, teniendo como acreditados un total de 1.766 semanas estableciéndose un IBL de \$595,495 y una tasa de reemplazo de 78.50% para un valor de \$689.455, salario mínimo aplicable para el año 2016, pensión reconocida a partir del 7 de enero del mismo año.

Teniendo en cuenta, el resumen de semanas cotizadas obrante a folio 14-16, se tiene que desde el 12/04/74 hasta el 31/08/08 obran 1.747,14 semanas cotizadas en toda la vida laboral, circunstancia que indica la parte actora no fue valorada por

la administradora al momento del reconocimiento, por tanto, verificado el cálculo actuarial realizado por el Profesional Universitario del H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga practicado en el trámite de instancia, en el cual se buscaba determinar el valor del IBL realizando para toda la vida laboral y para los últimos 10 años se tiene:

- Últimos 10 años (fl. 82-83): Se tuvo como desafiliación del sistema el día 28/08/08, fecha de la última cotización, semanas cotizadas entre el 12/12/97 y el 28/08/08 un total de 514,29 semanas para un IBL de \$436.517,34 actualizado a 2008 y aplicando una tasa de reemplazo del 90% un total de \$392.865,60 suma inferior al salario mínimo vigente para la anualidad de 2008 el cual corresponde a \$461.500.
- Toda la vida (fl. 84-87): Se tuvo como desafiliación del sistema el día 28/08/08, fecha de la última cotización, semanas cotizadas entre el 12/04/74 y el 28/08/08 un total de 1.747,14 semanas para un IBL de \$423.380,71 y aplicando una tasa de reemplazo del 90% un total de \$381.042,64 suma inferior al salario mínimo vigente para la anualidad de 2008 el cual corresponde a \$461.500.

Teniendo en cuenta el resultado obtenido aplicada una tasa de reemplazo superior a la señalada en el acto administrativo de reconocimiento, esto es del 90%, se tiene que ni en el cálculo de los últimos 10 años y tampoco por el de toda la vida laboral, se obtiene un resultado superior al que fuese concedido por la administradora, teniendo en cuenta en este último la totalidad de aportes entre el 12/04/74 y el 28/08/08 correspondiente a 1.747,14 semanas, conforme lo pretendido, por tanto no es dable ordenar la reliquidación de la pensión concedida, dado que el análisis realizado por la jurisdicción no arroja un mejor derecho al ya reconocido, decisión que resulta de hacer el ejercicio aritmético y compararlo con lo dispuesto en Resolución No. GNR 356103 del 25 de noviembre de 2016 (11-13), no arrojando saldo a favor de la actora y resultando superior el monto reconocido por COLPENSIONES en este último acto administrativo por concepto de mesada pensional a partir de dicha calenda.

Finalmente, frente a los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe indicarse que la actora ha mantenido el reconocimiento pensional en relación a la pensión mínima sin que fuera posible concluir un valor superior adeudado por la encartada, por lo anterior debe mencionarse que al faltar esta premisa no es dable considerar la alegada existencia del interés moratorio que se reclama.

Razones anteriores para confirmar en su integridad la sentencia consultada

## COSTAS

Sin Costas por devenir su estudio del Grado Jurisdiccional de Consulta.

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia por escrito conforme el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado - artículo 295-, sin norma frente a la presente providencia a la que actualmente pueda remitir el artículo 41 del CPTSS en orden de su artículo 145, se dispondrá la notificación por estado,

lo que conlleva similar función de comunicación, publicidad y duración -por el término actualmente posible de un día-.

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,

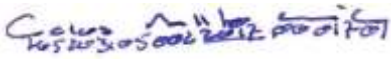
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE PALMIRA (V.) del 3 de septiembre de 2019, siendo demandante la señora MARTHA QUINTERO VILLADA identificada con la C.C 31.156.907 y demandada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, de conformidad con las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: Sin COSTAS por devenir su estudio del Grado Jurisdiccional de Consulta.

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 004 De La Sala Laboral Del 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:  
**cdb823220a6169a155fd02062d0852424a33616b1829b30bd8d3df6f382d7195**

Documento generado en 16/09/2020 04:59:23 p.m.

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

*Guadalajara de Buga<sup>1</sup>. Dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020)*

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-109-31-05-001-2018-00132-02

Proceso: ORDINARIO LABORAL

Demandante: MARGARITA BRAVO DE HERNÁNDEZ

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

Asunto: Consulta (sentencia)

SENTENCIA<sup>2</sup>

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, y las doctoras GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS Y CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE, quienes integran la Sala Primera de Decisión Laboral, con la finalidad de desatar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la Sentencia proferida el 16 de octubre de 2019 (16/10/19) por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, que declaró el derecho a sustituir la pensión de jubilación del señor MARIO HERNÁNDEZ a la beneficiaria como cónyuge MARGARITA BRAVO DE HERNÁNDEZ a partir del 17/04/01 y de forma vitalicia junto a las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, junto al retroactivo causado desde el 18/04/01 y hasta cuando sea incluida en nómina.

CONSIDERACIONES

La señora MARGARITA BRAVO DE HERNÁNDEZ 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 Buenaventura (V).

Se presentó como recuento fáctico, que la actora fue la esposa de MARIO HERNÁNDEZ, por más de 45 años hasta la fecha de su fallecimiento, quien le suministra todo lo necesario para su diario vivir y a sus 4 hijos, que su lugar de residencia fue el barrio Lleras, carrera 2a Nro. 19-38 de Buenaventura, que de la relación marital se procrearon 4 hijos, todos mayores de 30 años, de los cuales queda viva RUBY HERNÁNDEZ BRAVO.

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> No. 108 - Control estadístico por secretaría.



Refirió que la actora solicitó ante COLPENSIONES, el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente la cual le fue negada mediante Resolución 013278 del 2003 no obstante el causante cotizó 456 semanas antes del 1 de abril de 1994, por lo que considera que dejó el derecho a la pensión de sobreviviente, por lo que se debe reconocer las mesadas pensionales atrasadas desde el 18 de abril de 2001, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de la primera mesada pensional y costas procesales

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V), mediante sentencia No. 085 del 16/10/19, resolvió:

*"PRIMERO: DECLARAR que la señora MARGARITA BRAVO DE HERNÁNDEZ tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de su cónyuge el señor MARIO HERNÁNDEZ, a partir del 17 de abril de 2001, en un monto del salario mínimo, con las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada anualidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia debidamente indexadas. Mesadas pensionales que deben empezar a pagarse a partir del 18 de abril de 2001*

*SEGUNDO: ORDENAR A COLPENSIONES Incluya en nómina a la aquí demandante señora MARGARITA BRAVO DE HERNÁNDEZ, le brinde los servicios de salud necesarios en calidad de beneficiaria de la pensión dejada por su cónyuge señor MARIO HERNÁNDEZ.*

*TERCERO: Autorizar a la demanda Colpensiones a realizar los descuentos de dicha mesada pensional por los aportes en salud que se deban realizar a los aportes causados a partir del 18 de abril de 2001, fecha en la cual se reconoce se debe iniciar a pagar la pensión*

*CUARTO: ORDENAR O COLPENSIONES, cancelar a lo actora un retroactivo pensional desde el 18 de abril de 2001 y hasta cuando sea incluida en nómina, por lo expuesto en precedencia sumas que deberán ser debidamente indexado*

*QUINTO: AUTORIZAR COLPENSIONES para que del retroactivo pensional que deuda a la demandante descuenta el valor de \$2'970.812.00, dineros que cancelo al señor MARIO HERNÁNDEZ como indemnización sustitutiva de la pensión, esto sin afectar el mínimo vital de la señora MARGARITA BRAVO.*

*SEXTO. ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES, del pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por lo dicho en la parte motivo de esta providencia*

*SEPTIMO: CONDENAR A COLPENSIONES, a pagar las costas procesales a favor de la parte demandante en un 100%. Tásense por Secretaria.*

*OCTAVO: CONSULTAR la presente decisión si la misma no es apelada ante la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, por ser totalmente adversa a los intereses de COLPENSIONES.*

*NOVENO: Por su pronunciamiento en audiencia pública, esta providencia queda notificada en estrados”*

Es de aclarar que una vez revisado el audio en que se profiere esta providencia, se verifica que la decisión no fue objeto de recurso<sup>3</sup>, por lo cual se procederá a realizar el estudio en grado jurisdiccional de CONSULTA por ser totalmente adversa a la demandada Colpensiones.

## 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 parte demandada intervino en alegaciones al expresar que al alegado causante le fue reconocida pensión de jubilación por la Empresa Puertos de Colombia, y a la señora Victoria González una sustitución pensional por razón del fallecimiento del anterior pensionado y del anterior derecho, que frente al ISS en vida se le reconoció indemnización sustitutiva sobre la pensión de vejez en Resolución 355 de 1999, actora quien por demás, conforme artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, en orden a sus requisitos no resulta como titular del derecho pretendido.

## CONSIDERACIONES

*El problema jurídico* que debe resolverse se relaciona con la procedencia de la pensión de sobrevivientes a favor de la parte actora en calidad de cónyuge supérstite del fallecido bajo los presupuestos del artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 en aplicación de la condición más beneficiosa respecto del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su texto original como norma vigente al momento del fallecimiento del pensionado.

La pensión de sobrevivientes implica abordar el estudio de dos aristas: la primera de ellas, (i) comprobar si el extinto dejó causado el derecho pensional a sus beneficiarios y la segunda, (ii) si quien o quienes comparecen a reclamar tal prestación, cumplen con los presupuestos legales para ser acreedores de esta.

La primera de las aristas implica necesariamente verificar, si la persona que fallece es afiliado o pensionado, puesto que el derecho se causa de manera distinta en ambos eventos, haciéndose indispensable entrar a estudiar si se cumple con las condiciones de la norma vigente al momento del deceso, que en el caso puntual es la Ley 100 de 1993 en su texto original por fallecimiento del señor MARIO HERNÁNDEZ el día 17/04/01 tal y como se desprende del Registro Civil de Defunción visible a folio 11 del plenario.

Dicha norma, en su artículo 46 contempla dos hipótesis tratándose de la muerte del afiliado para este efecto: (i) que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte; y (ii) b. que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante

---

<sup>3</sup> Min. 1:28:31 – 1:29:02

por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

La Sala advierte que la última cotización realizada por el señor Hernández tuvo lugar el 31/08/80<sup>4</sup>, transcurriendo más de 20 años entre esta y la data del deceso del causante al 17/04/01, por consiguiente, no se encuentra acreditado que se encontrara cotizando, tampoco que dentro del último año anterior al fallecimiento del afiliado, esto es entre el 17/04/00 y el 17/04/01 se contabilizaran por lo menos 26 semanas de cotización, por lo que ha de indicarse la ausencia de los presupuestos para la causación de la pensión conforme la norma vigente al momento del fallecimiento, como corresponde a la redacción original de la Ley 100 de 1993 en su artículo 46, sin embargo y frente al problema jurídico por aquellas semanas de cotización requeridas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, bajo el principio de la condición más beneficiosa y conforme a las prerrogativas de los artículos 6, 25 y 27 de dicha normatividad se sustentó la consolidación de aquella erogación pensional.

Tal origen, diferente a la vigencia normativa, hace pertinente indicar que la condición más beneficiosa se ha edificado en sustento de quienes en una situación intermedia a la consolidación del derecho observan como una Ley posterior modifica los requisitos de causación, sin estipular algún régimen de transición y en razón de los preceptos de igualdad e interpretación más favorable, consagrados en el artículo 13 y 53 Superior como fue referido en la sentencia bajo radicado 38674 de 2012 por la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, permiten el reconocimiento de la pensión de invalidez o sobrevivientes, condición que en principio sería aplicable en caso de la actora, sin perjuicio del análisis sobre la indemnización sustitutiva recibida por el actor y los requisitos de convivencia, no obstante no puede pasarse por alto que el origen de la semanas que se cotizaron en nombre del actor provienen de una relación de trabajo, por la cual se enuncia que tanto al alegado causante como posteriormente a la actora, les fue reconocida pensión de jubilación y respectivamente su sustitución.

Lo anterior se encuentra enunciado en la Resolución GNR 285927 del 18 de septiembre de 2015, al citar que a través de consulta ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público -bonos pensionales- se evidenció que a la actora le fue reconocida una sustitución pensional con ocasión al fallecimiento del señor Mario Hernández, la que provenía de una pensión de Jubilación reconocida por la extinta Puertos de Colombia, como de lo enunciado por su apoderado que ratifica la existencia de tal pensión de jubilación en el escrito del recurso de reposición del 8 de octubre de 2015, al mencionar que el alegado causante fue pensionado por Puertos de Colombia, bajo pensión de jubilación de origen convencional reconocida en Resolución 1383 del 28 de diciembre de 1983.

De allí que al no darse la certeza acerca de los términos en que fue reconocida originariamente la pensión de jubilación de origen convencional que posteriormente fue el fundamento para haber otorgado la sustitución pensional a la hoy actora, no puede partirse de un presupuesto sólido y cierto en relación a que fruto de la negociación colectiva no se limitara cualquier reconocimiento convencional a lo que posteriormente reconociera el Instituto de los Seguros Sociales, por las cotizaciones que en virtud del origen del régimen de prima media, le conllevaba a subrogar los riesgos que en principio aquel reconocía; es un fundamental acerca de erogaciones que permitiera fijar en providencia judicial que no existió excepción posible entre

---

<sup>4</sup> FI. 74-76

empleador, trabajador y organización sindical que lo reconocido adicionalmente al marco legal fuera independiente a lo que posteriormente reconociera el sistema de aseguramiento por la afiliación que se había realizado del actor al ISS.

En segundo lugar debe partirse que la condición más beneficiosa deviene de la interpretación acerca del eventual derecho en situación de consolidación, sin embargo cuando relacionada a las semanas cotizadas de las cuales se reclama la aplicación de una situación fáctica que no es el antecedente de la norma vigente de la cual se pregona el derecho pretendido, caso presente, en que por el causante no obran semanas cotizadas en el último año de vida ni tampoco se encontraba cotizando, para que de allí pueda surgir la pensión de sobrevivientes, requisito fijado por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, conlleva que tal interpretación contra legem, no resulte amparada en la dogmática que expone el principio de protección del riesgo, porque este o la pensión de sobrevivientes, ha resultado cubierto en virtud del mismo origen de la cotización, como era el contrato de trabajo, por la pensión sustituida directamente por el empleador o la entidad que posteriormente ha representado a la demandante.

De allí que propiamente las razones de igualdad que inspiran la interpretación sobre la cual se funda la condición más beneficiosa no encuentran en este caso, identificación sobre el mismo grupo sobre el cual se fundamentó su consolidación teórica, como es la existencia de personas desprovistas del riesgo asegurado pese que al momento de cambio normativo, un presupuesto de la norma anterior ya se encontraba consolidado, entre otros requeridos, en este caso por razón del mismo contrato de trabajo que dio origen a las cotizaciones que se pretender hacer valer en tiempo legalmente no cubierto se reconoce que la actora disfruta de la sustitución pensional, caso en que debe recordarse que los cambios normativos en seguridad social, no devienen en principio inanes frente a lo que regulaba la normatividad anterior, en sentencia SL2358-2017 en Casación Laboral se refrendó que tal principio no es absoluto en cuanto la garantía de progresividad a efectos de la cobertura en seguridad social, tampoco inflexible, casos como el presente indican que una interpretación extensiva del citado principio no encuentra fundamento suficiente para dejar de lado un requisito no cumplido y necesario de la normatividad vigente, con mayor razón, cuando el riesgo de sobrevivencia ya cubierto deviene del mismo empleador por el cual se busca darle realce a las semanas cotizadas.

Por lo anterior sin encontrar un fundamento, que debe ser estricto dado que de ampararse la pretensión sería contra la misma norma de la cual se pretende el derecho, la conclusión corresponde a la no causación de la pensión de sobrevivientes por el régimen de prima media, de allí la absolución de la demandada y por las pretensiones consecuentes y la revocatoria de la sentencia que se conoce en virtud del artículo 69 del CPTSS.

## COSTAS

Sin costas en esta instancia conforme lo resuelto, las de primera instancia a cargo de la actora.

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia por escrito conforme el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado - artículo 295-, sin norma frente a la presente providencia a la que actualmente pueda remitir el artículo 41 del CPTSS en orden de su artículo 145, se dispondrá la notificación por estado,

lo que conlleva similar función de comunicación, publicidad y duración -por el término actualmente posible de un día-.

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,

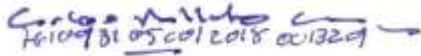
RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el día el día 16 de octubre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V.), siendo demandante la señora Margarita Bravo de Hernández identificada con la C.C. No. 29.208.153 y demandada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de conformidad con la parte motiva.

SEGUNDO. Sin COSTAS en esta instancia, las de primera a cargo 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 004 De La Sala Laboral Del 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:

**6f308256af09f0286c82e84eacbc0ff60e677c3bb8b5164c6b467757ece7d55b**

Documento generado en 16/09/2020 04:59:34 p.m.



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

*Guadalajara de Buga<sup>1</sup>. Dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020)*

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-147-31-05-001-2018-00214-01

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia  
Demandante: MARTHA CECILIA SERNA LÓPEZ  
Demandado: PORVENIR S.A.  
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

AUTO

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la sociedad demandada a la doctora ANA MARÍA VALENCIA BOTERO quien se identifica con cédula de ciudadanía número 42.162.378 y T.P. número 166.113 del C.S.J, conforme anexos allegados en la presentación de alegatos en forma electrónica, Escritura Pública No. 0275 del 25/02/820, Notaría 65 del Circulo de Bogotá.

SENTENCIA<sup>2</sup>

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, y las doctoras GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS Y CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE, quienes integran la Sala Primera de Decisión Laboral, proceden a desatar el recurso de apelación interpuesto en contra de la Sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019 (30/09/19), por el Juzgado Laboral del Circuito de Cartago (V).

ANTECEDENTES

La señora MARTHA CECILIA SERNA LÓPEZ, actuando a través de apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS -PORVENIR S.A.-, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado Laboral del Circuito de Cartago (V).

La demanda anterior tuvo como pretensiones singulares al caso, el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, en calidad de beneficiaria de su hijo Helmer Eduardo Franco Serna, fallecido el 9 de julio de 2016; retroactivo, intereses

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> No. 112 control Estadística.

moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, subsidiariamente la indexación de las sumas a favor (fls. 7-8).

Como recuento fáctico, dijo que su hijo el señor HELMER EDUARDO FRANCO SERNA, era afiliado al fondo de pensiones PORVENIR, habiendo cotizado durante su vida laboral 96.1 semanas, teniendo durante los últimos tres años anteriores a su muerte más de 50 semanas; que falleció el 9 de julio de 2016; que era soltero, vivía con su madre, hermano y padrastro; que la actora dependía económicamente de su hijo; que el 2 de marzo de 2017, solicitó la prestación pensional, siendo negada por la AFP PORVENIR; agregó que el señor FRANCO SERNA, contaba con los requisitos exigidos por la Ley, para que su madre en calidad de única beneficiaria pudiera disfrutar de la pensión de sobrevivencia (4-7, 45-46).

La encartada por intermedio de apoderado judicial dio respuesta al libelo genitor, en debida forma según auto proferido el 9 de mayo de 2019 (fl. 120); la demandada se opuso a las pretensiones, aceptó algunos hechos, y los demás los negó o manifestó no constarle; como fundamentos expresó no haberse demostrado la dependencia económica, de acuerdo a la investigación administrativa adelantada por la entidad; solicitó la integración como litisconsorte necesario del padre del causante señor Helmer de Jesús Franco Díaz; formuló las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de derecho sustantivo, falta de legitimación por activa y falta de causa en las pretensiones de la demanda (fls. 67-75, 110-118).

Mediante el auto de 22 de abril de 2018, el Juzgado entre otros asuntos ordenó citar al proceso al señor HELMER DE JESÚS FRANCO DIAZ, para que si a bien lo tiene comparezca como interviniente excluyente (fl. 108); citación que fue realizada mediante oficio a folio 132; pese haberse notificado personalmente (fl. 135), omitió pronunciarse frente a las pretensiones de la demanda.

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Laboral del Circuito de Cartago, (V.) el 30 de septiembre de 2019, dictó fallo, en el que se resolvió:

*(...) PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción propuesta por la demandada, denominada INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, AUSENCIA DE DERECHO SUSTANTIVO, FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA Y FALTA DE CAUSA EN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.*

*SEGUNDO: DECLARAR que MARTHA CECILIA SERNA LÓPEZ (...) no es beneficiaria de una pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de su hijo, señor HELMER EDUARDO FRANCO SERNA, por las razones anotadas en la parte considerativa de la presente providencia.*

*TERCERO: CONDENAR a MARTHA CECILIA SERNA LÓPEZ en costas (...).*

#### APELACIÓN



La apoderada de la parte demandante, interpuso recurso de apelación, el que motivó señalando que la dependencia económica de la beneficiaria de la pensión respecto del causante, no requiere ser total o absoluta, ya que la expresión fue declarada inconstitucional; que la condición de dependencia, no requiere que la beneficiaria de la pensión este en un estado de indigencia o de pobreza absoluta, sino en una situación de subordinación con el causante; que la actora, tanto en la llamada en investigación realizada por la administradora, dijo que su hijo mensualmente, le pasaba \$200.000, y en su declaración indicó que su hijo le pasaba \$100.000 semanales, es decir \$400.000 mensuales, dependencia que era regular y significativa; lo que indica que la falta de ellos, si afecta el sostenimiento de la actora, más teniendo en cuenta que es ama de casa, que en parte depende económicamente de su esposo, pues su cónyuge no le proporciona suficiencia financiera a la señora Serna López; agregó que la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de los padres, se tiene como finalidad, la de servir de amparo a quien se ve desprotegido ante la muerte de quien les colabora económicamente, la cual debe ser relevante o significativa, toda vez, que no cualquier colaboración que se otorgue a los progenitores, tiene la virtud de configurar la subordinación económica que se requiere para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobreviviente (min. 33:10 a 37:50). Conforme artículo 66 del CPTSS, el recurso de apelación contra la sentencia fue concedido por el a quo.

#### 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 parte demandante en relación a la sustentación del recurso indicó que como lo ha dispuesto la honorable Corte Constitucional en sentencia C-111/96 la dependencia no requiere ser absoluta, como también lo dispuso la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL3783-2019, de tal forma que la pensión que se demanda no se fundamenta en el criterio de carencia total de recursos sino de subordinación económica como la necesidad que tiene una persona del auxilio y protección de otra, por tanto cuando los padres tienen un ingreso no se desvirtúa la existencia de dependencia, pues muchas veces tales recursos propios de los ascendentes no les permiten vivir en forma digna, como entre otras sentencia de tutela lo ha manifestado la Honorable Corte Constitucional (T-198/09 y T-701/06), demandante que no cuenta con asignación mensual al ser ama de casa, dineros del hogar que provenientes de su esposo no han sido suficientes para cubrir los gastos totales.

La demandada por su parte solicitó la confirmación de la providencia recurrida en atención que la decisión en primera instancia se ajustó al material probatorio obrante en el expediente.

#### CONSIDERACIONES

*El problema jurídico* que debe resolverse se relaciona con la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la parte actora en calidad

de progenitora del señor HELMER EDUARDO FRANCO SERNA, previa verificación de la causación del derecho por parte del afiliado.

Del derecho pensional deprecado y su causación; se encuentra acreditado que el señor HELMER EDUARDO FRANCO SERNA, era hijo de la señora MARTHA CECILIA SERNA LÓPEZ y HELMES DE JESÚS FRANCO DIAZ, como se desprende del Registro Civil de Nacimiento obrante a folio 18; que HELMER EDUARDO FRANCO SERNA, falleció el 9 de julio de 2016, como se observa en el Registro Civil de Defunción (fl. 19), así como también la calidad de afiliado del causante a la AFP PORVENIR S.A., pues no fue objeto de controversia y así lo respaldan las documentales allegadas al informativo, habiendo cotizado un total de 96.68 semanas al Sistema General de Pensiones, todas dentro de los 3 años anteriores a su deceso (fl. 20-22, 102-106).

En este orden, el hecho generador es la muerte del señor HELMER EDUARDO FRANCO SERNA, que como ya se anunció lo fue para el año 2016. Siendo el precepto aplicable para el examen de viabilidad de las pretensiones el contenido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que establece que tendrán derecho a obtener la prestación reclamada los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Complementa lo anterior el literal d del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, al disponer la calidad de beneficiarios a los padres del causante, *dependientes económicamente*:

*(...) d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este.* (Subraya de la Sala)

Por tanto, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes de origen común, el afiliado en principio debía haber cotizado no menos de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de la muerte, es decir, entre el 9 de julio de 2013 y 9 de julio de 2016, y cumplido este requisito, la dependencia económica, como se verifica de seguido.

Así entre los medios de pruebas obra dentro del expediente relación histórica de movimientos de PORVENIR del afiliado fallecido, de donde se logra evidenciar, que cotizó 92,4 semanas en virtud de la prestación del servicio militar, entre abril de 2014 a enero de 2016 y 4,28 semanas entre 2 abril de 2016 a la fecha de su muerte, directamente a su cuenta de ahorro individual en PORVENIR; hecho que además fue aceptado por la demandada en la contestación presentada (fl. 20-22, 102-106 y 67 y sig.); tiempo cotizado en el trienio que antecede al momento de la muerte -9/07-2016-, representados en un total de 96.68 semanas cotizadas al SGSS por los riesgos de IVM de origen común a cargo del Régimen de Ahorro Individual; las cuales resultan suficientes para consolidar el derecho en favor de su grupo familiar por sobrevivencia, pues la disposición antes enunciada exige solo 50 semanas.

Ahora bien, respecto de la dependencia económica de los padres con el hijo fallecido, la Corte Constitucional en Sentencia T-485-2011 determinó que supone un criterio de necesidad que supedita al beneficiario de la pensión de sobrevivientes al auxilio que recibía por parte del causante, convirtiéndole en imprescindible.

Entonces, a fin de resolver el objeto de apelación de la parte actora, que hace hincapié en haberse demostrado la dependencia económica de la señora MARTHA CECILIA SERNA LÓPEZ, respecto de su hijo HELMER EDUARDO FRANCO SERNA, concretamente con la declaración rendida por la actora, a la cual hizo referencia en su recurso, se procederá a verificar la misma.

No obstante, para la valoración probatoria concretamente sobre la dependencia económica, es pertinente verificar los demás medios pruebas recaudados, con el fin de establecer bajo el principio de la unidad de la prueba, la concordancia de hechos puestos en conocimiento, para lo cual se cuenta con las declaraciones realizadas en primera instancia que dan cuenta de lo siguiente:

La señora MARTHA CECILIA SERNA LÓPEZ (min. 19:00 a 45:00), en su interrogatorio de parte dijo que su cónyuge es Fredy de Jesús Bermúdez; que ella no tiene actividad económica; que a la muerte de su hijo vivía con su esposo y sus 3 hijos Helmer Eduardo Franco, Estefanía Franco y Jesús Esteban Bermúdez; que Helmer Eduardo trabajaba en Zaragoza en construcción; que Helmer Eduardo cuando estuvo trabajando cotizó a pensión; que su hijo desde muy joven le ayudaba; cuando llegó del Batallón le colaboraba económicamente; que cuando estaba como soldado prestando servicio militar, le mandaba dinero cada mes, lo enviaba por Servientrega o con un amigo, le enviaba por ahí cincuenta o sesenta mil pesos; que ese dinero lo usaba para gastarlo en sus cosas personales; que cuando empezó a trabajar le daba \$100.000 pesos semanales; que su hijo ganaba \$35.000 diarios; que su esposo Fredy la sostenía, pero su hijo le aportaba porque eso no alcanzaba para el sostenimiento de todos; que sus gastos personales eran comprarse su champú, ropa, cosas de la cocina, ayudaba a pagar servicios de la casa; que su hijo aportaba para gastos del hogar, de ahí sacaba para el hogar y los personales; que al momento de la muerte vivían en casa propia; sus gastos personales eran por ahí \$100.000, y los gastos del hogar eran \$300.000 de servicios y \$800.000 de mercado al mes, que su esposo mercaba por ahí cada 15 días; que cuando su hijo falleció los gastos eran iguales; que cuando hay forma su esposo le proporciona los gastos para sus cosas personales; que su hijo laboraba construcción en Omega estuvo por ahí un mes, ganaba como \$180.000 semanales, y luego pasó a trabajar con el señor Ricaurte en construcción en Cartago y en Zaragoza, como ayudante de construcción; trabajaba desde las 6:30 hasta las 6 de la tarde, ganaba \$35.000 diarios; que sus otros hijos Estefanía y Helmer son de una relación anterior, y Eduardo es del esposo actual; que Estefanía trabajaba como empacadora, y estudiaba en el Sena después del medio día; que Jesús estudiaba; que el esposo es docente, tenía otra relación anterior y otros hijos, mayores de edad a quien le llevaba mercado; no sabe cuánto gana su esposo.

El declarante RICAURTE LONDOÑO (min. 47:40 a 57:00), dijo que es trabajador de la construcción y oficios varios; que conoció al joven Helmer Eduardo, hace por ahí 2 o 3 años atrás; que el falleció hace por ahí 2 o 3 años, que el solo lo conoció por ahí 2 meses cuando trabajaban juntos, se realizaban trabajos en una finca, mantenimiento de vías, hasta que el falleció; trabajaban de 7 a.m. a 5 p.m. todos los días; que era el encargado de manejar el personal, habían 9 personas; que Helmer Eduardo realizaba labores de limpieza de cuneta, barrer vías y labor de mantenimiento; les pagaba semanalmente, que por días le daban \$35.000 cancelado el día sábado; que conoció la casa de Helmer el día del fallecimiento.

El señor HÉCTOR FABIO TORRES LEÓN (min. 58:29 a 01:10:11) dijo que es peluquero; es amigo de la familia de la señora Martha Cecilia Serna, desde hace 10 años, conoció al hijo Helmer Eduardo Franco y los demás hijos; que los conoció porque les brindó el servicio de peluquería, que visitaba la casa de ella, varias veces, en diciembre estuvo compartiendo con la familia; que Helmer falleció el 9 de julio de 2016; que en el año los visita más de 4 o 5 veces; que la amistad es directamente con Martha; que no sabe de quién es la casa donde vive Martha; que Martha ha sido ama de casa; que Estefanía no hace nada, no le consta que haya laborado, y Esteban está estudiando; que Martha siempre ha estado pendiente de sus hijos; que el esposo es el que ve por ellos, porque aporta a la casa, es el que trabaja y el sustento de la casa; que el hijo Helmer Eduardo, pago servicio militar, luego empezó a trabajar y aportar a la casa, eso se lo comentaba Martha. Que sabe la fecha de la muerte, porque recuerda del accidente, pues eran amigos.

Por su parte, el señor WALTER ALONSO CASTAÑO ARANGO (min. 1:11:51 a 1:21:10), dijo que se dedica a laborar en Porcícola Terranova desde hace 14 años cerca de Obando; dijo que Martha Cecilia Serna es casada con el señor Fredy, la conoce hace 13 años, por una relación que tenía con una hermana de ella, con la cual trabajaba; que su relación es de amistad; los frecuenta por ahí cada 8 o 15 días, debido a la buena amistad; que Martha tiene 2 hijos, Estefanía y Esteban; que Estefanía hace como un mes trabaja en Comfenalco; que Helmer antes de irse para el Ejército, quería colaborarle a la Mamá, porque en esa casa solo una persona trabajaba; que empezó a trabajar porque la familia le comentaba que estaba trabajando, lo veía cuando llegaba de trabajar; que el esposo de Martha mantenía el hogar; aunque vivían muy apretados, porque vivían 5 personas en casa; que Helmer laboró como 6 meses; que Helmer le ayudaba a la mamá, le daba dinero, que llegaba por ahí a la 1 de la tarde y le pasaba dinero a su mamá, pero no sabe cuánto le daba; que desde que Helmer Eduardo empezó a trabajar las cosas mejoraron en la casa, porque podía comprar cosas personas, ropa; antes no lo hacía le consta porque Martha le comentaba; que luego de su muerte, la situación empeoró porque no había otra persona que aportara a la casa, Martha no podía comprar ropa.

De las declaraciones mencionadas, debe indicarse que no se logra probar el requisito de la dependencia económica de la señora MARTHA CECILIA SERNA LÓPEZ, respecto de su hijo HELMER EDUARDO FRANCO SERNA; contrario a lo manifestado en la demanda y en el recurso de apelación, no es evidente que la demandante estuviera a cargo por su hijo fallecido, pues, las versiones dadas no dieron certeza de la necesidad que tenía la actora respecto de los ingresos ocasionales que tenía su hijo cuando laboraba por días como ayudante de construcción; si bien, no se discute que el causante realizó servicio militar y laboró durante unos meses posteriores y que posiblemente le diera a su madre dinero, no está determinado que los ingresos por él recibidos satisficieran las necesidades básicas de un hogar, o bien de su madre, quien claramente, dijo que el dinero que le daba lo gastaba para sus gastos personales, pues es su esposo el señor Fredy de Jesús Bermúdez, quien se ha encargado de la manutención del hogar.

Incluso, el tiempo laborado por el actor, que solo fue durante 2 meses aproximadamente, y en labores que no permitían identificar un salario definido al haber laborado por días, no se pueden tener como una conducta reiterativa de apoyo económico frente a su mamá, quien siendo casada con el señor Bermúdez, beneficiaria de los servicios de salud, y al no laborar, pues es ama de casa,

demuestra que durante su vida conyugal ha tenido el apoyo y sustento de su esposo, como soporte principal; situación que además fue manifestada en el interrogatorio de la demandante y en las declaraciones de los señores HÉCTOR FABIO TORRES LEÓN y WALTER ALONSO CASTAÑO ARANGO, que conocían de ello, en razón a la relación de amistad que tenían con la familia, al haberse dicho que *el señor Fredy es el sustento del hogar*; a más que aunque dijeron que el hijo de Martha le daba dinero, no sabían que cantidad, y a ello solo les constaba porque la demandante era quien les contaba, no porque directamente lo supieran o lo presenciaran.

No resta, indicar que tampoco quedó demostrado que el afiliado contara con los ingresos suficientes para solventar las necesidades de su hogar o que los mismos fueran representativos y con la frecuencia que lo requiriera la señora MARTHA CECILIA SERNA LÓPEZ para solventar sus necesidades, los gastos de salud, vivienda, alimentación, transporte, vestuario y recreación en grado tal, que de no recibirlos se afectara la dignidad de la madre que reclama, con lo cual no quedó probada la dependencia económica que se exige como requisito legal, para acceder a la subvención solicitada.

Aunado a lo anterior, de las declaraciones extra proceso obrantes a folios 32 a 35 del plenario, realizadas por MARTHA CECILIA SERNA LÓPEZ, HÉCTOR FABIO TORRES LEÓN y WALTER ALONSO CASTAÑO ARANGO, ante la Notaria Primero del Circulo de Cartago-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 dependencia económica.

Adicionalmente, si bien no se desconoce el precedente de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia del 13 de abril de 2016, bajo radicado 48064, dentro del que se aclara que la dependencia no debe ser absoluta, y por lo cual si bien, se podían suministrar ayudas para la manutención de la accionante; se itera que lo que se debe evidenciar, es el grado de necesidad de aquella, de lo entregado por el causante, para que esta viviera en condiciones dignas, aspecto éste que en el presente proceso no se logró demostrar.

En consecuencia, no pueden acogerse las pretensiones de la demanda, habida cuenta que, como se dijo, no quedó acreditada la dependencia económica de la demandante, respecto del afiliado fallecido, por consiguiente, se CONFIRMARÁ la sentencia apelada.

## COSTAS

Costas en segunda instancia a cargo de la parte demandante, señora MARTHA CECILIA SERNA LÓPEZ y a favor de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO 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.

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia por escrito conforme el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado - artículo 295-, sin

norma frente a la presente providencia a la que actualmente pueda remitir el artículo 41 del CPTSS en orden de su artículo 145, se dispondrá la notificación por estado, lo que conlleva similar función de comunicación, publicidad y duración -por el término actualmente posible de un día-.

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

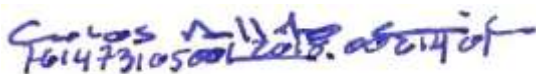
PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019, por el Juzgado Laboral del Circuito de Cartago (V), siendo demandante la señora MARTHA CECILIA SERNA LÓPEZ quien se identifica con C.C. No. 31.794.339 y demandada la AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS – PORVENIR S.A.-, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia a cargo de la parte demandante, señora MARTHA CECILIA SERNA LÓPEZ y a favor de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO 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.

Con efecto para el auto anterior y esta sentencia,

Notifíquese por Estado.

El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

**Firmado Por:**

Radicación No. 76-147-31-05-001-2018-00214-01  
Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia  
Demandante: MARTHA CECILIA SERNA LÓPEZ  
Demandado: PORVENIR S.A.  
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**Despacho 004 De La Sala Laboral Del 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:  
**e7595e201c8726282699b1f274e629f84bd1dab6ff342e90cac98dcb26d2505d**

Documento generado en 16/09/2020 04:59:49 p.m.



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

*Guadalajara de Buga<sup>1</sup>. Dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020)*

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-109-31-05-003-2019-00103-01

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia  
Demandante: MIGUEL ÁNGEL TORRES SUAREZ  
Demandado: COLPENSIONES  
Asunto: CONSULTA (sentencia)

SENTENCIA<sup>2</sup>

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, proceden a desatar el recurso de apelación contra la Sentencia proferida el 20 de febrero de 2020 (20/02/20), por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura (V).

ANTECEDENTES

El señor, MIGUEL ÁNGEL TORRES SUAREZ, 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 Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura (V).

La demanda anterior tuvo como pretensiones singulares al caso, las siguientes: el reconocimiento del incremento pensional del catorce por ciento por persona a cargo e indexación de los valores adeudados por este concepto. Como supuestos fácticos presentó los descritos de folio 3 del expediente. En síntesis, expresó que el actor fue pensionado por vejez, mediante Resolución SUB 153353 de 11 de agosto de 2017 proferida por COLPENSIONES; que convive con la señora LUZ EDITH TORRES SUAREZ, desde el año 1995, de forma ininterrumpida, bajo un mismo techo, lecho y mesa; que su compañera, depende económicamente de él; que presentó reclamo ante COLPENSIONES por el incremento pensional del 14% en razón de su compañera, la que fue resuelta de manera negativa.

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> No. 109 -Control estadístico por secretaria.



La demandada, COLPENSIONES, por intermedio de apoderado judicial dio respuesta a la demanda en forma oportuna, según auto del 18 de julio de 2019, proferido por el Juzgado de conocimiento (fl. ). Al respecto, presentó oposición a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que los incrementos reclamados fueron previstos en vigencia del Acuerdo 049 de 1990; que al tener fundamento legal de la pensión del actor la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, no hay lugar a su reconocimiento. Propuso las excepciones de Inexistencia de la obligación; falta de causa para demandar, prescripción, buena fe y cobro de lo no debido (fl. 23-27).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura (V.) mediante la Sentencia del 20 de febrero de 2020, absolvió a la entidad COLPENSIONES y remitió el expediente en grado jurisdiccional de consulta, al respecto consideró que la pensión de vejez del actor ocurrió bajo la Ley 100 de 1993, no era posible invocar el Acuerdo 049 de 1990, ya que aquella Ley no consagra los incrementos pretendidos, por demás de la derogatoria orgánica de tal Acuerdo en lo que corresponde a los incrementos pretendidos, conforme sentencia SU140/19 de la honorable Corte Constitucional (min.16:26).

## CONSULTA

Como quiera que los apoderados judiciales de los intervinientes no presentaron recurso alguno y que la sentencia de primera instancia resultó desfavorable a la parte actora, se procederá a resolver en Grado Jurisdiccional de Consulta, conforme artículo 69 del CPTSS.

## 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, la parte demandante en síntesis indicó:

*"Recientemente la Corte Constitucional mediante sentencia SU 140 DE 2019, unificó la jurisprudencia en torno a la prescriptibilidad de los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 de 1990 del ISS.*

*De acuerdo con la sentencia, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el mencionado artículo 21 del Decreto 758 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994, fecha en la cual la Ley 100 entró a regir, de manera, que solo tienen derecho a incrementos pensionales quienes hayan adquirido la pensión, antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, y para quienes se pensionaron con posterioridad opera la prescripción extintiva del derecho.*

*Además de lo anterior, en el caso es claro que la pensión aquí reconocida tuvo su fundamento en la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003. Mediante la resolución SUB 153353 del 11 de agosto de 2017, la cual concedió la pensión de vejez"*

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 del incremento pensional del catorce por ciento por persona a cargo en favor del señor MIGUEL ÁNGEL TORRES SUAREZ.

En lo relacionado, es la Resolución SUB 153353 del 11 de agosto de 2017 documental soporte para el caso del demandante a efectos de identificar la norma bajo la cual adquirió el estatus pensional el demandante, encontrando la Sala que lo fue la Ley 100 de 1993 en su artículo 33, modificada por la Ley 797 de 2003, como se enuncia en tal acto en donde indica que el actor cumplió los requisitos para tal tipo de pensión (fl.11-15).

Ahora es preciso indicar que la citada Ley, no consagra en parte alguna de su articulado como tampoco con las modificaciones a través de la Ley 797 de 2003, incrementos pensionales por personas a cargo, pues los mismos se encuentran previstos por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, como bien se indicó en el escrito de demanda y el fallo de primer grado objeto de consulta.

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia (Sala de Descongestión) en sentencia del 18 de abril de 2018 bajo rad: 47277. MP. Donald José Dix Ponnefz, reiteró aquella del 10 de agosto de 2010, bajo rad: 36345. *"(...) En cuanto a la procedencia de los incrementos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, son viables para quienes les fue reconocida la pensión de vejez regulada en el artículo 12 ibidem, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, bien por derecho propio ora por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de ésta. (...)"*

Entendiendo entonces que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 no es la disposición a la que se remitió la entidad accionada al momento de reconocer la gracia pensional, es decir la norma directa bajo la que se causó la prestación no fue el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año *-siendo esta última, la normatividad que consagra el pretendido incremento del 14% por persona a cargo-*; debe mencionarse que no existe presupuesto de subsunción en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 como norma que regula el incremento pretendido a las pensiones causadas bajo el régimen de tal Acuerdo, de allí no puede ser otra la conclusión que negar las aspiraciones del accionante pues sólo bastaba con verificar que el marco normativo de la subvención de la que es titular el señor MIGUEL ÁNGEL TORRES SUAREZ fue la Ley 100 DE 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, las que no contemplan tales incrementos.

Así las cosas, habrá lugar a CONFIRMAR la sentencia ABSOLUTORIA CONSULTADA proferida por el a-quo el día 20 de febrero de 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura(V.), conforme a lo anteriormente esbozado.

COSTAS

Como quiera que el conocimiento del presente asunto 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.

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia a través de los medios dispuestos en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, por escrito, y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado, sin norma a la que actualmente remita el artículo 41 del CPTSS, pero desarrollando idéntica función de publicidad y duración de la publicación, la denominación por edicto, al acto de comunicación con efectos jurídicos que no tendría otro término que el mínimo posible y sin norma a la cual remitir para darle significado, se dispondrá en similar función, conforme lo expuesto, la notificación por estado de la presente providencia.

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 CONSULTADA proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA del 20 de febrero de 2020, siendo demandante el señor MIGUEL ÁNGEL TORRES SUAREZ identificado con la C.C 1.480.212 y demandada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO. Sin COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

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 004 De La Sala Laboral Del 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:  
**d1181d2e2c8977ee31295c612dd97f016b2f55587a3c61d838a73613ce20d65a**  
Documento generado en 16/09/2020 05:00:01 p.m.