

TEMA: UNIDAD DE EMPRESA- Reconocimiento administrativo o judicial que tiene por objeto impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas en la ley o en las convenciones colectivas. / **SALARIO** – Un elemento caracterizador del salario es que corresponda a un pago como contraprestación directa del servicio del trabajador, cuya forma o denominación puede adoptarse de diferentes formas; y cualquier cláusula que las partes acuerden para restarle naturaleza salarial a los pagos que recibe el trabajador por esos conceptos, es ineficaz./**DISFRUTE DE LA PENSION DE VEJEZ-** Se ha explicado que la causación y el disfrute de la pensión por vejez son dos figuras jurídicas distintas porque tienen identidad y efectos propios, pues la primera se da desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de semanas cotizadas, y la segunda, o sea, el disfrute de la pensión y su cuantía definitiva, están supeditados a la desafiliación del régimen

HECHOS: El señor JIMS, demandó a la sociedad Eduardo Botero Soto S.A. y a Colpensiones pretendiendo se declare que hay lugar a la constitución y pago del título pensional, que, además, se ordene a pagar la reliquidación pensional con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años. El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la suma de \$61.454.915 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 1° de abril de 2009 y el 30 de noviembre de 2014; intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde el 1° de septiembre de 2009 hasta la fecha del pago efectivo de la obligación y costas del proceso. Autorizó a Colpensiones para descontar los aportes en salud del reajuste pensional reconocido; seguidamente absolvió a la sociedad Eduardo Botero Soto S.A., de las pretensiones de la demanda (...) Corresponde a la Sala determinar si resulta procedente que, la sociedad demandada pague en favor del demandante y a órdenes de Colpensiones los aportes deficitarios al sistema de pensiones.

TESIS: (...) La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 16 diciembre de 2009, radicado 32212, rememoró: La unidad de empresa, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, consiste en el “reconocimiento administrativo o judicial que tiene por objeto impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas en la ley o en las convenciones colectivas. La sentencia que declare la unidad de empresa vincula no solo a la sociedad que el demandante considere como matriz, sino que también a las que aparezcan como filiales de aquella para la procedencia de declaratoria de unidad de empresa y poder predicarla respecto de varias personas jurídicas, es menester establecer la interrelación económica que se presenta entre las implicadas para los efectos vinculantes conforme a la ley” (Sentencia de 21 de abril de 1994, radicación No. 6047). (...) Igualmente, la Corporación mencionada en providencia SL-109 de 2018 explicó lo siguiente: “...La unidad de empresa se encuentra regulada en el artículo 194 del CST subrogado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990 y para su existencia se debe acreditar el predominio económico de la sociedad principal sobre las filiales o subsidiarias, así como la ejecución de actividades económicas similares, conexas o complementarias. (...) La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha explicado que un elemento caracterizador del salario es que corresponda a un pago como contraprestación directa del servicio del trabajador, cuya forma o denominación puede adoptarse de diferentes formas, es decir, un salario fijo, o uno variable, o uno compuesto por una suma fija y otra variable, en dinero o en especie, de manera que cuando el pago que recibe el asalariado tenga como causa inmediata el servicio que éste presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario; de modo que lo relevante, se insiste, es verificar si materialmente la respectiva asignación tiene como causa efectiva el trabajo y retribuye el servicio, más allá del rótulo que se le imprima o la fórmula

que hayan definido las partes para garantizar su pago; y cualquier cláusula que las partes acuerden para restarle naturaleza salarial a los pagos que recibe el trabajador por esos conceptos, es ineficaz (sentencias de 25 de enero de 2011, Radicado 37.037; 27 de noviembre de 2012, Radicado 42.277, SL-12220 de 2017, SL-2852 de 2018, SL-1437 de 2018, SL-1993 de 2019 y SL-5146 de 2020). (...) Por otra parte, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, autoriza clara y expresamente a las partes de la relación laboral para excluir el carácter salarial de ciertos pagos extralegales, habituales u ocasionales, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. Sin embargo, como lo ha precisado la Corporación mencionada, dicha facultad no puede ser utilizada de manera libre y arbitraria, de modo que por esa vía no es posible suprimir o desnaturalizar el carácter salarial de ciertos pagos que, por esencia y por sus condiciones reales, lo tienen (sentencias SL-5159 de 2018, SL-1437 de 2018, SL-1798 de 2018, SL-2852 de 2018, SL1899- 2019 y SL-5146 de 2020). (...) Debe señalarse que al trabajador le corresponde probar que recibió efectivamente beneficios extralegales de manera habitual y constante, mientras que el empleador deberá demostrar que ellos no retribuyeron directamente el servicio, so pena de que se declare su naturaleza salarial, sentencia SL 4313 de 2021. (...) la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha explicado que la causación y el disfrute de la pensión por vejez son dos figuras jurídicas distintas porque tienen identidad y efectos propios, pues la primera se da desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de semanas cotizadas, y la segunda, o sea, el disfrute de la pensión y su cuantía definitiva, están supeditados a la desafiliación del régimen. También ha dicho la Corporación en mención, que de manera excepcional, cuando en un proceso no exista la prueba de la desafiliación al sistema, ésta puede inferirse de hechos tales como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de cotizaciones, el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas cotizadas, así como la solicitud de la prestación, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional (Sentencias de 1° de febrero de 2011, Radicado 38.776; SL 15091 de 2015; SL 5603 de 2016 y SL 5564 de 4 de diciembre de 2019, Radicado 72.652). (...) tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

MP. JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ

FECHA: 05/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

Medellín, cinco (05) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por los Magistrados Jaime Alberto Aristizábal Gómez quien actúa como ponente, John Jairo Acosta Pérez y Francisco Arango Torres, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ordinario radicado con el número 05 001 31 05 008 2020 00394 01, promovido por el señor **JOSE IVÁN MARTÍNEZ SÁNCHEZ**, en contra de la sociedad **EDUARDO BOTERO SOTO S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados del demandante y de Colpensiones frente a la sentencia emitida el 22 de agosto de 2022 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, y revisar en consulta la misma providencia en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 “...Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones...” se toma la decisión correspondiente mediante

providencia escrita número **075**, previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

ANTECEDENTES

El señor José Iván Martínez Sánchez demandó a la sociedad Eduardo Botero Soto S.A. y a Colpensiones pretendiendo se declare que hay lugar a la constitución y pago del título pensional, previo cálculo actuarial a cargo de la sociedad Eduardo Botero Soto S.A. y a órdenes de Colpensiones respecto de los aportes deficitarios efectuados al sistema de pensiones en vigencia de la relación laboral. Como consecuencia, se condene a Colpensiones: i) a pagar la reliquidación pensional con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, incluyendo los aportes efectuados a través del título pensional por parte de la sociedad Eduardo Botero Soto S.A.; ii) a reconocer y pagar el retroactivo pensional causado del 30 de abril de 2009 al 1º de diciembre de 2014, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio indexación y costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones se expuso, que nació el 12 de diciembre de 1942. Laboró al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y con empleadores del sector privado. Efectuó aportes al sistema de pensiones hasta el 18 de marzo de 2009, equivalentes a 1.011.57 semanas. El 30 de abril de 2009, reclamó ante el ISS, hoy Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, y la entidad se la negó en Resolución 25061 de 31 de agosto de 2009, confirmada en la Resolución 3183 de 2010, con 1.002.57 semanas. El 10 de julio de 2014, solicitó nuevamente la prestación económica, misma que le fue negada a través de la Resolución GNR 371670 de 2014, esta vez con 996 semanas. Aduce que en procura de alcanzar su derecho pensional se vinculó laboralmente con el empleador CHRISTOPHER GÓMEZ efectuando aportes del 1º de octubre al 31 de diciembre de 2014. El 28 de enero de 2015, pidió la pensión de vejez, y Colpensiones se la negó en el acto administrativo GNR 142397 de 16 de mayo de 2015. De nuevo el 19 de enero de 2016, reclamó la prestación, y la entidad la denegó mediante Resolución GNR 49480 de 2016, confirmada en la Resolución

GNR 102345 de 12 de abril del mismo año. Señala que, al desatar el recurso de apelación, Colpensiones en la Resolución VPB 23403 de 27 de mayo de 2016, revocó lo resuelto, y le concedió la pensión de vejez desde el 2 de diciembre de 2014, con 1.004 semanas cotizadas, un IBL de \$1.089.025 al cual aplicó una tasa de reemplazo del 75%, que dio lugar a una mesada de \$816.769. Mediante auto de pruebas APSUB 2814 de 30 de agosto de 2018, Colpensiones lo requirió para que autorizara la revocatoria del acto administrativo que le otorgó la pensión de vejez, al estimar que no cumplía requisitos, ante lo cual, el 19 de septiembre de 2019, respondió oponiéndose a dicha revocatoria. Refiere que el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, resolvió estarse a lo resuelto por Colpensiones en la Resolución VPB de 27 de mayo de 2016 en relación al reconocimiento del derecho pensional y condenó al pago de los intereses de mora, decisión que fue acatada por la entidad por medio de la Resolución SUB 248943 de 8 de noviembre de 2017. Agrega que conforme su historia laboral, prestó sus servicios para la empresa Programadora de Transportes Ltda., hoy Eduardo Botero Soto S.A. del 1° de diciembre de 1995 al 31 de marzo de 2009, como conductor de vehículos de carga, devengando un salario variable mensual, mismo que no fue tomado en su totalidad como base para realizar las cotizaciones a pensión, pues además de la remuneración ordinaria percibía como contraprestación directa de su labor, sumas adicionales que eran canceladas bajo la denominación “*pago a proveedores*”. El 18 de junio de 2018, agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones.

La sociedad Eduardo Botero Soto S.A. indicó que no le constan los hechos dado que no tuvo injerencia alguna. Precisó que no existen fundamentos ni razones fácticas, jurídicas o probatorias para condenar a dicha sociedad como presunta responsable de obligaciones de la empresa Programadora de Transportes Ltda., por tratarse de una persona jurídica diferente y ajena a la relación contractual y frente a la cual no puede predicarse legitimación en la causa por pasiva, por consiguiente, no es el llamado a pagar el cálculo actuarial deprecado, en el evento de que exista déficit en el pago de aportes. Presentó oposición a las pretensiones de la demanda. Formuló las excepciones de: *Inexistencia de la obligación y Prescripción*.

Colpensiones por su parte, da por cierto el contenido de las Resoluciones 25061 de 31 de agosto de 2009, 3183 de 2010, GNR 371670 de 2014, GNR 142397 de 16 de mayo de 2015, GNR 49480 de 2016, GNR 102345 de 12 de abril de 2016 y VPB 23403 de 27 de mayo de 2016, asimismo, lo resuelto en auto de pruebas APSUB 2814 de 30 de agosto de 2018, y el agotamiento de la vía gubernativa. Adujo que no le constan los demás hechos. Se opuso a las pretensiones. Propuso las excepciones denominadas: *Inexistencia de la obligación de reconocer retroactivo y reliquidación pensional, Inexistencia de la obligación de reconocer intereses moratorios, Improcedencia de la indexación, Prescripción, Imposibilidad de condena en costas, Compensación y Descuentos en salud.*

En sentencia proferida el 22 de agosto de 2022, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín condenó a Colpensiones a reconocer y pagar al señor Javier Hernando Guzmán Silva lo siguiente: la suma de \$61.454.915 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 1° de abril de 2009 y el 30 de noviembre de 2014; intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde el 1° de septiembre de 2009 hasta la fecha del pago efectivo de la obligación y costas del proceso. Autorizó a Colpensiones para descontar los aportes en salud del reajuste pensional reconocido. Seguidamente absolvió a la sociedad Eduardo Botero Soto S.A. de las pretensiones de la demanda formuladas en su contra.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante considera que hay lugar a la constitución del título pensional y la consecuente reliquidación de la mesada, impetradas en la demanda. Primero, porque la sociedad Eduardo Botero Soto S.A. se subrogó en las obligaciones comerciales y laborales que tenía a cargo la empresa Programadora de Transportes Ltda., pues ello se extrae de lo confesado por el representante legal en su interrogatorio de parte y del certificado de cámara de comercio. Segundo, porque al estar acreditado que el demandante laboró para la sociedad Programadora de Transportes Ltda. deberá asumir la sociedad Eduardo Botero Soto S.A., la constitución del título pensional. Tercero, porque contrario a la consideración que realiza el Despacho si se acreditó que existiera una asignación

variable durante el periodo que el accionante prestó sus servicios, y ello, se evidencia de los desprendibles de pago, consignaciones, certificados y transferencias allegados, no siendo la parte actora quien deba demostrar la incidencia salarial de las bonificaciones o de los elementos percibidos, pues es claro que es empleador quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa, presupuesto que no fue acreditado por la sociedad demandada, en razón a que simplemente se limitó a negar que dicha remuneración fuera constitutiva de salario, por ende, ha de tenerse en cuenta la remuneración salarial realmente percibida por el trabajador durante la vigencia de la relación laboral, para efectos de reliquidar la mesada pensional y realizar el pago del retroactivo.

La apoderada de Colpensiones no comparte la condena impuesta, en la medida que la última cotización y la novedad de retiro del sistema de pensiones se realizó por parte del demandante el 1º de diciembre de 2014, por lo que la entidad le concedió a partir del día siguiente la pensión de vejez conforme el contenido de la Resolución VPB de 27 de mayo de 2016, no habiendo lugar al retroactivo pensional ordenado por la *a quo*.

Frente al recurso promovido por el apoderado de la sociedad Eduardo Botero Soto S.A., la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, de conformidad los Artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

PROBLEMA JURÍDICO

Los problemas jurídicos de esta segunda instancia, consisten en: i) determinar si resulta procedente que la sociedad Eduardo Botero Soto S.A. pague en favor del demandante y a órdenes de Colpensiones los aportes deficitarios al sistema de pensiones por el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 1995 y el 31 de marzo de 2009 que laboró al servicio de la empresa Programadora de Transportes Ltda., bajo la modalidad de título pensional o cálculo actuarial, ii) si en consecuencia le asiste derecho a que Colpensiones pague la reliquidación

pensional con las cotizaciones del referido cálculo actuarial, iii) si hay lugar al retroactivo causado del 1° de abril de 2009 y el 30 de noviembre de 2014, como lo ordenó la *a quo*, y a intereses de mora a cargo de Colpensiones, y iv) si ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción.

CONSIDERACIONES

En virtud del principio de la carga de la prueba o auto responsabilidad, consagrado en el artículo 164 y 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión normativa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social. Es así como las partes están obligadas a probar el supuesto de hecho de las normas jurídicas que consagran el derecho que reclaman, manteniendo la obligación de aportar los soportes en que se basan sus afirmaciones, con las cuales pretenden se les reconozca un derecho, la aplicación de una norma, o un efecto jurídico particular, el no hacerlo conlleva inexorablemente a la negativa de éstos.

En desarrollo de tales preceptos normativos, la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia del 25 de octubre de 2011, radicado 37547 sostuvo:

“...La Sala considera que el Tribunal no distorsionó el verdadero sentido de la regla de juicio de la carga de la prueba, contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil –aplicable al procedimiento del trabajo y de la seguridad social, merced a lo dispuesto en el artículo 145 del estatuto de la materia-, porque la carga de la prueba del tiempo servido por el trabajador al empleador la soporta el primero, de modo que la falta de demostración del tiempo de servicios comporta que no hay posibilidad para condenar al pago de prestaciones, salarios e indemnizaciones...”.

Examinada en conjunto la prueba documental que reposa en el expediente, la Sala encuentra:

1. Que el señor José Iván Martínez Sánchez nació el 12 de diciembre de 1942.
2. Que el 30 de abril de 2009, el mencionado reclamó ante el ISS, hoy Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, y la entidad

se la negó por medio de la Resolución 025061 de 1° de agosto de 2009 con 1.002.57 semanas, decisión que fue confirmada en la Resolución 003183 de 22 de febrero de 2010.

3. Que el actor solicitó de nuevo la prestación el 10 de julio de 2014, y Colpensiones la negó a través de la Resolución GNR 371670 de 16 de octubre de 2014, esta vez con 996 semanas.
4. Que el 28 de enero de 2015, reclamó nuevamente la pensión de vejez, y la entidad por medio de la Resolución GNR 142397 de 16 de mayo de 2015, la negó con 1.001 semanas.
5. Que el 19 de enero de 2016, el actor presenta petición pensional, la cual fue negada en la Resolución GNR 49480 de 16 de febrero de 2016, confirmada en la Resolución GNR 102345 de 12 de abril del mismo año, con 1.001 semanas.
6. Que Colpensiones al resolver el recurso de apelación frente a la Resolución GNR 49480 de 16 de febrero de 2016, expidió la Resolución VPB 23403 de 27 de mayo de 2016, notificada el 10 de junio de la misma anualidad, mediante la cual le concedió al actor la pensión de vejez con fundamento en el Decreto 758 de 1990 sumando tiempos, a partir del 2 de diciembre de 2014, en cuantía de \$816.769, teniendo en cuenta para ello 1.004 semanas, un IBL de \$1.089.025 y una tasa de reemplazo del 75%.
7. Que el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso con radicado 05001310501020150104800 instaurado por el señor José Iván Martínez Sánchez en contra de Colpensiones mediante sentencia de 18 de julio de 2016, resolvió “*Estar a lo resuelto en la Resolución VPB 23403 de 27 de mayo de 2016, en relación del reconocimiento pensional que a partir del 2 de diciembre de 2014 Colpensiones dio al demandante*” y condenó a la entidad al pago de los intereses moratorios causados del 29 de mayo de 2015 al 1° de julio de 2016, liquidados en \$3.291.260 y costas. Decisión que fue confirmada y modificada por la Sala Primera de Decisión Laboral el 1° de agosto de 2017, en el sentido de ordenar el pago de los intereses de mora desde el 29 de julio de 2015 hasta el 1 de julio de 2016 en la suma de \$3.021.516.

8. Que Colpensiones dio cumplimiento a las sentencias aludidas a través de la Resolución SUB 248943 de 8 de noviembre de 2017.
9. Que el 18 de junio de 2018, el actor solicitó la reliquidación y el retroactivo pensional en los términos de la demanda, y Colpensiones en la Resolución DIR 17613 de 20 de octubre de 2018, negó los mismos. Aduciendo además, que *“teniendo en cuenta que la Resolución VPB 23403 del 27 de mayo de 2016, es abiertamente contraria a la Ley y que causan un perjuicio al erario público por ser esta administradora de naturaleza pública, en razón a lo anterior, y tomando en cuenta que el peticionario no autorizó su revocatoria, esta entidad inicia tramite de Acción de Lesividad a la Gerencia de Defensa Judicial - Dirección de Acciones Constitucionales para lo de su competencia mediante radicado No. 2018 12253106 del 28 de septiembre de 2018. Es pertinente explicar al señor MARTINEZ SANCHEZ JOSE IVAN, ya identificado, que el procedimiento que se llevara a cabo es el de dar inicio de la ACCIÓN DE LESIVIDAD, explicando que se hace referencia a lo expresado por el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo sección tercera en sentencia de 22 de junio de 2001 expediente 13172, refiriéndose al tema de la siguiente manera: "La administración cuando advierte que expidió un acto administrativo particular que otorgó derechos a particulares puede discutir su legalidad ante el juez administrativo,. se constituye pues en demandante de su propio acto, posición procesal que se ha calificado como la acción de lesividad, la cual conforma un proceso administrativo especial, entablada por la propia Administración en demanda de que se anule un acto administrativo que declaró derechos a favor de una particular, porque es, además de ilegal, lesivo a los intereses de la Administración"*.
10. Que el accionante prestó sus servicios al Ministerio de Defensa del 9 de junio de 1963 al 10 de abril de 1965, equivalente a 662 días.
11. Que la historia laboral del demandante expedida por Colpensiones registra un total de 919 semanas cotizadas de forma discontinua con empleadores particulares entre el 26 de diciembre de 1973 y el 1° de diciembre de 2014, de las cuales las corridas desde diciembre de 1995 hasta marzo de 2009 fueron sufragadas por el empleador Programadora de Transportes Ltda.

La Juzgadora de primera instancia para absolver a la sociedad Eduardo Botero Soto S.A. del pago título pensional o cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 1° de diciembre de 1995 y el 31 de marzo de 2009 que se aduce laboró el señor José Iván Martínez Sánchez al servicio de la empresa Programadora de Transportes Ltda., con aportes deficitarios en pensiones, y del

consecuente reajuste pensional a cargo de Colpensiones, precisó que en su criterio la sociedad Eduardo Botero Soto S.A. funge como matriz y la empresa Programadora de Transportes Ltda. como subordinada o subsidiada, la cual se encuentra actualmente disuelta. Que, como matriz, la sociedad demandada ejerce el control económico, administrativo, financiero, directa o indirectamente, por lo que la subordinada carece de autonomía por el hecho de ser dominada. Que no por ello, hay lugar a establecer que la sociedad Eduardo Botero Soto S.A. haya sido la verdadera empleadora del demandante, no siendo así procedente que se constituya el título pensional por el pago deficitario en aportes a pensión. Que menos aun cuando en el proceso no se demostró el mayor valor respecto del salario por el cual no se efectuaron supuestamente los aportes completos, ni tampoco se probó el salario variable que sirviera de base para acceder a dichas pretensiones.

Como premisa normativa, se tiene que el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990, define la figura de *unidad de empresa*:

*“...**Definición de empresa.** 1. Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.*

2. En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; pero los salarios y prestaciones extralegales que rijan en la principal al momento de declararse la unidad de empresa solamente se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a las de la principal, a juicio del ministerio o del juez del trabajo.

3. No obstante lo anterior, cuando una empresa establezca una nueva unidad de producción, planta o factoría para desarrollar actividades similares, conexas o complementarias del objeto social de las mismas, en función de fines tales como la descentralización industrial, las exportaciones, el interés social o la rehabilitación de una región deprimida, solo podrá declararse la unidad de empresa entre aquellas y estas, después de un plazo de gracia de diez (10) años de funcionamiento de las mismas. Para gozar de este beneficio el empleador requiere concepto previo y favorable del Ministerio de Desarrollo Económico.

4. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a solicitud de parte y previa investigación administrativa del caso, podrá declarar la unidad de empresa, de que trata el presente artículo, para lograr el cumplimiento de las leyes sociales. También podrá ser declarada judicialmente...”

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 16 diciembre de 2009, radicado 32212, rememoró:

“...La unidad de empresa, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, consiste en el “reconocimiento administrativo o judicial que tiene por objeto impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas en la ley o en las convenciones colectivas. La sentencia que declare la unidad de empresa vincula no solo a la sociedad que el demandante considere como matriz, sino que también a las que aparezcan como filiales de aquella para la procedencia de declaratoria de unidad de empresa y poder predicarla respecto de varias personas jurídicas, es menester establecer la **interrelación económica** que se presenta entre las implicadas para los efectos vinculantes conforme a la ley” (Sentencia de 21 de abril de 1994, radicación No. 6047) ...”.

Igualmente, la Corporación mencionada en providencia SL-109 de 2018 explicó lo siguiente:

“...La unidad de empresa se encuentra regulada en el artículo 194 del CST subrogado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990 y para su existencia se debe acreditar el predominio económico de la sociedad principal sobre las filiales o subsidiarias, así como la ejecución de actividades económicas similares, conexas o complementarias.

En relación con el predominio económico que debe demostrarse en el proceso, esta Corte ha indicado que no se trata simplemente de un control societario sino de una interrelación de carácter económico y participación accionaria de la sociedad principal o matriz sobre las filiales o subsidiarias.

(...)

Con fundamento en lo anterior, quien pretenda la declaratoria de unidad de empresa debe ocuparse de demostrar que la subordinación de las sociedades filiales respecto de la principal, se deriva de un predominio del capital, que se evidencia en la participación accionaria y en el control financiero y administrativo entre las sociedades. Además, también se debe demostrar la ejecución de actividades similares, conexas o complementarias...”.

En el certificado de existencia y representación legal de la sociedad Eduardo Botero Soto S.A. puede establecerse respecto a la situación de control lo siguiente:

CAMARA DE COMERCIO ABURRA SUR
EDUARDO BOTERO SOTO S.A.

Fecha expedición: 2021/05/04 - 09:16:46 **** Recibo No. H000041011 **** Num. Operación. 01-43731734-20210504-0016

CÁMARA DE COMERCIO ABURRA SUR *** CERTIFICADO EXPEDIDO A TRAVÉS DEL PORTAL DE SERVICIOS VIRTUALES CON DESTINO A AFILIADOS ***
CODIGO DE VERIFICACIÓN 542zqj4qsc

NOS PERMITIMOS INFORMARLE QUE AL MOMENTO DE LA EXPEDICIÓN DE ESTE CERTIFICADO, EXISTEN PETICIONES EN TRÁMITE, LO QUE PUEDE AFECTAR EL CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN QUE CONSTA EN EL MISMO

CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL O DE INSCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS.

Con fundamento en las matrículas e inscripciones del Registro Mercantil,

CERTIFICA

NOMBRE, SIGLA, IDENTIFICACIÓN Y DOMICILIO

NOMBRE o RAZÓN SOCIAL: EDUARDO BOTERO SOTO S.A.
ORGANIZACIÓN JURÍDICA: SOCIEDAD ANÓNIMA
CATEGORÍA : PERSONA JURÍDICA PRINCIPAL
NIT : 890901321-5
ADMINISTRACIÓN DIAN : MEDELLIN
DOMICILIO : ITAGUI

MATRÍCULA - INSCRIPCIÓN

MATRÍCULA NO : 134153
FECHA DE MATRÍCULA : SEPTIEMBRE 14 DE 2009
ULTIMO AÑO RENOVADO : 2021
FECHA DE RENOVACION DE LA MATRÍCULA : MARZO 17 DE 2021
ACTIVO TOTAL : 108,723,545,739.00
GRUPO NIIF : GRUPO II

CERTIFICA - CAPITAL

TIPO DE CAPITAL	VALOR	ACCIONES	VALOR NOMINAL
CAPITAL AUTORIZADO	20.000.000.000,00	20.000.000,00	1.000,00
CAPITAL SUSCRITO	8.950.000.000,00	8.950.000,00	1.000,00
CAPITAL PAGADO	8.950.000.000,00	8.950.000,00	1.000,00

CERTIFICA - SITUACIONES DE CONTROL Y GRUPOS EMPRESARIALES

POR DOCUMENTO PRIVADO DEL 22 DE DICIEMBRE DE 1997 REGISTRADO EN ESTA CÁMARA DE COMERCIO BAJO EL NÚMERO 64194 DEL LIBRO IX DEL REGISTRO MERCANTIL EL 15 DE SEPTIEMBRE DE 2009, SE COMUNICÓ QUE SE HA CONFIGURADO UN GRUPO EMPRESARIAL :

PRESUPUESTO DE CONTROL: NUMERAL 3 DEL ARTICULO 261 DEL CODIGO DE COMERCIO.

**** EMPRESA MATRIZ / CONTROLANTE :** EDUARDO BOTERO SOTO S.A.
MUNICIPIO : ITAGUI
PAIS : Colombia

**** EMPRESA SUBORDINADA / CONTROLADA :** PROGRAMADORA DE TRANSPORTES LTDA.
SUBORDINADA
IDENTIFICACION : 8001149210
MUNICIPIO : 05360 - ITAGUI
DIRECCIÓN : CR 42 NRO. 75-13
PAIS : Colombia

**** EMPRESA SUBORDINADA / CONTROLADA :** SERVICIOS Y TRANSPORTES LIMITADA
SUBORDINADA
IDENTIFICACION : 8001899251
MUNICIPIO : 05360 - ITAGUI
DIRECCIÓN : CR 42 NO 75 63 AUT SUR
PAIS : Colombia
CIIU : H4923 - Transporte de carga por carretera

**** EMPRESA SUBORDINADA / CONTROLADA :** TRANSPORTES CONDOR ANDINO S.A.
SUBORDINADA

Y en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad Programadora de Transportes Ltda, se observa:

CÁMARA DE COMERCIO ABURRA SUR	
CAMARA DE COMERCIO ABURRA SUR PROGRAMADORA DE TRANSPORTES LTDA. Fecha expedición: 2021/05/04 - 09:24:33 **** Recibo No. 5001035801 **** Num. Operación. 01-43731734-20210504-0020	
CODIGO DE VERIFICACIÓN NCsnGUGsrX	
CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL O DE INSCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS. Con fundamento en las matrículas e inscripciones del Registro Mercantil,	
CERTIFICA	
**** LA MATRÍCULA MERCANTIL SE ENCUENTRA CANCELADA ****	
NOMBRE, SIGLA, IDENTIFICACIÓN Y DOMICILIO	
NOMBRE o RAZÓN SOCIAL: PROGRAMADORA DE TRANSPORTES LTDA. ORGANIZACIÓN JURÍDICA: SOCIEDAD LIMITADA CATEGORÍA : PERSONA JURÍDICA PRINCIPAL NIT : 800114921-0 ADMINISTRACIÓN DIAN : MEDELLIN DOMICILIO : ITAGUI	
MATRÍCULA - INSCRIPCIÓN	
MATRÍCULA NO : 61809 FECHA DE MATRÍCULA : MARZO 24 DE 1999 ULTIMO AÑO RENOVADO : 2016 FECHA DE RENOVACION DE LA MATRÍCULA : MARZO 08 DE 2016 ACTIVO TOTAL : 5,547,261,568.00	
UBICACIÓN Y DATOS GENERALES	
DIRECCIÓN DEL DOMICILIO PRINCIPAL : CR 42 NRO. 75-13 MUNICIPIO / DOMICILIO: 05360 - ITAGUI TELÉFONO COMERCIAL 1 : 2814196 TELÉFONO COMERCIAL 2 : NO REPORTÓ TELÉFONO COMERCIAL 3 : 3217581274 CORREO ELECTRÓNICO No. 1 : gcorrea@boterosoto.com.co	

CÁMARA DE COMERCIO ABURRA SUR	
CAMARA DE COMERCIO ABURRA SUR PROGRAMADORA DE TRANSPORTES LTDA. Fecha expedición: 2021/05/04 - 09:24:33 **** Recibo No. 5001035801 **** Num. Operación. 01-43731734-20210504-0020	
CODIGO DE VERIFICACIÓN NCsnGUGsrX	
ACTIVIDAD PRINCIPAL : H4923 - TRANSPORTE DE CARGA POR CARRETERA	
CERTIFICA - CONSTITUCIÓN	
POR ESCRITURA PUBLICA NÚMERO 3280 DEL 21 DE DICIEMBRE DE 1990 OTORGADA POR NOTARIA PRIMERA DE MEDELLIN, REGISTRADO EN ESTA CÁMARA DE COMERCIO BAJO EL NÚMERO 526 DEL LIBRO IX DEL REGISTRO MERCANTIL EL 24 DE MARZO DE 1999, SE INSCRIBE : LA CONSTITUCIÓN DE PERSONA JURIDICA DENOMINADA PROGRAMADORA DE TRANSPORTES LTDA..	
CERTIFICA - ACLARATORIAS A LA CONSTITUCIÓN	
POR ESCRITURA PUBLICA NÚMERO 34 DEL 10 DE ENERO DE 1991 OTORGADA POR NOTARIA PRIMERA DE MEDELLIN, REGISTRADO EN ESTA CÁMARA DE COMERCIO BAJO EL NÚMERO 527 DEL LIBRO IX DEL REGISTRO MERCANTIL EL 24 DE MARZO DE 1999, SE DECRETÓ : PROGRAMADORA DE TRANSPORTE LIMITADA LA CITADA ESCRITURA ES A CLARATORIA DE LA ESCRITURA # 3280, ANTES MENCIONADA..	
ACLARACIÓN A LA CONSTITUCIÓN	
ACLARATORIA: QUE POR ESCRITURA PUBLICA NO. 0000034 DE NOTARIA PRIMERA DE MEDELLIN DEL 10 DE ENERO DE 1991 , INSCRITA EL 24 DE MARZO DE 1999 BAJO EL NUMERO 00000527 DEL LIBRO IX, SE ACLARA LA CONSTITUCION DE LA PRESENTE PERSONA JURIDICA	
CERTIFICA - DISOLUCIÓN	
POR ESCRITURA PUBLICA NÚMERO 16635 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2016 OTORGADA POR NOTARIA 15 DE MEDELLIN, REGISTRADO EN ESTA CÁMARA DE COMERCIO BAJO EL NÚMERO 115832 DEL LIBRO IX DEL REGISTRO MERCANTIL EL 22 DE NOVIEMBRE DE 2016, SE DECRETÓ : DISOLUCION...	
CERTIFICA - LIQUIDACIÓN	
POR ESCRITURA PUBLICA NÚMERO 19296 DEL 23 DE DICIEMBRE DE 2016 OTORGADA POR NOTARIA 15 DE MEDELLIN, REGISTRADO EN ESTA CÁMARA DE COMERCIO BAJO EL NÚMERO 117223 DEL LIBRO IX DEL REGISTRO MERCANTIL EL 20 DE ENERO DE 2017, SE DECRETÓ : LIQUIDACION	
CERTIFICA - CANCELACIÓN	
POR ESCRITURA PUBLICA NÚMERO 19296 DEL 23 DE DICIEMBRE DE 2016 OTORGADA POR NOTARIA QUINCE DE MEDELLIN, REGISTRADO EN ESTA CÁMARA DE COMERCIO BAJO EL NÚMERO 326238 DEL LIBRO XV DEL REGISTRO MERCANTIL EL 20 DE ENERO DE 2017, SE INSCRIBE : CANCELACION PERSONA JURIDICA	

El artículo 260 del Código de Comercio indica:

“...Una sociedad subordinada será controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria...”.

Por su parte, el artículo 261 del mismo texto normativo, respecto a las presunciones de subordinación señala:

“...Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

- 1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.*
- 2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.*
- 3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.*

(...)...”.

El representante legal de la sociedad Eduardo Botero Soto S.A. en el interrogatorio de parte absuelto, afirmó que tal sociedad constituye un grupo económico. Que el actor laboró para la empresa Programadora de Transportes Ltda., la cual se encuentra liquidada desde 2016, por lo que Eduardo Botero Soto S.A. asumió sus activos y pasivos. Que desconoce cómo se dio la remuneración del actor por parte de su empleadora durante su vinculación laboral.

En efecto, de lo manifestado por el representante legal de la sociedad Eduardo Botero Soto S.A. y del contenido de los certificados de existencia y representación legal referidos, se infiere que la sociedad Programadora de Transportes Ltda liquidada desde el 23 de diciembre de 2016, se encontraba bajo el mando y subordinación de la sociedad Eduardo Botero Soto S.A. como matriz y controlante financiera, generándose la figura de la unidad de empresa.

Es, así, que, en principio, al probarse la unidad de empresa, el título pensional o cálculo actuarial impetrado por los aportes que se aduce fueron pagados de manera deficitaria al sistema de pensiones durante el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 1995 y el 31 de marzo de 2009 el cual fue trabajado por el actor para Programadora de Transportes Ltda., sería responsabilidad de la sociedad Eduardo Botero Soto S.A.

Luego, el Código Sustantivo del Trabajo en sus artículos 127 y 128, modificados respectivamente por los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1990, define los elementos integrantes del salario y aquellos pagos que no lo constituyen, de la siguiente forma:

“...ARTÍCULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

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

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha explicado que un elemento caracterizador del salario es que corresponda a un pago como contraprestación directa del servicio del trabajador, cuya forma o denominación puede adoptarse de diferentes formas, es decir, un salario fijo, o uno variable, o uno compuesto por una suma fija y otra variable, en dinero o en especie, de manera que cuando el pago que recibe el asalariado tenga como causa inmediata el servicio que éste presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario; de modo que lo relevante, se insiste, es verificar si materialmente la respectiva asignación tiene como causa efectiva el trabajo y retribuye el servicio, más allá del rótulo que se le imprima o la fórmula que hayan definido las partes para garantizar su pago; y cualquier cláusula que las partes acuerden para restarle naturaleza salarial a los pagos que recibe el trabajador por esos conceptos, es ineficaz (sentencias de 25 de enero de 2011, Radicado 37.037; 27 de noviembre de 2012, Radicado 42.277, SL-12220 de 2017, SL-2852 de 2018, SL-1437 de 2018, SL-1993 de 2019 y SL-5146 de 2020).

Por otra parte, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, autoriza clara y expresamente a las partes de la relación laboral para excluir el carácter salarial de ciertos pagos extralegales, habituales u ocasionales, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. Sin embargo, como lo ha precisado la Corporación mencionada, dicha facultad no puede ser utilizada de manera libre y arbitraria, de modo que por esa vía no es posible suprimir o desnaturalizar el carácter salarial de ciertos pagos que, por esencia y por sus condiciones reales, lo tienen (sentencias SL-5159 de 2018, SL-1437 de 2018, SL-1798 de 2018, SL-2852 de 2018, SL1899- 2019 y SL-5146 de 2020).

Los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos de la prestación personal del servicio, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta, siendo el empleador quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa, conforme lo

tiene establecido la jurisprudencia especializa en sentencias como la SL-5159 de 2018, reiterada en la sentencia SL-5146 de 2020.

Debe señalarse que al trabajador le corresponde probar que recibió efectivamente beneficios extralegales de manera habitual y constante, mientras que el empleador deberá demostrar que ellos no retribuyeron directamente el servicio, so pena de que se declare su naturaleza salarial, así en la sentencia SL 4313 de 2021, se señaló:

“...Al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual, y a éste, con el fin de no quedar compelido a asumir los efectos jurídicos que le son propios a un estipendio de esta naturaleza, deberá demostrar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio.//De ahí, que para la Sala, el solo dicho del empleador sin prueba alguna que acredite sus manifestaciones, carecen del mérito suficiente para descartar la naturaleza salarial del estipendio económico entregado de manera habitual y constante en la cuenta de ahorros del trabajador, en igualdad de condiciones al pago efectuado del salario básico (CSJ SL986-2021)

Es así como si el demandante acredita que el pago era habitual, periódico y permanente, al empleador le corresponde demostrar que su finalidad era contribuir en la prestación eficiente del servicio, más no su remuneración, y no dar por descontado y en forma automática que dicho pago no es constitutivo de salario (CSJ SL986-2021)” (negrilla fuera del original) ...”.

En el hecho DÉCIMO OCTAVO de la demanda se afirma que el actor *“laboró entre el 1º de diciembre de 1995 y el 31 de marzo de 2009 con la empresa Programadora de Transportes Ltda desempeñando el oficio de conductor de vehículos de carga, percibiendo un salario variable mensual, el cual no era tomado en su totalidad como base para realizar las cotizaciones a pensión, pues conforme se desprende de los extractos bancarios y comprobantes de pago, además de la remuneración ordinaria, el actor percibía como contraprestación directa de sus servicios sumas adicionales que eran canceladas bajo la denominación "pago a proveedores",”*

En criterio de la Sala, si bien dentro de las pruebas allegadas por la parte actora obra certificación de 24 de marzo de 2020, en la cual Bancolombia certifica que en la cuenta de ahorros terminada en 85-07, a nombre del señor José Iván Martínez Sánchez matriculada del 10 de agosto al 31 de diciembre de 2019, se registran pagos efectuados por la empresa Programadora de Transportes Ltda. desde el 15 de noviembre de 2006 hasta 19 de marzo de 2009, de los cuales se evidencia que algunos se detallan como “*pago a proveedores*” y otros como “*pago de nómina*” y por valores disímiles. Ciertamente es que a las voces del artículo 53 superior, sumado al análisis de la prueba allegada en su conjunto conforme lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social que le confiere al Juzgador la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas en el juicio para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos, con base en aquellas que lo persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal, se considera, como lo concluyó la *a quo*, que no existe prueba al interior del proceso que dé cuenta de la forma en la cual se acordó el pago y las condiciones de tales “*pagos a proveedores*”, por lo que no se puede colegir con precisión, de forma fehaciente y suficiente que aquellos correspondieran a un pago como contraprestación directa del servicio del trabajador y que tuvieran como causa efectiva el trabajo y retribuyeran su labor, ello, por cuanto no puede pasarse por alto que el demandante afirma que laboró “*como conductor de vehículos de carga*”, por lo que pudieron ser excluidos salarialmente como pagos extralegales, con la finalidad de cubrir alimentación, habitación, vestuario, peajes, gasolina y demás gastos en lo que hubiese podido incurrir el actor en el desempeño de su actividad como conductor de vehículos de carga. No pudiendo esta instancia establecer el pago deficitario de los aportes en pensiones con base en suposiciones acomodaticias o conjeturas.

Razón por la cual se debe confirmar la providencia de primera instancia en este sentido.

DEL RETROACTIVO PENSIONAL

Los artículos 13 y 35 del acuerdo 049 de 1990, contentivo del Reglamento

General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, prevén que la pensión por vejez se reconoce a solicitud de parte interesada una vez colmados los requisitos mínimos para acceder a la prestación, pero se requiere la desafiliación del régimen para poder disfrutar de la misma.

Sobre el tema se ha pronunciado en diversas oportunidades la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y ha explicado que la causación y el disfrute de la pensión por vejez son dos figuras jurídicas distintas porque tienen identidad y efectos propios, pues la primera se da desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de semanas cotizadas, y la segunda, o sea, el disfrute de la pensión y su cuantía definitiva, están supeditados a la desafiliación del régimen. También ha dicho la Corporación en mención, que de manera excepcional, cuando en un proceso no exista la prueba de la desafiliación al sistema, ésta puede inferirse de hechos tales como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de cotizaciones, el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas cotizadas, así como la solicitud de la prestación, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional (Sentencias de 1º de febrero de 2011, Radicado 38.776; SL 15091 de 2015; SL 5603 de 2016 y SL 5564 de 4 de diciembre de 2019, Radicado 72.652).

La Corporación en mención ha explicado que en aquellos eventos en que concurre un actuar negligente o errado de la entidad encargada de reconocer la prestación por vejez a la que el afiliado tenía derecho de tiempo atrás por haber cumplido los requisitos exigidos para obtener la pensión, es menester entrar a estudiar las particularidades de cada caso, que frente a situaciones que presenten ciertas circunstancias excepcionales, estando satisfecha la totalidad de las exigencias consagradas en los reglamentos del ISS, debe reconocerse y pagarse la pensión de vejez al afiliado en su oportunidad, desde que elevó la correspondiente solicitud con requisitos cumplidos, así no haya operado en rigor la mencionada desafiliación del sistema (Sentencia de 6 de julio de 2011, Radicado 38.558).

Así, en la sentencia SL 5603 de 6 de abril de 2016, Radicado 47.236 el Alto Tribunal de Casación señaló:

“...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, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

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

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado evidencia 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, véase sentencias CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, Radicación N.º 47236 11 en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación.

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

Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de

interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.

En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es «clara» y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un Radicación n.º 47236 12 adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias...”.

La Juez de primera instancia consideró que al señor José Iván Martínez Sánchez le asiste derecho al retroactivo pensional a partir del 1º de abril de 2009, fecha en la cual señala la Funcionaria se reclamó por primera vez la pensión de vejez con requisitos cumplidos, y dado que el actor registraba como última cotización al sistema el ciclo marzo de 2009, además de que el término de prescripción permaneció interrumpido con todas las solicitudes pensionales elevadas por el asegurado.

No obstante, en criterio de la Sala de Decisión, si bien para el 1º de agosto de 2009, fecha en la que fue emitida la Resolución 025061 el demandante ya colmaba los requisitos de ley para acceder al derecho pensional acumulando tiempos públicos sin cotizaciones al régimen pensional y semanas aportadas al mismo, en aplicación del principio de favorabilidad, y que los aportes que se efectuaron entre octubre y diciembre de 2014 por 33 días, no le generaron un aumento en su ingreso base de liquidación, pues se efectuaron sobre el salario mínimo legal mensual vigente; lo cierto es que solo puede predicarse que hay lugar al retroactivo pensional deprecado, con la expedición de la Resolución VPB 23403 de 27 de mayo de 2016, notificada el 10 de junio del mismo año, en la cual se otorgó al actor la pensión de vejez con fundamento en el Decreto 758 de 1990 sumando tiempos, en cuantía de \$816.769, teniendo en cuenta para ello 1.004

semanas, un IBL de \$1.089.025 y una tasa de reemplazo del 75%. Por ende, solo a través de dicho acto administrativo el actor tuvo conocimiento de la fecha de reconocimiento del disfrute pensional, para efectos de presentar inconformidad respecto del pago de mesadas adeudadas frente a la administradora de pensiones, lo que dio lugar a la solicitud del retroactivo pensional elevada el 18 de junio de 2018, mismo que le fue negado en la Resolución DIR 17613 de 2 de octubre de la misma anualidad.

DE LA PRESCRIPCIÓN DE MESADAS

En lo que respecta a la prescripción, conforme a lo previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las acciones que emanan de las leyes sociales prescriben en tres años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se hace exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador sobre el derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

El artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo consagra el mismo texto alusivo a la interrupción de la prescripción.

Según la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que esta Sala de Decisión comparte, el análisis consonante de los preceptos lleva a concluir que únicamente es posible interrumpir la prescripción una vez (sentencia de 21 de febrero de 2012, Radicado 41.908 y SL 374 de 12 febrero de 2020, Radicado 67.868).

Como se indicó, Colpensiones por medio de la Resolución VPB 23403 de 27 de mayo de 2016, notificada el 10 de junio del mismo año, le reconoció al demandante la pensión de vejez a partir del 2 de diciembre de 2014. El 18 de junio de 2018 reclamó el retroactivo pensional, mismo que le fue negado en la Resolución DIR 17613 de 2 de octubre de la misma anualidad. Y como la demanda se presentó el 17 de noviembre de 2020, quiere ello decir que fueron afectadas por el fenómeno de la prescripción las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 10 de junio de 2013. Por ende, se declarará probada

parcialmente la excepción de prescripción.

Así las cosas, le asiste derecho al actor al retroactivo pensional causado desde el 10 de junio de 2013 hasta el 1° de diciembre de 2014.

Por lo tanto, se modificará el numeral primero de la decisión en este sentido.

Las mesadas pensionales causadas entre el 10 de junio de 2013 y el 1° de diciembre de 2014, totalizan Dieciséis Millones Ochocientos Catorce Mil Seiscientos Cincuenta y Cinco Pesos (\$16.814.655), de acuerdo a la liquidación, valor que no coincide con el deducido por la A quo, por lo que se modificará en dicho punto la decisión.

AÑO	MONTO DE LA PENSIÓN	MESADAS	TOTAL
2013	\$801.225	7 y 21 días	\$6.169.432
2014	\$816.769	13 y 1 día	\$10.645.223
TOTAL			\$16.814.655

DE LOS APORTES EN SALUD

Conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización para salud establecida en el Sistema General de Salud para los pensionados está en su totalidad a cargo de éstos.

Acorde al criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que esta Sala de Decisión comparte, el descuento por salud constituye una condición esencial y necesaria al reconocimiento de la pensión, que opera por virtud de la Ley y se encuentra estrechamente relacionada con los principios que irradian el Sistema General de Seguridad Social, motivo por el cual el Juez al otorgar el derecho está facultado para autorizarla, porque el pagador de la entidad administradora es el llamado a hacerla efectiva y trasladarla a la EPS correspondiente (sentencias de 21 de junio de 2011, radicado 48.003; 14 de

febrero de 2012, radicado 47.378; 6 de marzo de 2012, radicado 47.528 y SL 1478 de 9 de mayo de 2018, radicado 63.512).

A juicio de la Corporación mencionada, de no efectuarse tales descuentos, se desconocerían los principios orientadores de la prestación del servicio público esencial de seguridad social consagrados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en especial, los de universalidad y solidaridad, y los rectores del servicio público de la seguridad social en salud de que trata específicamente el Decreto 1920 de 1994. Adicionalmente, tal omisión podría comprometer los derechos de acceso a los servicios de alto costo que requieren un mínimo de semanas cotizadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, se confirmará lo resuelto en este sentido.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 prescribe que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata la normatividad mencionada, la entidad administradora correspondiente debe reconocer y pagar al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

En criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el derecho a recibir el pago de las mesadas pensionales emerge del cumplimiento de los requisitos que la Ley exige para poder acceder a la pensión reclamada.

Sin embargo, en sentencias de 29 de mayo de 2003, Radicado 18.789; 13 de junio de 2012, Radicado 42.783, y 6 de noviembre de 2013, Radicado 43.602, el Alto Tribunal precisó que no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios en aquellos eventos en que la decisión de las administradoras de pensiones públicas o privadas de negar una prestación encuentren plena justificación, bien porque tengan un respaldo normativo o porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la Ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los Jueces en la función que les es propia de

interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a tales administradoras no les compete y les es imposible predecir. Lo anterior, teniendo en cuenta que en muchos casos la interpretación de la norma a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social no coincide con el texto literal del precepto que las administradoras deben aplicar al momento de definir la procedencia de la prestación reclamada.

En el presente caso Colpensiones, negó el reconocimiento del derecho pensional mediante las Resoluciones 025061 de 1° de agosto de 2009 confirmada en la Resolución 003183 de 22 de febrero de 2010, GNR 371670 de 16 de octubre de 2014, GNR 142397 de 16 de mayo de 2015, GNR 49480 de 16 de febrero de 2016, confirmada en la Resolución GNR 102345 de 12 de abril del mismo año, aduciendo que el accionante no acreditaba la densidad mínima de semanas requeridas, esto es, realizó una aplicación literal de la ley, decisión que, en este momento, aunque no es compartida por la Sala, fue justificada por la entidad demandada, máxime que la pensión de vejez se concedió por parte de la entidad en la Resolución VPB 23403 de 27 de mayo de 2016 al amparo del Acuerdo 049 de 1990 y del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 acumulando tiempos públicos sin cotizaciones al régimen pensional y semanas aportadas al mismo. Teniendo en cuenta, además, que en la Resolución DIR 17613 de 20 de octubre de 2018, se hizo referencia que el acto administrativo mediante el cual otorgó la pensión de vejez *es abiertamente contraria a la Ley y que causa un perjuicio al erario público por ser esta administradora de naturaleza pública, en razón a lo anterior, y tomando en cuenta que el peticionario no autorizó su revocatoria, esta entidad inicia tramite de Acción de Lesividad a la Gerencia de Defensa Judicial - Dirección de Acciones Constitucionales para lo de su competencia.* Lo cual permite absolver de los respectivos intereses moratorios en comento.

DE LA INDEXACIÓN

La Sala reconocerá la indexación de la condena sobre el retroactivo pensional reconocido, por razones de justicia y equidad, y porque es el mecanismo objetivo de corrección monetaria que se aplica cuando las entidades administradoras que integran el sistema de seguridad social pagan tardíamente las obligaciones a su

cargo, y la ley no prevé otra forma de solucionar su detrimento económico. Por lo tanto, se condenará a Colpensiones a reconocer y pagar al señor José Iván Martínez Sánchez las mesadas pensionales adeudadas, debidamente indexadas.

En consideración a que la indexación se concede en favor del actor, se precisa que sobre la suma que ha de efectuarse el descuento en salud no está sujeta a tal actualización, por tanto, dichos valores no serán objeto de aplicación de la misma, pues no puede el accionante beneficiarse de una actualización con base en una suma dineraria que corresponde al subsistema de salud.

DE LAS COSTAS

Sin costas en esta instancia dada la prosperidad parcial del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones.

Así las cosas, se confirmará, modificará, revocará y aclarará la providencia que se revisa en apelación y consulta.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve:

PRIMERO: Modificar la fecha de causación y el monto del retroactivo pensional, así:

- Se condena a Colpensiones a reconocer y pagar al señor José Iván Martínez Sánchez: la suma de Dieciséis Millones Ochocientos Catorce Mil Seiscientos Cincuenta y Cinco Pesos (\$16.814.655), por retroactivo pensional causado entre el 10 de junio de 2013 y el 1º de diciembre de 2014.

SEGUNDO: Revocar la decisión de primera instancia en cuanto condenó al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y absolvió de la indexación. En su lugar:

- Se absuelve a Colpensiones del pago de los intereses de mora.
- Se condena a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante el retroactivo pensional, reconocido en este juicio, debidamente indexado, con la aclaración que sobre la suma que ha de efectuarse el descuento en salud no está sujeta a la indexación.

TERCERO: Se declara probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 10 de junio de 2013.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

QUINTO: Confirmar en lo demás la decisión que se revisa en apelación y consulta.

Lo resuelto se notifica en **EDICTO**. Se ordena regresar el proceso al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Jaime Alberto Aristizábal Gómez

John Jairo Acosta Pérez

Francisco Arango Torres

Firmado Por:

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **3697e576f99e71dadd8ff4c45736e43709a15165d814301cd4a7a404cca25865**

Documento generado en 05/04/2024 01:00:59 p. m.

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://capacitacion.ramajudicial.gov.co:9443/FirmaElectronica>