

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – OLGA LUCÍA MÉNDEZ SILVA
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **OLGA LUCÍA MÉNDEZ SILVA**, se **declare** la ineficacia del traslado al RAIS efectuado a través de PORVENIR, al omitir ésta con el deber de información. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados a COLPENSIONES y a esta a aceptar los mismos y registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 5 de julio de 1988, más el pago de las costas y agencias en derecho (fls. 4 y 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 a 7), señaló que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 5 de julio de 1988, aportando al sistema general de pensiones 394.43 semanas. Refiere que con la entrada al mercado de las AFP, seleccionó a PORVENIR como su nueva administradora de pensiones, a la cual se afilió el 17 de enero de 1996 y con quien continúa a la fecha. Sostiene que el asesor de la AFP al

momento de su vinculación, no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior al que recibiría en el ISS, como tampoco le elaboró una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada teniendo en cuenta el valor del bono pensional. Afirma que el asesor utilizó como argumento para la afiliación, que no se iba a poder pensionar ya que el ISS se iba a acabar, al igual que le indicó que se podía pensionar a cualquier edad, sin explicarle la afectación que ello tendría sobre su mesada y el bono pensional y las desventajas de trasladarse de régimen, entregándole una información sesgada y parcializada. Aduce que en el año 2011 cuando se acercaba a la fecha límite de traslado pensional, PORVENIR no le indicó que podía devolverse al ISS hoy COLPENSIONES previo al cumplimiento de los 47 años de edad. Finalmente, señala que en la actualidad cuenta con 1.487 semanas y el 24 de agosto de 2017 envió derecho de petición a la AFP solicitando la invalidez de su afiliación al igual que ese mismo día radicó formulario de traslado ante COLPENSIONES, siendo negada su solicitud por las accionadas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el introductorio (fls. 70 a 72), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 3 y 17 a 20 y no le constan los demás. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe.

De otro lado, **PORVENIR** contestó la demanda (fls. 86 a 93), en el que se opuso a las pretensiones de esta. Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 4 a 7, 9, 17 y 20 y niega y no le constan los demás. Propuso como excepciones de mérito prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 29 de junio de 2018 (CD – fl. 119), **declaró** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS con PORVENIR y como consecuencia de ello, **ordenó** a la AFP trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la actora, junto con sus rendimientos, debiendo en todo caso de su propio pecunio la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración, **condenó** a COLPENSIONES a volver a afiliarse a la accionante al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que esta hubiese efectuado a PORVENIR y **condenó** en costas a esta última, fijando como agencias en derecho al suma de \$200.000, sin costas para COLPENSIONES.

Fundamentó su decisión, indicando que desde el año 2008 la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la diligencia en el deber de información se traduce en un traslado de la carga de la prueba, la cual queda a cargo de la administradora de fondos de pensiones sobre la cual se traduce la ineficacia del traslado. Refiere que en este caso, PORVENIR allegó formulario de afiliación de la demandante, en el que se indica que en enero de 1996 ella suscribió ese documento de manera libre y voluntaria, sin embargo, ello no es suficiente para establecer que se le dio una información adecuada indicándole las ventajas y desventajas y en ese sentido, manifiesta debe declararse la ineficacia del traslado efectuado a PORVENIR.

APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, manifestando que se debe tener en cuenta los pronunciamientos que al respecto ha hecho el Tribunal Superior de Bogotá, en los que ha señalado que el acto libre de voluntad no se ha visto afectado porque con el traslado no se incurrió en una prohibición legal que lo impidiera y para esa fecha, no tenía derechos adquiridos, además porque el error de derecho no es causal de nulidad, sumado a la voluntad de permanencia en el RAIS que se reafirma con el número de semanas cotizadas con posterioridad a la afiliación. Finalmente, menciona que dicha Corporación también dispuso que en estos eventos se

deben debe demostrar la existencia de un vicio en el consentimiento, sin que denote que las AFPS hayan actuado con dolo.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP PORVENIR es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comentario, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora OLGA LUCÍA MÉNDEZ SILVA el 17 de enero de 1996 (fl. 96), se trasladó del

régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR, encontrándose afiliada en la actualidad a ésta, efectuando cotizaciones en el RAIS desde febrero de 1996 a la fecha (fls. 101 a 103). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES de forma ininterrumpida del 5 de julio de 1988 al 31 de enero de 1999 (fls. 77 y 78).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 96 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos,

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la demandante era profesional al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema o por el hecho de permanecer 24 años en el RAIS, de por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este habida cuenta que el deber de

información data independientemente del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado; siendo deber de la AFP asesorarlo y no de esta, de buscar la información por sus propios medios.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la accionante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, como lo indicó el a quo en la sentencia apelada y contrario a lo señalado por COLPENSIONES en el recurso de alzada, en tratándose de ineficacia del traslado, no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno respecto a los vicios en el consentimiento.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario ADICIONAR y por ende MODIFICAR, el ordinal primero del proveído apelado, en el sentido de ordenar a PORVENIR el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella,

las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

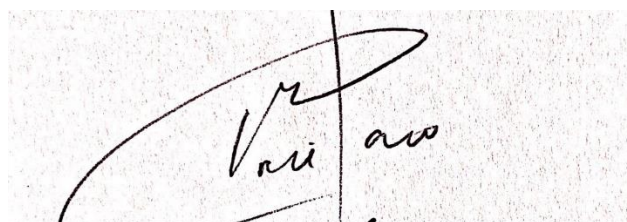
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital

destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

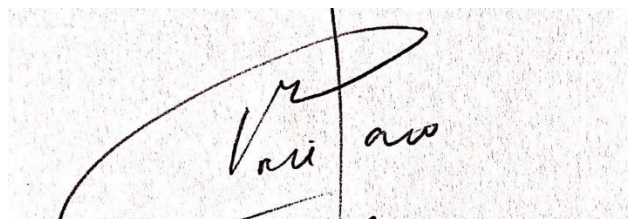


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, la suma de \$900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE - ZARQUIS MORA CORREA
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **ZARQUIS MORA CORREA**, se **condene** a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez y/o jubilación a partir del 1° de abril de 2016, en aplicación a la leyes 33 y 62 de 1985, en concordancia con el Decreto 1045 de 1978, utilizando para el efecto los factores de salario que sirvieron para la liquidación de las cesantías y devengados por el en la modalidad de salario, para lo cual deberá pagar las diferencias de las mesadas recibidas, teniendo en cuenta el 75% del promedio devengado en el último año de servicios, más la indexación de las sumas adeudadas, intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho. Como pretensión subsidiaria, solicita se reliquide la pensión con el promedio de los factores salariales devengados de los últimos 10 años, establecidos en el Decreto 1045 de 1978. (fls. 94 a 98).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 98 a 100), señaló que nació el 21 de octubre de 1957 y durante toda su vida laboral cotizó al sistema general de pensiones 1.879 semanas de las cuales, 1.378 fueron laboradas en el sector público. Refiere que mediante Resolución GNR 33446 del 13 de febrero de 2015, COLPENSIONES le reconoció la pensión de jubilación en cuantía de \$1.844.693, correspondiente al 75% de los salarios o rentas sobre los cuales se efectuaron las cotizaciones durante los últimos 10 años de servicio, al cual se dejó en suspenso hasta tanto acreditara el retiro del servicio oficial como trabajador de la EMPRESA DE ACUDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ. Sostiene que con la Resolución GNR 84298 del 17 de marzo de 2016, la accionada le reliquidó la pensión, en la suma de \$2.064.491 al igual que ordenó su inclusión en nómina a partir del 1° de abril de 2016. Finalmente, expone que contra dicho acto interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, solicitando la reliquidación de la prestación con la totalidad de los salarios y factores salariales devengados en el último año de servicios, el cual le fue negado con el acto administrativo GNR 299874 del 11 de octubre de 2016.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el introductorio (fls. 124 a 126), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 3, 5, 7 y 8 y niega y no le constan los demás. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 6 de julio de 2018 (CD – fl. 136), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante fijando como agencias en derecho la suma de \$100.000.

Fundamentó su decisión, indicando que en la jurisdicción ordinaria laboral no ha sido objeto de discusión la forma en que se debe calcular el IBL para los beneficiarios del régimen de transición, pues siempre se ha dicho que las prerrogativas que se conservan en virtud de dicha calidad, son la edad, tiempo de servicios, número de semanas cotizadas y el monto de la prestación, este último entendido como la tasa de reemplazo pero no frente a lo relativo al IBL, en tanto este se determina con base en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y para las personas que adquieran el derecho pasados 10 años de entrada en vigencia dicha norma, se les aplica el artículo 21 de la misma, esto es, el promedio salarial de los últimos 10 años o el de toda la vida laboral siempre que haya cotizado más de 1.250 semanas, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de vieja data, incluso desde antes que el actor causara el derecho a la pensión. Coligiendo que los actos administrativos expedidos por la demandada se encuentran ajustados a derecho. Sostiene que en tratándose de trabajadores oficiales como el demandante, también se encuentra definido que los factores salariales a tener en cuenta son los contenidos en el Decreto 1158 de 1994, de ahí que no se puedan tomar los establecidos en el Decreto 1045 de 1978, como lo pretende el actor. Finalmente, aduce que la Corte Constitucional en sentencias C – 258 de 2013, SU – 230 de 2015 y SU - 395 de 2017, revocó decisiones proferidas por el Consejo de Estado por resultar contrario el argumento expuesto por esta, a las normas y principios que gobiernan el sistema de seguridad social, por lo que no es dable aplicar en virtud del principio de favorabilidad las sentencias proferidas por dicha Corporación y por ende no hay lugar a la reliquidación de la pensión.

Sobre la pretensión subsidiaria, menciona que tampoco se puede acceder a ello en la medida que como se indicó, los únicos factores salariales a tener en cuenta son los contenidos en el Decreto 1158 de 1994 y revisada la liquidación efectuada por la entidad, se observa que esta tomó los IBC contenidos en el reporte de semanas.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que se le deben aplicar los principios de favorabilidad y progresividad, ya que cuando entraron en vigencia esos decretos, tenía una expectativa legítima, es decir, un derecho constituido.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicios, tomando como factores salariales los contenidos en el Decreto 1045 de 1978 o en su defecto, la reliquidación con los factores establecidos en dicho decreto, devengados en los últimos 10 años.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor ZARQUIS MORA CORREA, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la copia de las Resoluciones GNR 84298 del 17 de marzo de 2016 y GNR 205225 del 13 de julio de 2016 (fls. 2 a 12), mediante la cual COLPENSIONES le reconoce la pensión de vejez de conformidad con la Ley 33 de 1985, en cuantía de \$2.093.195 a partir del 1° de abril de 2016.

Reliquidación de la pensión

En cuanto a la forma en que se debe calcular el IBL de las pensiones otorgadas bajo el régimen de transición, concretamente en aplicación a la Ley 33 de 1985, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3690 del 28 de agosto 2019, señaló:

“Pues bien, desde ya se advierte que no se evidencia yerro alguno por parte del ad quem y que, en ese sentido, su fundamentación es coherente con el pacífico, uniforme y reiterado devenir de esta Corporación, en donde se ha

previsto que todas aquellas prestaciones pensionales que se otorguen en virtud de la transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se harán garantizando los requisitos exigidos en el régimen anterior pero solo en lo que tiene que ver con la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto o tasa de reemplazo.

Por lo tanto, en lo que atañe estrictamente al IBL, el mismo habrá de ser calculado de conformidad con el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o, en su defecto, como es el caso, con fundamento en el artículo 21 de la referida disposición normativa.

Así fue abordado recientemente en la sentencia CSJ SL2698-2018, donde resolviendo un caso de similares contornos y reiterando lo desarrollado en providencia CSJ SL2689-2017, dispuso:

“Tocante a la controversia planteada entre las partes, la Sala de tiempo atrás tiene definido que, en torno al régimen de transición previsto en la Ley de Seguridad Social, el legislador les respetó a sus beneficiarios solo 3 aspectos: (i) la edad; (ii) el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y (iii) el monto, que consignara la disposición anterior por aplicarles.

[...]

De suerte que, en lo que atañe al ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas con venero en el régimen de transición, esta Corporación ha sido enfática en que este- IBL- se define a la luz de lo determinado expresamente por la Ley 100 de 1993, y no con lo estipulado en la regulación precedente.”

Criterio que de antaño ha sostenido dicha Corporación, entre otras en la sentencia 37033 del 29 de mayo de 2013, en la que reitera los proveídos 37998 del 13 de abril de 2010 y 40682 del 14 de septiembre del mismo año, al igual que en SL 1333 del 10 de abril de 2019, enseñó:

“Al efecto, debe recordar la Sala que el ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas por virtud del régimen de transición se determina conforme las previsiones del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para adquirir el derecho, contados a la data de vigencia del sistema general de pensiones, o el cotizado en todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del IPC. Esta metodología es aplicable para los beneficiarios a los que les faltaban menos de diez años para causar el derecho pensional; pues, en caso contrario, esto es, a los que les faltaren más de diez, el IBL se calcula en los términos estipulados en el artículo 21 Ibidem, es decir, con el promedio de los diez últimos años o con el de toda la vida, siempre que el afiliado acredite un guarismo de semanas igual o superior a 1.250.”

Lo anterior se compasa con lo dicho sobre el tema por la Corte Constitucional en sentencias C – 258 de 2013 y SU – 230 de 2015, ésta última, en la que indicó:

“De esa forma, la Sala Plena mediante el estudio de la solicitud de la nulidad de la tutela T-078, reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.”

De suerte que, si bien el accionante como lo refiere COLPENSIONES en la Resolución mediante la cual le otorga la pensión, adquiriera el status de pensionado el 21 de octubre de 2012 aunque su exigibilidad haya sido desde abril de 2016, esto es, antes que la Corte Constitucional profiera las sentencias en comento, lo cierto es que como se indicó, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, ha sostenido incluso antes de lo dicho por la referida Corte, que el IBL de las pensiones otorgadas bajo el régimen de transición se calculan con base en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 ibidem, de ahí que no sea dable como lo pretende la parte actora, reliquidar la prestación con el promedio de lo devengado en el último año.

Ahora, en lo que se refiere a los factores salariales a tener en cuenta a efectos de calcular el IBL de la prestación, la Corte Suprema de Justicia especialidad laboral, entre otras en la sentencia del 4 de mayo de 2016 radicado: 50443, recordó que para liquidar las pensiones reconocidas bajo los parámetros del régimen de transición a los servidores públicos (empleado público – trabajador oficial), se debe tener en cuenta los factores sobre los cuales se efectuaron las cotizaciones y que tengan el carácter remunerativo del servicio y en tratándose de tiempos de servicio no cotizados, los factores deben ser los contenidos en el decreto 1158 de 1994. Postura que se acompasa con lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C - 258 de 2013; luego es apenas lógico que COLPENSIONES para liquidar la pensión, tomara el IBC reportado en la historia laboral, por lo que si este en sentir del demandante no correspondía a lo realmente devengado por él, no es el ente de seguridad social el llamado a responder por ello y por ende, no se le puede endilgar responsabilidad alguna, en tanto se trata de una obligación a cargo del

empleador, quien no fue vinculado al proceso, de ahí que no puedan tenerse en cuenta sumas diferentes a las que aparecen en el reporte de semanas como IBC.

Finalmente, en lo atinente a la aplicación del principio de favorabilidad, no es dable por parte de la Sala, aplicar las sentencias que en similares ha proferido el Consejo de Estado, ya que, en virtud de lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias en comento, dicha Corporación en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, cambió su criterio y acogió lo dicho por la máxima autoridad constitucional y que como se explicó, de vieja data adoctrinaba la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado.

COSTAS

En esta instancia a cargo del demandante.

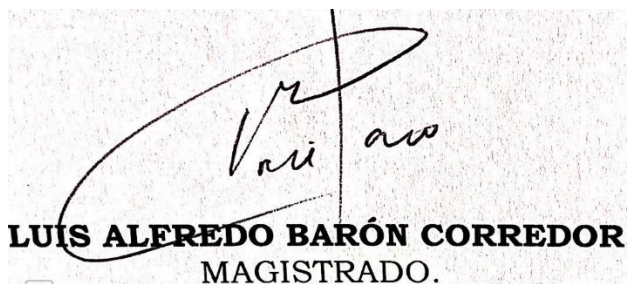
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante, la suma de \$300.000.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – BEATRÍZ GUZMÁN GONZÁLEZ
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **BEATRÍZ GUZMÁN GONZÁLEZ**, se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, efectuada el 1° de febrero de 2000 a través del fondo de pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN y que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados desde la afiliación a la fecha, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso (fl. 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 y 3), señaló que nació el 9 de mayo de 1960 y se afilió al ISS el 1° de diciembre de 1981. Refiere que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN a través de sus asesores, visitaron las dependencias del colegio TILATA, con el fin que sus trabajadores se vincularan a ese fondo, por lo que el 1° de febrero de 2000

se afilió al RAIS por intermedio de dicha entidad, con quien viene cotizando a la fecha. Sostiene que al momento del trasado no fue asesorada o informada de manera completa, clara y veraz respecto de las diferencias entre uno y otro régimen, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, beneficios, desventajas o inconvenientes y en general, las implicaciones que el mismo tendría sobre sus derechos pensionales. Afirma que cuenta con 1.699 semanas cotizadas y al realizar las liquidaciones pertinentes se estableció que el valor de la mesada en el régimen de prima media sería de \$2.828.090 para 2016, mientras que en el RAIS para esa anualidad ascendería a \$1.244.397. Finalmente, aduce que el 9 de diciembre de 2016 solicitó a las accionadas la nulidad de la afiliación al RAIS la cual le fue negada por estas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el introductorio (fls. 80 a 96), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, acepta el contenido en el numeral 1 y no le constan los demás. Como excepciones de fondo propuso las de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación.

De otro lado, **PROTECCIÓN S.A.** contestó la demanda (fls. 17 a 126), en el que se opuso a las pretensiones de esta. Respecto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 11 y niega y no le constan los demás. Propuso como excepciones de mérito las de validez de la afiliación al RAIS con COLMENA hoy PROTECCIÓN, prescripción e inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 21 de junio de 2018 (CD – fl. 159), **declaró** la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS, **condenó** a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses

como lo dispone el artículo 1746 del C.C., con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, **declaró** que la actora se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, **declaró** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y **condenó** en costas a PROTECCIÓN.

Fundamentó su decisión, indicando que sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que es deber de las administradoras de fondos de pensiones brindar la información completa suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, sin que el hecho que la parte no sea beneficiaria del régimen de transición, impida dado el caso, declarar la nulidad del traslado la cual opera debido a la falta de información que haya podido recibir al momento de la afiliación, relacionada con las consecuencias positivas o negativas de la afiliación, una posible proyección de lo que sería el valor de la mesada pensional, modalidades de pensión que tiene el sistema, el derecho de retracto y la posibilidad de devolverse al régimen de prima media. Refiere que analizadas las pruebas allegadas y recaudadas, se observa que la demandada no allegó ningún elemento probatorio con el cual acredite que le suministró a la accionante la información necesaria y relevante que llevó consigo la migración de régimen pensional, pues en virtud de la inmersión de la carga de la prueba le correspondía a la AFP demostrar la información dada sobre los aspectos expuestos y si esta fue veraz, clara, suficiente y necesaria tal y como lo exige el precedente jurisprudencial, pues lo único allegado por esta son los documentos de afiliación de la actora al RAIS y el formulario de vinculación, el cual data de un formato preimpreso que contiene manifestaciones que resultan insuficientes, en tanto no prueban las explicaciones dadas al afiliado sobre lo que aparece consignado en el citado formulario, a más que fue la parte demandante quien trajo unos testigos con los cuales se corrobora la aludida falta de información; señalando que con base en ello hay lugar a declarar la nulidad del traslado y por ende, la demandada deberá devolver a COLPENSIONES, todos los

valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la demandante al RAIS.

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción, afirma que la misma no está llamada a prosperar, ya que la nulidad del traslado implica derechos pensionales los cuales como lo ha sostenido la jurisprudencia, tiene el carácter de imprescriptibles.

APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación, manifestando que el debate del proceso versa sobre un punto de derecho y de conformidad con lo señalado en el artículo 509 del C.C, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, lo cual no constituye un fundamento para declarar la nulidad. Argumenta que además de haberse allegado los documentos relacionados con la afiliación libre y voluntaria realizada por la parte demandante, del testimonio de la señora María Lucía Barreto se extrae que esta si dio fe respecto de la información brindada, pues ella señaló que se dio una asesoría personalizada la cual duró de 20 a 30 minutos. Aduce que las sentencias expuestas por el juez relacionadas con la falta de información, no hacen alusión a una prueba si quiera sumaria o requisito con la cual se deba demostrar la asesoría brindada y bajo ese entendido, solo estaría la aludida declaración, sin que exista algún otro medio probatorio cual se desvirtúe la asesoría verbal que fue suministrada en su momento a la demandante y que verso no solo sobre las características del régimen sino también de la posibilidad que tuvo en un lapso de minutos de efectuar las preguntas que quisiera, por lo que resulta claro que la entidad cumplió con su deber de información y por ende no hay lugar a declarar la nulidad del traslado.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN es ineficaz por falta de información y si

como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comentario, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora BEATRÍZ GUZMÁN GONZÁLEZ el 10 de diciembre de 1998 (fl. 142), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, encontrándose afiliada en la actualidad a ésta, efectuando cotizaciones en el RAIS desde marzo de 2000 a la fecha (fls. 132 a 136). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES de forma interrumpida del 1° de febrero de 1980 al 30 de marzo de 2000 (fls. 101 y 102).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 142 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento COLMENA, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos,

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la demandada en el recurso de alzada manifiesta que la testigo María Lucía Barreto si dio fe respecto de la información brindada, al señalar que se dio una asesoría personalizada la cual duró de 20 a 30 minutos, lo cierto es que contrario a lo señalado por la recurrente, la citada señora junto con la otra testigo, fueron enfáticas en indicar que la referida asesoría verso únicamente en las ventajas del régimen, al punto que manifestaron que se les indico que devengarían una mesada superior, que podía retirar el dinero ahorrado cuando lo quisieran que el ISS se iba a acabar. Argumentos estos que no encuentran sustento alguno, pues no existe una proyección de la cual se extraiga que en efecto el valor de la mesada sería superior, como tampoco es cierto que el dinero ahorrado se pueda retirar en cualquier tiempo, pues como es bien sabido la devolución de saldos se puede pedir únicamente en el caso de las mujeres a la edad de 57 años y de los hombres a los 62, siempre que el capital ahorrado no alcance para financiar la pensión o no se complete el número de semanas parala garantía de la pensión mínima; luego el hecho que la accionada le haya informado a la actora sobre las bondades del régimen, no implica que la asesoría haya sido completa, veraz y suficiente, pues nada se dijo de los beneficios del régimen de prima media comparado con el RAIS y las desventajas que conllevaba su decisión, entre otros aspectos mencionados en precedencia.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PPROTECCIÓN, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la accionante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, como lo indicó el a quo en la sentencia apelada.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en

proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

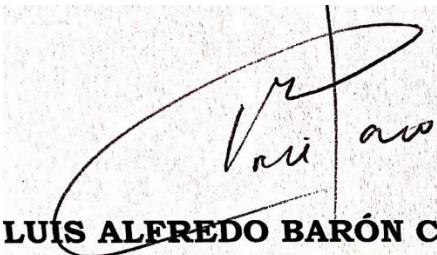
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

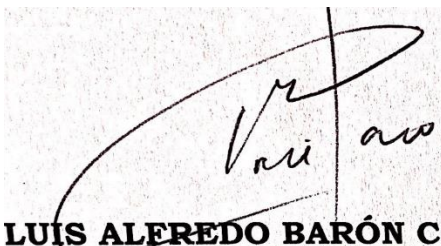


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A, la suma de \$900.000.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – CARMEN PATRICIA CIFUENTES CIFUENTES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **CARMEN PATRICIA CIFUENTES CIFUENTES**, se **declare** la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS, promovida por COLPATRIA hoy PORVENIR por el incumplimiento en el deber legal de información y por ende, se encuentra válidamente afiliada a CLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a PORVENIR registre en el sistema de información de los fondos privados que su afiliación estuvo viciada de nulidad por error de hecho y a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos a que hubiere lugar y a esta, a activar la afiliación, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 3 y 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 a 6), señaló que nació el 11 de mayo de 1961 y empezó a cotizar a pensiones a través del

ISS a partir del 8 de agosto de 1983 y a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 se encontraba afiliada a este además de contar con 407.57 semanas. Refiere que PORVENIR la persuadió en diciembre de 1998 para que se vinculara a dicho régimen, contando para esa fecha con más de 15 años cotizados a COLPENSIONES. Sostiene que la AFP no le informó de las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearía su afiliación al RAIS, como tampoco que su decisión implicaba la disminución de su mesada pensional en un 45% respecto a la que le otorgaría el ISS, al igual que omitió indicarle los requisitos que debería cumplir para acceder a la pensión, ni que la fecha de redención del bono pensional sería a los 60 años de edad. Afirma que a la fecha acredita 1491 semanas cotizadas y que en abril de 2016 contrató por su cuenta una asesoría para conocer el monto de su pensión; momento en el cual se dio cuenta que la AFP no le había dado ninguna asesoría, haciéndole tomar una decisión que la perjudicó. Finalmente, expone que el 3 y 4 de octubre de 2016 solicitó a PORVENIR la anulación de la afiliación y a COLPENSIONES, activar la misma.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el introductorio (fls. 49 a 54), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 6 parcial y 20 y no le constan los demás. Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada.

De otro lado, **PORVENIR** contestó la demanda (fls. 79 a 86), en el que se opuso a las pretensiones de esta. Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 15 y 19 y niega y no le constan los demás. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, reclamadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de junio de 2018 (CD – fl. 116), **absolvió** a las demandadas de las pretensiones de la demanda, **declaró** probadas las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas e inexistencia del derecho reclamado y **condenó** en costas a la demandante, señalando como agencias en derecho la suma de \$150.000.

Fundamentó su decisión, indicando que revisadas las pruebas obrantes en el proceso, se evidencia que la demandante al momento de efectuar el traslado, cumplió con los requisitos para realizar el mismo, toda vez que al momento de suscribir el formulario de afiliación era mayor de edad, el objeto y la causa del contrato eran legales, como tampoco se acredita que haya existido error o dolo, señalando que no se encuentra demostrada la existencia de un vicio en el consentimiento al momento de la afiliación. Sostiene que en cuanto a la falta de información, no se probó los errores o engaños en los que manifiesta la demandante incurrió la AFP al momento del traslado, máxime si la Corte Constitucional ha dicho que el error de derecho no vicia el consentimiento ni da lugar a la declaración de ilegalidad del negocio jurídico, por lo que en este caso, pese a que la actora señale que no se le brindó ningún tipo de información al momento del traslado, no debe olvidarse que dicha situación acaeció en diciembre de 1998, sin existir certeza en ese momento, sobre un futuro pensional de la demandante, como tampoco debe perderse de vista que el momento del traslado la actora era mayor de edad y por ende, se presume que su decisión de elegir el fondo fue consiente y madura y en consecuencia, al no obtener toda la información que aduce no le brindaron, hubiese podido trasladarse antes de cumplir los 10 años para pensionarse como lo señala el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, constatándose que permaneció en el RAIS por más de 19 años; tiempo más que suficiente para que se informara sobre el funcionamiento del sistema, ventajas y desventajas frente a su situación en particular y en caso que el mismo no llenara sus expectativas hubiera efectuado el traslado en la forma antes señalada, sin embargo, realizó ninguna actuación al respecto. De otro lado, asegura que la decisión del traslado es una decisión legal amparada por la buena fe de

la AFP y del ciudadano y crea seguridad jurídica para ambos y así edificar la pensión de vejez como lo señala la Ley 100 de 1993, la cual no puede venirse abajo a portas del cumplimiento del status del pensionado, en tanto significaría un desfinanciamiento del sistema. Expone que la accionante conocía el sistema al cual estaba efectuando sus cotizaciones y por ende, no puede endilgar la nulidad del traslado por falta de información.

Finalmente, en lo que se refiere al traslado por régimen de transición, menciona que a 1° de abril de 1994 la actora no demostró que tenía 15 años a esa data, por lo que no es viable el traslado de régimen en cualquier tiempo como lo indica la Corte Constitucional en sentencia SU 130 de 2013 y en consecuencia, deviene la absolución de las demandadas de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que en el presente caso no se trata de un error de derecho en tanto jamás ha alegado un desconocimiento de la ley, al contrario, conocía el número de semanas y edad para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media y se trasladó con la promesa de una mejor mesada y un claro ejemplo de ello es que la norma establece que se requiere para acceder a la pensión, contar con un capital que logre financiar el 110% de un salario mínimo, lo cual no puede ser calculado por un afiliado lego o una persona que no tenga conocimientos en seguridad social y que debe ser calculado por un actuario o experto en el tema, por tal motivo era necesaria la asesoría de un profesional. Indica que a pesar que la Corte Suprema de Justicia ha dicho que se invierte la carga de la prueba y que es la AFP quien debe allegar el análisis o prueba de la asesoría que prestó al afiliado, en este asunto la demandante si cumplió con la carga de la prueba ya que PORVENIR, no tenía ningún instructivo al punto que no tiene constancia de si le prestaron o no asesoría en su momento por parte de la AFP COLPETRIA, como tampoco existía auditoría o forma en la que el fondo pudiera verificar cual era la información que le estaban dando los asesores a los afiliados, si les estaban advierto las desventajas del RAIS y que de igual manera le

presentaran las ventajas del régimen de prima media frente al de ahorro individual, percibiéndose que no había ningún interés por parte del fondo en cumplir con su obligación. Afirma que la publicación que se hizo en el diario el Tiempo se efectuó solo para cumplir lo que le fue ordenado, luego sí sabía de las obligaciones que tenía frente a los afiliados, independientemente de si eran o no beneficiarios del régimen de transición. Menciona que la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento, ratificó que no se puede entender eficaz una afiliación cuando no se ha dado la información clara y suficiente sobre los efectos que acarrea el cambio de régimen. Finalmente, afirma que una de las consecuencias de la nulidad es que las cosas vuelven a su estado anterior, de ahí que no se pueda hablar de descapitalización del sistema, por cuanto la AFP está obligada a devolver todo lo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual, incluidos los gastos de administración y demás descuentos que se le hayan efectuado.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comentario, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora CARMEN PATRICIA CIFUENTES CIFUENTES el 15 de diciembre de 1998 (fl. 88), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, encontrándose afiliada en la actualidad a ésta, efectuando cotizaciones en el RAIS desde diciembre de 1998 a la fecha (fls. 92 a 96). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES de forma interrumpida del 8 de agosto de 1983 al 30 de septiembre de 1998 (fls. 58 y 59).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 88 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea y que había sido asesorada sobre las implicaciones del

régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento COLPATRIA, estaba a informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos,

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad al momento del traslado, contrario a lo señalado por el a quo, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema o por el hecho de permanecer 19 años o más en el RAIS, de por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con el régimen, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado; siendo el deber de la AFP asesorarla y no de esta, de buscar la información por sus propios medios.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la accionante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

De otro lado, en lo atinente a la publicación que milita a folio 104 efectuada en enero de 2004, la misma se hizo 6 años después de la afiliación de la accionante a la AFP; la cual, sea de paso advertir, se realizó a nivel nacional, sin que se demuestre que la información allí contenida le haya sido dada a conocer a la actora de manera puntual, pues ello debió hacerlo personalmente en la medida que se trataba de su futuro pensional o por lo menos, asegurarse que tuvo conocimiento de la misma.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989)

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y en su lugar, se **DECLARARÁ** la ineficacia del traslado que hizo la actora del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR, con las consecuencias que ello implica.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere la demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

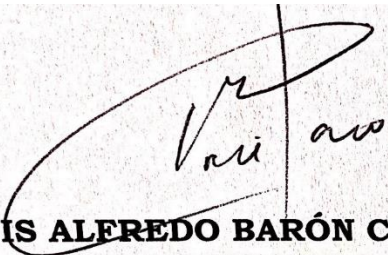
SEGUNDO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que una vez reciba de la AFP los emolumentos indicados en el ordinal anterior, reactive la afiliación de la accionante al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de PORVENIR Y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

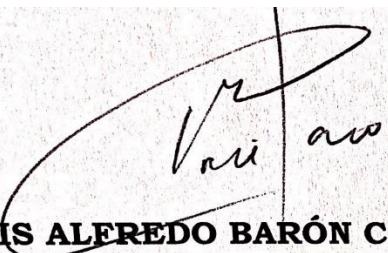


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE - JOSÉ ALBERTO SÁNCHEZ GIRALDO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JOSÉ ALBERTO SÁNCHEZ GIRALDO**, se **ordene** la demandada actualice su historia laboral, incorporando los tiempos cotizados desde 1967 hasta 1969. Se **condene** a la accionada al reconocimiento de la pensión de vejez conforme al régimen de transición, junto con la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita, más las costas y gastos del proceso (fl. 26).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 25 y 26), señaló que nació el 13 de agosto de 1951 y cotizó al sistema pensional de manera interrumpida desde el 24 de septiembre de 1967 hasta el 31 de diciembre de 2014. Refiere que COLPENSIONES no ha efectuado la actualización de la historia laboral para incorporar los tiempos cotizados por 23 meses, desde el año 1967 hasta 1969, con lo que completaría 1031 semanas. Sostiene que mediante Resolución GNR 257557 del 30 de agosto 2016

confirmada con la Resolución VPB 42438 del 24 de noviembre de 2016, la accionada le negó la pensión de vejez. Finalmente, aduce que a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 era beneficiario del régimen de transición por cuanto al 25 de julio de 2005 tenía 992 semanas cotizadas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el introductorio (fls. 39 a 42), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 4, 5 parcial y 7 y no le constan los demás. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de junio de 2008 (CD – fl. 112), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante, señalando como agencias en derecho la suma de \$100.000.

Fundamentó su decisión, indicando que a 1º de abril de 1994, el demandante tenía 42 años de edad, cumpliendo con el requisito de edad para ser beneficiario del régimen de transición, al igual que tiene acreditadas 962 semanas durante toda su vida laboral y al 25 de julio de 2005, cuenta con 864.72 semanas, conservando el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014. En cuanto a los tiempos que reclama el actor sean incluidos en su historia laboral, esto es, de septiembre de 1967 a junio de 1969, señala que en la historia laboral aportada en el escrito de demanda, se ven reflejados tales ciclos, sin embargo, en la respuesta dada por COLPENSIONES y en el reporte de semanas allegado por este, esos periodos fueron excluidos, porque a juicio de la demandada corresponden a otro afiliado. Manifiesta que del expediente administrativo se extrae que empezó a cotizar desde el mes de agosto de 1978 con la empresa PAPELERÍA MERCANTIL LTDA y la última cotización lo fue el 31 de diciembre de 2014 y si bien se recepcionó el interrogatorio de parte al demandante, quien manifestó ser natural de Bogotá, que desde los 10

años de trasladó a la costa Atlántica, donde laboró para varias personas naturales y en un establecimiento de comercio aproximadamente dos años pero no recuerda las fechas ni los periodos de afiliación y posteriormente regresó a Bogotá y prestó el servicio militar obligatorio; por lo que si bien con la demanda se allega un reporte de semanas donde aparecen esos periodos de 1967 a 1969, esa información fue depurada por la entidad y solo le acredita cotizaciones desde el 15 de septiembre de 1971 con el empleador HOTELERÍA MERCANTIL, sin que tenga otro medio de convicción que lo pueda llevar a la certeza que los aportes que aparecen el reporte allegado por el demandante, fueron efectivamente cotizados a favor de este, pues del interrogatorio de parte nada se puede extraer sobre ello.

Sostiene que con base a lo expuesto, solo se tendrá en cuenta el reporte de semanas cotizadas allegado por COLPENSIONES en el que se reflejan un total de 911 semanas cotizadas. Señala que al verificar si el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, encuentra que cumplió los 60 años de edad el 13 de agosto de 2011 y del análisis de la historia laboral se puede establecer que cuenta con un total 911.43 semanas, de las cuales, 442.72 se cotizaron dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad; por lo que al no acreditar tales presupuestos, no hay lugar al reconocimiento de la pensión deprecada y por ende, menciona habrá de absolverse a la demandada de las pretensiones de la demanda.

CONSULTA

La parte demandante no interpuso recurso de apelación, por ende la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante es beneficiario del régimen de transición y si como consecuencia de ello, tiene derecho al

reconocimiento de la pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990, al igual que se analizará si hay lugar a incluir los tiempos que afirma el actor no le aparecen registrados en su historia laboral por el periodo comprendido entre septiembre de 1967 y junio de 1969.

Régimen de transición

Al respecto, se tiene que a folio 3 del expediente aparece copia de la cédula de ciudadanía del actor, donde se evidencia que nació el 13 de agosto de 1951, acreditando al 1° de abril de 1994, 42 años de edad, siendo beneficiario del régimen de transición.

Ahora en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005 dispone que éste no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010 excepto para las personas que estando en el mismo tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto, a quienes se les mantendrá el referido régimen hasta el año 2014.

Al constatar si el accionante cuenta con 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 esto es, al 29 de julio de 2005, se tiene que según la historia laboral allegada por COLPENSIONES con la contestación de la demanda (fls. 54 a 57) registra un total de **872.86** a esa data, lo que hace que su beneficio se extienda hasta el 31 de diciembre de 2014.

Pensión de vejez

Teniendo en cuenta que el demandante es beneficiario del régimen de transición en los términos anotados, se tiene que la norma aplicable es con la que venía a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que no es otra que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 el cual exige para acceder a la pensión de vejez, acreditar 60 años de edad el hombre, 55 la mujer, 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Al constatar si cumple con tales requisitos, se observa que el 13 de agosto de 2011 cumplió 60 años de edad, al igual que cotizó un total de 911.43 semanas a 31 de diciembre de 2014, de las cuales, **442.85** fueron cotizadas dentro de los 20 años al cumplimiento de la edad esto es, del 13 de agosto de 1991 al mismo día y mes del año 2011, sin acreditar el número de semanas exigencias por la norma en cita para acceder a la pensión de vejez.

Ahora, alega el demandante que se debe incluir el periodo comprendido entre el 29 de septiembre de 1967 y el 27 de junio de 1969, cotizado bajo el empleador SIGMA LTDA y que aparece en el reporte se semanas allegado por él, pero que fue excluido por COLPENSIONES en las historias laborales expedidas por esta.

Al respecto, observa la Sala que en el reporte de semanas cotizadas de folio 24 allegada por el accionante con la demanda, aparecen cotizaciones bajo el empleador SIGMA LTDA por el periodo comprendido entre el 24 de septiembre de 1967 y el 27 de junio de 1969, las cuales, fueron excluidas por la accionada en las historias laborales allegadas por esta; señalando como fundamento para su no inclusión, según oficio del 27 de abril de 2015 obrante en el expediente administrativo (CD – fl. 52), lo siguiente:

1. Verificada la base de datos de Colpensiones, nos permitimos informarle que procedimos a realizar la búsqueda en nuestra base de datos, donde se constató que las novedades solicitadas desde **1967/09** a **1969/06**, con el empleador **SIGMA LIMITADA**, patronal numero 05064000042, Afiliación N° 050000724, le pertenecen a otro afiliado; de igual forma no se visualizan novedades con su nombre y apellido bajo esta razón social, por esta razón el tiempo solicitado no se refleja en el reporte de historia laboral

Conforme a ello, analizados los demás documentos obrantes en el expediente, junto con el interrogatorio de parte rendido por el demandante, no se logra demostrar que esos periodos correspondan realmente al accionante, tan así, que en el referido interrogatorio no hizo mención alguna al respecto, pues solo se limitó a decir que había laborado para varias personas naturales y un establecimiento de comercio, al igual que había prestado el servicio militar, sin referirse al citado empleador,

como tampoco, allegó certificación del Ministerio de Defensa relacionado con el tiempo de servicio militar a fin de incluir el mismo.

Bajo ese entendido, es claro que no se puede sumar el periodo alegado por el actor, pues como lo indicó COLPENSIONES, este no pertenece al afiliado, al punto que en la Resolución VPB 42438 del 24 de noviembre de 2016, mediante la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución GNR 257557 del 30 de agosto de 2016, sobre ese aspecto, señaló:

Que mediante radicado Interno Nro. 2016_13185002 se solicitó a la Gerencia Nacional de Operaciones se actualizara y/o se corrigiera la historia laboral del asegurada pues afirma que no le aparecen los periodos cotizados con el empleador sigma limitada de 1967 a 1969 y para lo cual anexa la debida información y la respuesta es la siguiente:

En atención a su solicitud y una vez revisadas las bases de datos de Colpensiones le informamos que el aportante señalado, únicamente realizó cotizaciones para los periodos que se reflejan en la historia laboral. No se encontró registros de pagos para el periodo 1967 a 1969 con el empleador SIGMA Limitada. Se aclara que es necesario que nos suministre documentos probatorios (certificación laboral autenticada, tarjetas de reseña, tarjetas de comprobación de derechos, entre otros), y/o soportes de afiliación donde se evidencie su vínculo laboral con dicho empleador en el periodo 198005, para proceder a la corrección a que haya lugar.

Sin que el demandante, además de la historia laboral consolidada allegada por él, aportara tanto al proceso como a la entidad, algún otro documento con el que se pueda establecer que esas cotizaciones se realizaron a su favor, como por ejemplo, las semanas tradicionales en las que aparezca el detallado o una certificación laboral, a más, que tampoco suministró al ente de seguridad social por lo menos, los datos de la empresa o solicitó su vinculación al proceso, este último en el cual, no hizo mención a las respuestas dadas por COLPENSIONES respecto de la no inclusión de tales ciclos, pues en la demanda no indica que la entidad ya le había dado respuesta sobre ello.

Así las cosas, como quiera que no se dan los presupuestos para acceder a la pensión de vejez solicitada, es por lo que sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

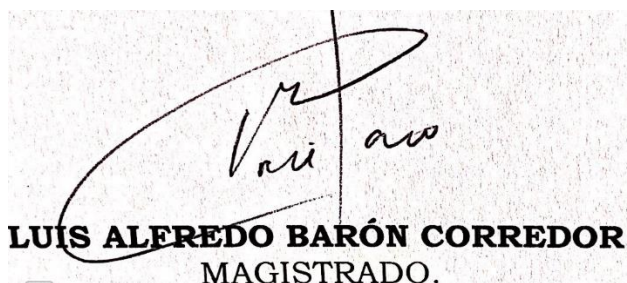
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLAUDIA SORAYA ABAUNZA FORERO contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre julio de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **CLAUDIA SORAYA ABAUNZA FORERO**, se **declare** la nulidad del traslado al RAIS, realizado el 1º de julio de 2003 a través de PORVENIR. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** a la AFP trasladar a COLPENSIONES el valor completo de las cotizaciones, junto con los rendimientos que se hubieren causado, durante todo el tiempo de su vinculación, lo que resulte probado ultra y extra petita, más las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 26).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 26 a 28), señaló que nació el 6 de septiembre de 1958, siendo beneficiaria del régimen de transición por contar a 1º de abril de 1994 con más de 35 años de edad. Aduce que por falta de asesoría se trasladó el 1º de julio de 2003 al RAIS a

través de la AFP PORVENIR, sin que al momento del traslado se le informara sobre las consecuencias de la pérdida del régimen de transición, como tampoco le indicó que si pensión sería menor a la que le correspondería en régimen de prima media. Finalmente, afirma que el 24 de noviembre de 2008 diligenció ante el ISS formulario de traslado, el cual le fue negado por no acreditar 15 años de servicio a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PORVENIR contestó la demanda (fls. 47 a 54), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 5, 9, 10 y 15 a 17 y niega y no le constan los demás. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

A su turno, **COLPENSIONES** contestó el introductorio (fls. 74 a 80), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos acepta los contenidos en los numeral 1 y no le constan los demás. Formuló las excepciones de fondo de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación cobro de lo no debido y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 12 de julio de 2018 (CD – fl. 100), **declaró** la ineficacia de la relación jurídica de afiliación y/o cotización de la demandante al RAIS celebrada con PORVENIR S.A., **condenó** a la AFP a realizar el traslado de régimen al de prima media con prestación definida, tanto de la relación jurídica de afiliación, como del valor de los saldos, aportes y rendimientos que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual de la accionante, **condenó** a COLPENSIONES a aceptar el traslado y a recibir el monto de los aportes, saldos pensionales y rendimientos que fueron depositados en la cuenta de ahorro individual, **declaró** no probadas las excepciones propuestas, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que la demandante a 1° de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad y por ende era beneficiaria del régimen de transición. Refiere que la Corte Suprema de Justicia ha señalado la diferencia entre la nulidad e ineficacia y en este tipo de procesos, si bien se pide la nulidad, de la lectura de los hechos se denota que realmente lo que se busca es la ineficacia del acto jurídico de afiliación, tan así, que dicha Corporación en las sentencias que tratan el tema, siempre hace alusión a la ineficacia del traslado. Sostiene que la documentación clara y suficiente no se agota con el envío de un extracto o con la asesoría a petición de parte, pues esta etapa deviene de varios momentos, tales como los efectos que acarrea el cambio de régimen, luego esa documentación debe empezar antes de la afiliación, hasta las condiciones en que disfrutaría del derecho pensional, además del buen consejo como administrador, de ahí que la información no pueda ser fraccionada ni comprometida en ciertos aspectos, pues tiene que ser permanente y clara, brillando en este caso por su ausencia la antesala de la afiliación y si bien el formulario se hace alusión al régimen de transición, lo cierto es que no aparece que tipo de información se le suministró al respecto, como tampoco se le informó del plazo que dio la Ley 797 de 2003 para trasladarse, operando así la ineficacia del acto jurídico de la afiliación.

CONSULTA

COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación, por ende la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si en virtud de la ineficacia del traslado que efectuó la demandante a la AFP PORVENIR en julio de 2003 declarada por el a quo en la sentencia de primera instancia y sobre la cual, sea de paso advertir, no se presentó reparo alguno por las partes; COLPENSIONES está

obligada a aceptar el traslado de la actora y a recibir el monto por concepto de aportes, saldos pensionales y rendimientos depositados en su cuenta de ahorro individual, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social.

Consecuencias de la nulidad del traslado de régimen

En lo que respecta a COLPENSIONES dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste, es claro para la Sala que la aludida ineficacia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, ésta última en la que indicó:

“Esta declaración trae como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media administrado por el I.S.S., habida cuenta de tratarse de un afiliado que desde antes del traslado de régimen había cumplido con requisitos mínimos para acceder a un derecho pensional.

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado como lo indicó el a quo, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de los dineros, rendimientos y demás rubros que integran la cuenta de ahorro individual de la demandante con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí

que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

No obstante, se hace necesario ADICIONAR y por ende MODIFICAR, los ordinales segundo y tercero del proveído objeto de consulta, en el sentido de ordenar a PORVENIR el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de esta, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia objeto de consulta en la forma antes anotada.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

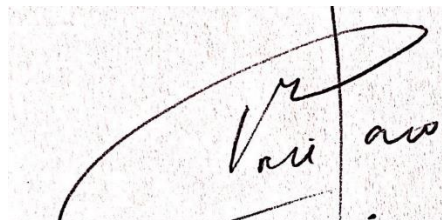
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR LOS ORDINALES SEGUNDO Y TERCERO de la sentencia consultada, ordenar a PORVENIR el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de esta, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

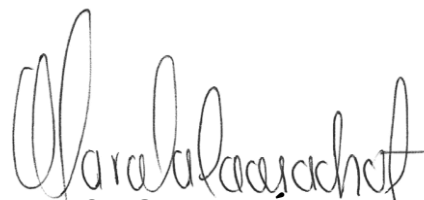
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia objeto de consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALFREDO ROMERO CASTRO
contra LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y
TURISMO**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre julio de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ALFREDO ROMERO CASTRO**, se **declare** que como ex trabajador del IFI – CONCESIÓN SALINAS tiene derecho al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación, desde el cumplimiento de los 60 años de edad. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación, a partir del cumplimiento de los 60 años de edad, incluyendo la indexación del ingreso base según el IPC, más los reajustes legales, las mesadas adicionales de junio y diciembre, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluyendo agencias en derecho (fls. 1 y 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 y 3), señaló que existió un contrato de trabajo con el extinto IFI – CONCESIÓN SALINAS

entre el 27 de mayo de 1978 y el 30 de diciembre de 1993, el cual culminó por retiro voluntario, según acta de conciliación. Finalmente, refiere que nació el 21 de agosto de 1957 y el último salario base sobre el cual se liquidaron las prestaciones ascendió a \$324.224,08.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO contestó la demanda (fls. 27 a 32), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, los acepta en su totalidad. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y ausencia de consolidación del derecho reclamado, solicitud expresa de declaratoria de compartibilidad, prescripción, compensación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 31 de julio de 2018 (CD – fl. 81), **declaró** no probadas las excepciones propuestas por la demandada excepto la de solicitud expresa de compartibilidad pensional la cual declaró probada, **declaró** que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación a partir del 21 de agosto de 2017, en cuantía inicial de \$768.576 con 14 mesadas anuales, más los reajustes legales, la cual tendrá el carácter de compartida con la pensión de vejez que le sea reconocida por COLPENSIONES, **condenó** a la accionada a pagar al actor la suma de \$10.704.113 por concepto de retroactivo, la cual deberá ser indexada desde la fecha de causación de cada una de las mesadas y hasta que se efectúe su pago y la **condenó** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que el demandante laboró como trabajador oficial del extinto IFI, durante el periodo comprendido entre el 27 de mayo de 1978 y el 30 de diciembre de 1993, lo que conlleva a que haya prestado servicios a esa entidad durante 15 años, 7 meses y 4 días que corresponden a 5614 días laborados, al igual que conforme a las mismas certificaciones allegadas por el Ministerio, que el promedio salarial para el último año fue de \$324.224 y de los formatos CLEB se desprende

que los factores atendiendo el Decreto 1158 de 1994, ascendieron a \$203.127,51 mensuales. Refiere que también se encuentra acreditado que la relación laboral que existió entre el demandante y el IFI culminó por mutuo consentimiento, además, según oficio de COLPENSIONES, el demandante no percibe pensión alguna por parte de esta. Sostiene que la norma aplicable es la que se encontraba vigente al momento del cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia a señalar que la pensión restringida de jubilación se causa al momento del retiro si se ha completado el tiempo de servicios requerido en la norma, pues el cumplimiento de la edad es solo para su exigibilidad, los cuales, debe acreditar antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Expone que en el presente caso el actor demostró el cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones, pues el tiempo de servicios y el retiro de la empresa lo fueron con anterioridad a la normatividad en comento. Afirma que la pensión se hace exigible a partir del momento en que cumplió los 60 años de edad, esto es, desde el 21 de agosto de 2017, por lo que tiene derecho a que la accionada le reconozca y pague la pensión restringida de jubilación a partir de esa fecha, en 14 mesadas anuales en atención a que fue causada con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 y que debe ser compartida con la que le llegare a reconocer COLPENSIONES.

Sobre el monto de la mesada pensional, se tomará el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, tomando como factores salariales lo que aparecen en el formato CLEB, el cual corresponde a la suma de \$203.127, pues esos factores son los que ha de tomarse, la cual, será indexada desde el 30 de diciembre de 1993 hasta el 21 de agosto de 2017, arrojando un IBL de \$1.314.255, al cual se le aplica el 58,48% que es la tasa de reemplazo que le corresponde según el tiempo de servicios, arrojando una mesada pensional de \$768.576.

Respecto a la excepción de prescripción, señala que la misma no prospera por cuanto el demandante una vez se hizo exigible el derecho, elevó reclamación ante la entidad el 19 de mayo de 2015 y presentó la demanda

el 28 de abril de 2016, sin que haya transcurrido el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, respecto del monto de la mesada pensional, manifestando que se debe tomar como salario el que aparece en el acta de retiro, como tampoco se tuvieron en cuenta los índices establecidos por el DANE para la indexación, por lo que aplicando tales valores el valor de la mesada debe ser más alto que el calculado por el juzgado.

A su turno, **LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO** apeló la decisión, señalando que se debe hacer un nuevo estudio de la prestación, teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y las excepciones, como también se deben revisar las sumas objeto de condena como quiera que se trata de dineros públicos.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver lo pertinente, encuentra la sala que la parte demandada no sustentó en debida forma el recurso de apelación, toda vez que no manifestó ningún reparo en cuanto a la decisión del a quo, en tanto solo se limitó a expresar que se debían tener en cuenta los argumentos expuestos por ella en la contestación de la demanda y que por tratarse de dineros públicos se debían revisar las liquidaciones, sin hacer una manifestación puntual en torno a inconformidad con la decisión de primer grado. Motivo por el cual, se **RECHAZA** el recurso impetrado por esta.

Así las cosas, como quiera que la decisión del operador de primer grado resulta adversa a la **NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**, de conformidad con el artículo 69 del CPL, la sentencia en lo que a dicha entidad se refiere, se estudiará en **CONSULTA**.

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si al demandante le asiste derecho a la pensión restringida de jubilación contenida en el inciso segundo del artículo 8° de la Ley 171 de 1961 y si la misma es compartida con la de vejez que le llegare a otorgar COLPENSIONES, al igual que se estudiará lo relativo a los factores salariales que se deben tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión.

Pensión restringida de jubilación

Respecto a la aplicación y vigencia de la Ley 171 de 1961, la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia 43751 de 2014, ha indicado que la misma aplica siempre y cuando los trabajadores oficiales hayan causado su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para lo cual necesitan acreditar únicamente el tiempo de servicios y el retiro de la entidad, ya sea de manera voluntaria por parte del trabajador o mediante despido injusto, siendo el requisito de edad simplemente de exigibilidad para su pago, sin que para el efecto se tenga en cuenta si la entidad afilió o no al trabajador en su momento al ISS en tanto tal requisito, es aplicable a la pensión sanción contenida en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, norma ésta que no aplica para el caso objeto de estudio.

Al constatar si el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso segundo del artículo 8° de la ley 171 de 1961 esto es, retiro voluntario, 15 años y menos de 20 de servicio a la entidad y 60 años de edad (éste último solo de exigibilidad para el pago), se tiene que nació el 21 de agosto de 1957 (fl. 7), cumpliendo la edad el mismo día y mes del año 2017, así mismo y en lo que al tiempo de servicio se refiere, según la documental de folios 50 y 66, se evidencia que laboró al servicio del extinto IFI – CONCESIÓN SALINAS desde el 27 de mayo de 1978 hasta el 31 de diciembre de 1993, para un total de servicios prestados de **15 años, 7 meses y 4 días**, por lo que al culminar el contrato de trabajo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le es aplicable la Ley 171 de 1961.

En cuanto a las causas que dieron origen al retiro de la entidad, se tiene que a folios 8 a 11 obra copia del acta de conciliación celebrada entre el actor y el extinto IFI – CONCESIÓN SALINAS el 7 de enero de 1994, de donde se colige que el contrato de trabajo culminó por mutuo acuerdo entre ellos asemejándose la misma a un retiro voluntario por parte del trabajador, según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 43751 del 9 de abril de 2014, en la que hace alusión al proveído del 16 de julio de 2001 radicación 15555, reiterada en providencia del 12 de diciembre de 2007 radicado 29938.

De suerte que se dan los presupuestos establecidos en el inciso segundo del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, para que el actor acceda a la pensión restringida de jubilación esto es, más de 15 años de servicio y menos de 20, retiro voluntario y 60 años de edad este último acreditado el 21 de agosto de 2017.

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para liquidar este tipo de pensiones, la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias SL 1706 del 27 de enero de 2016 radicado 61023 y en la SL 3687 del 29 de agosto de 2018 radicado 56866, indicó que los mismos deben ser los previstos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Conforme a ello, encuentra la Sala que el Salario promedio devengado por el señor Romero Castro en el último año de servicios corresponde a la suma de **\$203.127** que aparece en el formato 3 B (fl. 75), aportado por la demandada y que incluye además de la asignación básica, los demás factores devengados conforme el decreto 1158 de 1994 que son los mismos que trae la aludida Ley 62 de 1985. Suma ésta que se indexa con base entre otras en la sentencia SL 3726 de 2018, en la que estableció que la misma procede para todas las pensiones legales o extralegales así se hayan causado con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, aplicando para ello, la fórmula establecida por dicha Corporación en sentencias No. 34069 del 28 de mayo de 2008, que ratifica la 32020 del 6 de diciembre de 2007, reiterada entre otras el 29 de noviembre de 2017 Rad: 51350 y que corresponde a:

$$\frac{\$203.127 \times \text{IPC FINAL (IPC diciembre 2016 - 133,39977)}}{\text{IPC INICIAL (IPC diciembre 1992 - 17,39507)}}$$

Total ingreso base indexado: **\$1.557.746**

Valor al que se le aplicaría el **58.48%** que es el porcentaje que le corresponde dado el tiempo de servicios, arrojando una mesada pensional de **\$910.970 al 21 de agosto de 2017**, la cual resulta superior a la otorgada por el a quo, por lo que se modificará la establecida por este, dado el demandante apeló el valor de la mesada pensional.

Ahora en lo atinente a la mesada adicional de junio, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 6473 radicado 60193 de 2014 al resolver un caso con similares situaciones fácticas a las aquí planteadas señaló:

“Finalmente, en lo que hace a la inconformidad de la condena al pago de la mesada catorce o adicional, por contrariar el Acto Legislativo No.1 de 2005, es suficiente advertir que la pensión se causó en noviembre de 1991, por manera que no puede resultar afectada por la enmienda constitucional.”

De donde se colige que la accionante tiene derecho a la mesada adicional de junio, pues como se indicó en precedencia la pensión restringida de jubilación se causa con el retiro del servicio y el tiempo laborado siendo el requisito de edad únicamente de exigibilidad para su pago.

Prescripción

De plano, observa la Sala que la misma no está llamada a prosperar, toda vez que el derecho a la pensión restringida de jubilación se hizo exigible el 21 de agosto de 2017 y la demanda se presentó el 28 de abril de 2016 (fl. 21), sin que entre una fecha y otra haya transcurrido el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL.

Conforme a ello, se tiene que el valor del retroactivo de las mesadas causadas entre el 21 de agosto de 2017 y el 30 de octubre de 2020, asciende a **\$43.245.188**, que comprende 9 días y 5 mesadas incluida la

adicional de diciembre para 2017 por valor de \$910.970 cada una, 14 mesadas para 2018 y 2019, en razón de \$948.229 y \$978.383 respectivamente y 11 mesadas incluida la adicional de junio para 2020, en la suma de \$1.015.562 cada una sin perjuicio de las que se sigan causando hasta la inclusión en nómina. Mesadas que deberá ser indexadas al momento de su pago, con base en la fórmula expuesta para ello por la Corte Suprema de Justicia, tomando como IPC INICIAL el de la anualidad anterior a la de causación de cada mesada pensional y como IPC FINAL el de la anualidad anterior al de la fecha de pago.

Compartibilidad

Al respecto, es del caso advertir que de conformidad con el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, la pensión aquí reconocida será compartida con la que COLPENSIONES le llegue a reconocer al demandante, pues según oficio allegado por esta dada la solicitud elevada por el a quo (fl. 57), el actor a la fecha no percibe ninguna pensión por parte de dicha entidad, quedando a cargo de la cartera ministerial solo el mayor valor si lo hubiere.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primera instancia en lo que al valor de la mesada pensional y del retroactivo se refiere.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, por cuanto el recurso del demandante prosperó parcialmente y la demandada se encuentra en grado jurisdiccional de consulta.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

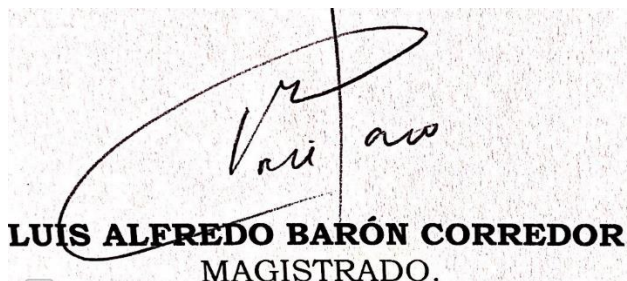
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR LOS ORDINALES TERCERO Y CUARTO de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de indicar que el valor de la mesada pensional del demandante a partir del 21 de agosto de 2017 asciende a **\$910.970** y el retroactivo de las mesadas causadas desde dicha hasta el 30 de octubre de 2020 corresponde a la suma de **\$43.245.188**, sin perjuicio de las que se sigan causando hasta la inclusión en nómina, las cuales deberán ser indexadas al momento de su pago, conforme se indicó en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, el proveído impugnado.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE - LUIS FERNANDO LEÓN MANCILLA contra ASESORES EN DERECHO SAS, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, FIDUPREVISORA S.A. Y LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **LUIS FERNANDO LEÓN MANCILLA**, se **declare** que fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.; como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a ASESORES EN DERECHO SAS en su condición de mandataria con representación de la compañía, a expedir la resolución del bono pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado en la Flota Mercante, se **condene** a FIDUPREVOISORA S.A. vocear a pagar a COLPENSIONES, el título pensional o cálculo actuarial, a COLPENSIONES a tener en cuenta el tiempo laborado en la Flota Mercante, para la pensión de vejez o indemnización sustitutiva, más el pago de los perjuicios morales y materiales por el incumplimiento en el pago del cálculo actuarial, más los intereses moratorios desde el 2 de septiembre de 2006, fecha en la que debió redimirse dicho cálculo, lo que

resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. Como pretensiones subsidiarias, solicita se **declare** la responsabilidad subsidiaria de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y en consecuencia se le **condene** al pago del cálculo actuarial, al igual que se **declare** la responsabilidad subsidiaria de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO como titular de la cuenta FONDO NACIONAL DEL CAFÉ de las obligaciones pensionales a su favor y se le **condene** al pago del cálculo actuarial (fl. 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 6), señaló que la Flota Mercante Grancolombiana S.A. tenía la obligación legal de pagar las pensiones de jubilación y por ende, de realizar los aprovisionamientos de capital necesarios el aporte al sistema de seguridad social, sin que haya realizado la sustitución o subrogación de la obligación pensional al seguro social u otra entidad. Refiere que la empresa inscribió a sus trabajadores del mal tardíamente al ISS el 2 de agosto de 1990. Aduce que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ inscribió su situación de matriz y controlante de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. el 29 de abril de 1998. Sostiene que el 28 de agosto de 2012 se aprobó por parte de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES la rendición final de cuentas y declaró la terminación del proceso de liquidación de la compañía y ordenó a la Federación en cumplimiento de la sentencia SU 1023 de 2001, continuar con el pago del pasivo pensional. Afirma que laboró al servicio de la Flota Mercante desde el 30 de enero de 1973 hasta el 14 de septiembre de 1982, sin que durante la vigencia de la relación laboral la empresa le haya efectuado los aportes a pensión. Indica que desempeñó como último cargo el de timonel a bordo de los buques, devengando un salario en dólares de US\$462.96, equivalente a \$30.759,80 pesos colombianos. Señala que ASESORES EN DERECHO SAS en calidad de mandataria de la Flota Mercante expidió la Resolución 141 del 23 de septiembre de 2015 donde le reconoce el bono pensional por el tiempo laborado en la compañía, por la suma de \$87.820.993. Finalmente, aduce que se le han generado una serie de perjuicios materiales por no recibir a

tiempo el valor del bono pensional, los cuales fueron tasados por un perito en la suma de \$129.122.517.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ contestó la demanda (fls. 632 a 645), en la que se opuso a las pretensiones de esta. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1.1 a 1.13, 1.19, 1.21, 1.26, 1.27, 1.30, 1.33 a 1.37, 1.40 a 1.46, 2.1, 2.2, 2.6 a 2.8, 2.10, 2.12, 2.14 y 2.15 y niega y no le constan los demás. Como excepción de fondo propuso la de ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación.

ASESORES EN DERECHO SAS mandataria con representación con cargo al patrimonio PANFLOTA contestó el introductorio (fls. 661 a 695), oponiéndose a las pretensiones de este. Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1.11, 1.28, 2.10, 2.11, 2.16, 2.17, 3.1, 3.4, 3.5, 3.17, 3.27 y 3.28 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación para proteger el derecho amparado por la sentencia proferida por el Consejo de Estado, imposibilidad legal y jurídica para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y oposición a la codena de costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante.

COLPENSIONES también se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 706 a 720). En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1.1 a 1.3, 1.13, 1.16, 1.17, 2.12 a 2.14, 3.1, 3.24 a 3.26 y 3.35 y niega y no le constan los demás. Presentó las excepciones de fondo de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, prescripción, improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios y buena fe.

FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, contestó el libelo (fls. 728 a 740), oponiéndose a las pretensiones de este. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1.28, 1.32, 1.36, 1.37, 1.141, 1.43 parcial, 1.44, 1.45 parcial y

3.33 y no le constan los demás. Formuló las excepciones de fondo de falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil, inexistencia de la obligación y prescripción.

Finalmente, la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** contestó el introductorio (fls. 781 a 803), oponiéndose a sus pretensiones. Respecto a los hechos, no le constan en su totalidad. Presentó las excepciones de mérito de indebida vinculación del ministerio, inexistencia de la obligación por las pretensiones de la demanda y falta de legitimación en la causa por pasiva.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 9 de julio de 2018 (CD – fl. 879), **condenó** a las demandadas FIDUPREVISORA S.A. administradora y vocera de PANFLOTA y a ASESORES EN DERECHO SAS mandataria con representación de PANFLOTA y de manera subsidiaria a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ a trasladar con base en el cálculo actuarial elaborado y actualizado por COLPENSIONES, la suma que dicho ente considera a satisfacción, con la que pretende cubrir las cotizaciones del periodo comprendido entre el 30 de enero de 1973 y el 13 de septiembre de 1982 a favor del demandante, se **abstuvo** del estudio de la pensión de vejez reclamada por el actor con cargo a COLPENSIONES, **absolvió** a las demandas de las demás pretensiones de la demanda y a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de todas, **declaró** probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Ministerio y no probada la de prescripción formulada por las demás, relevándose del estudio de las demás y **condenó** en costas a las demandadas con excepción del Ministerio, señalando como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 para cada una.

Fundamentó su decisión, indicando que sobre el tema, si bien en principio se decía que los empleadores no estaban obligados al pago de los

aportes a pensión de los trabajadores que laboraban en los municipios en los que no había cobertura del ISS, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia en sentencia 41745 de 2014 cambió su criterio en el sentido que el patrono debe responder ante el seguro social por los periodos en que el riesgo de vejez estuvo a su cargo debido a la falta de cobertura, a través del cálculo actuarial. Menciona que dada la ausencia de cotización por parte de la Flota Mercante, ha impedido el reconocimiento de la pensión de vejez al demandante y que los motivos obedecieron a la falta de cobertura del ISS en alguno de los lugares donde presto el servicio el trabajador corresponde a la compañía cubrir los aportes en los términos, por lo que deberá ASESORES EN DERECHO SAS como mandataria en representación de PANFLOTA reconocer y trasladar con base en el cálculo actuarial que hiciera COLPENSIONES validar los ciclos entre el 30 de enero de 1973 al 14 de septiembre de 1982, para que esta los tenga en cuenta al momento del reconocimiento de la pensión de vejez. Expone que si bien la referida accionada emitió Resolución 141 de septiembre de 2015 por medio de la cual dio cumplimiento a una sentencia de tutela del 28 de agosto de 2014 proferida por el Consejo de Estado y en consecuencia determina el monto a favor del actor en una suma de \$87.820.993 por el tiempo laborado en la Flota Mercante Gran Colombiana y ordena a PANFLOTA que una vez ejecutoriado dicho acto solicite a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS los recursos para el bono pensional para que dicho valor lo traslade a COLPENSIONES, lo cierto es que a la fecha no se logra acreditar que se haya efectuado el traslado del bono a la administradora de pensiones, en tanto este no se ve reflejado en la historia laboral, por lo que pese a que se haya expedido el referido acto administrativo su valor al momento de trasladarse variaría y por ende se debe dar cumplimiento a la presente orden judicial. Frente a la pensión de vejez, manifiesta que esta solo será objeto de estudio por parte de COLPENSIONES cuando se haya realizado completamente el cálculo actuarial en la medida que ello debe tenerse en cuenta en la totalidad de las mesadas cotizadas. En cuanto a la responsabilidad subsidiaria, la misma fue definida por la Corte Constitucional en sentencia SU - 1023 de 2001 y dada la situación de matriz controlante por parte de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS conforme se observa en el certificado de existencia y representación legal, su responsabilidad es

netamente subsidiaria en los términos del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, por lo que las llamadas a responder son FIDUPREVISORA S.A. en calidad de vocera y administradora del patrimonio PANFLOTA, ASESORES EN DERECHO SAS como mandataria con representación a cargo de PANFLOTA y de manera subsidiaria la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como matriz y controlante de la Flota Mercante y por ende a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO no se le puede endilgar ninguna responsabilidad subsidiaria. Sobre la excepción de prescripción, indica que la misma no prospera y que lo que se discute es un derecho pensional el cual es imprescriptible.

APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que se debe establecer con claridad el último salario devengado el cual ascendió a US\$462.96 dólares, el cual en pesos colombianos debe ser con el cambio al día en que se retiró del servicio, al igual que solicita se incremente el valor de la condena en costas el cual debe ascender por lo menos al 10% del valor del bono pensional.

Por su parte, **ASESORES EN DERECHO SAS mandataria con representación con cargo al patrimonio PANFLOTA apeló la decisión**, señalando que no ha sido reconocidas las limitaciones de carácter contractual que tiene la sociedad en calidad de mandataria con representación con cargo al patrimonio PANFLOTA, pues en la sentencia se indica que debe realizar el traslado del cálculo actuarial, por lo que atendiendo las obligaciones que se derivan del contrato de mandato, no se desprende ni la representación legal de la Flota Mercante, subrogataria o sucesora procesal, pues su figura surge a partir de la reapertura del proceso liquidatorio con la finalidad únicamente de resolver las solicitudes de carácter pensional de los extrabajadores con cargo al patrimonio PANFLOTA una vez la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ gire los recursos en los términos de la sentencia SU 1023 de 2001, luego del referido mandato no se evidencia la administración de los recursos que han ingresado al patrimonio ya que esas obligaciones están a cargo de FIDUPREVISORA en calidad de vocera y

administradora del patrimonio autónomo, como tampoco realiza ningún tipo de pago por concepto de mesadas pensionales y aportes a salud; por lo que solicita se corrija la sentencia en ese sentido, como lo ha hecho el Tribunal Superior de Bogotá en varias providencias. De otro lado, expone que atendiendo los extremos de la relación laboral del demandante para con la Flota Mercante, esta no estaba conminada legalmente a realizar una inscripción a los trabajadores de mar, ya que durante esa época no existía el llamado de la entidad competente a la cual se le había liderado el proceso de cobertura de los riesgos de IVM, esto es el ISS; actuando la compañía conforme a la normatividad vigente, por lo que no se le puede imponer una carga excesiva como lo es un cálculo actuarial, que esta ligado a un cambio de jurisprudencia abrupto desde el 2014, acudiendo a criterios que han sido esbozados por la Corte Constitucional y sin embargo trasgrede esa confianza legítima con la cual actuó la extinta compañía, a más que en este caso no existió una omisión en la afiliación, como para inferir que se debe realizar un cálculo actuarial, al igual que se debe tener en cuenta que dicha medida confirme lo establece la Ley 797 de 2003, solo procede cuando la relación laboral se encuentra vigente a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo cual no se da en el presente caso por cuanto el vínculo laboral del demandante feneció con anterioridad. Sostiene que, si bien desde la expedición de la Ley 90 de 1946 existe la obligación de efectuar una reserva, lo cierto es que, al no incurrir la compañía en una omisión en la afiliación, el mencionado cálculo resultaría una carga excesiva para la solución del conflicto y bajo ese entendido, se debería hablar de cotizaciones debidamente indexadas. Finalmente y en caso de insistir en la expedición del cálculo, debe tenerse en cuenta que este debe corresponder solo al 75% de la contribución del aporte que representa lo que estaba a cargo del empleador.

FISDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio PANFLOTA, interpuso recurso de apelación, en el que señaló que se debe revisar el contrato de fiducia mercantil, en el sentido que el objeto del mismo es claro en que se constituía un patrimonio autónomo con los recursos y bienes que le sean transferidos por el fideicomitente al momento de la celebración del contrato y los recursos que posteriormente le sean trasladados y el patrimonio se constituyó con el fin de administrar esos recursos para destinarlos al pago de mesadas pensionales y aportes a EPS,

sin que el mismo sea un patrimonio autónomo de remanentes sino fuente de pago y es la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS quien tiene el deber de girar esos recursos para cancelar las mesadas causadas y no pagadas a partir del 1° de junio de 2001, de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional en la SU 1023 de 2001 y con fundamento en ello, la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES dispuso que es la federación quien tiene el deber de girarle al patrimonio autónomo los recursos correspondientes, luego solo puede realizar el pago si cuenta los recursos suficientes para ello y si existe una resolución por parte de ASESORES EN DERECHO en el que otorgue un reconocimiento, por ello no están legitimados para efectuar ese pago, en tanto no contarían con los aludidos recursos.

A su turno, la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ apeló la sentencia de primer grado**, indicando que el artículo 33 de la ley 100 de 1993 el cual ha sido estudiado por la Corte Constitucional en dos oportunidades, concluyendo dicha corporación que lo que habría sido inconstitucional no es el hecho que solo exista la obligación de hacer tales aprovisionamientos para los trabajadores que tuvieran vínculo vigente a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, son que el legislador en ejercicio de sus facultades hubiere impuesto obligaciones retroactivas a los empleadores, es decir, a quienes no estaba obligados a realizar los aprovisionamientos a efectuar los mismos y bajo ese entendido todas las cortes mantuvieron una decisión unánime ante la inexistencia de tal obligación y tan es así, que las únicas sentencias de la sala plena de la Corte Constitucional fueron inequívocas al señalar que no existió tal obligación y que era exequible el mencionado artículo, al punto que a la fecha no existe un criterio unificado de dicha corporación sobre ese aspecto. Sostiene que la Corte Suprema de Justicia en el fallo que trajo a colación el despacho, habla del reconocimiento de la pensión y que para garantizar su pago es que se debe ordenar el pago de esos aportes y es que el pago de los aportes no es un derecho autónomo y en este caso, del mismo escrito de demanda se deduce que el demandante tiene solo 50 semanas cotizadas, luego al sumarle los 9 años que esta peleando no llegaría a 500 semanas, de ahí que no exista ningún derecho pensional y si este no existe, la regla de derecho que ha venido siguiendo la Corte Suprema de Justicia

desde el año 2014 y algunas salas de la Constitucional se cae por su propio peso en tanto acá no hay un derecho imprescriptible ya que no habrá pensión, pues tiene 70 años y no va a seguir cotizando a fin de obtener las semanas para adquirir el derecho a la pensión, por lo que pedir el giro de unos recursos para después pedir el retiro de los mismos no tiene justificación alguna y representa un detrimento a las empresas que no estando obligadas ahora se ven 20 años después obligadas a realizar el pago de unos aportes cuya obligación es inexistente y la derivaron del supuesto derecho pensional el cual, como se dijo, en este caso no existe. Afirma, que no se encuentra acreditada la responsabilidad subsidiaria en los términos del artículo 148 de la ley 222 de 1995, pues en el mismo se parte de una presunción y es que la insolvencia de la controlada devino por culpa de la matriz, en beneficio de esta y en perjuicio de aquella, lo cual brilla por su ausencia porque no se encuentra demostrado que ello haya sido así, pues la Federación actuó acorde a la Ley y las actuaciones de la junta directiva de la Flota deben observarse desde el punto de vista individual de sus miembros y en este caso, la situación de la compañía devino a que ya no era rentable en tanto no generaba rendimientos de tiempo atrás, encontrándose desvirtuados los elementos de la responsabilidad subsidiaria. Aduce que una cosa es la Federación y otra el Fondo Nacional del Café, esta última que es una cuenta de naturaleza parafiscal de titularidad del Ministerio de Hacienda que no tiene personería jurídica y que es administrada por la Federación, por lo que mal se puede decir que las actuaciones del fondo o de los recursos de este son atribuibles a la administración de la Federación la cual actúa en los estrictos términos del contrato de administración. Manifiesta que en caso de proceder el cálculo se debe descontar del mismo el porcentaje que le correspondía al trabajador, pues quedo demostrado que no existió omisión sino una obligación retroactiva según la jurisprudencia. Finalmente, solicita se estudia la excepción de prescripción, ya que al no existir pensión se debe analizar la no concurrencia del accionante al proceso concursal.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante tiene derecho al pago del

cálculo actuarial por la no afiliación de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. a los riesgos de IVM en el periodo comprendido entre el 30 de enero de 1973 y el 14 de septiembre de 1982, cuando no existía cobertura del Instituto para los trabajadores en mar, pese a que el mismo no reúna las semanas necesarias para adquirir el derecho a la pensión y en caso afirmativo, se analizará la responsabilidad de las demandadas en el pago del citado cálculo, además de lo relativo al salario devengado por el actor en el último año de servicios y la excepción de prescripción.

Contrato de trabajo y salario

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre el demandante y la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. antes FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A., conforme se infiere de la documental que obra en el cuaderno anexo – expediente administrativo (fls. 1 a 361), de donde se colige que el señor LUIS FERNANDO LEÓN MANCILLA laboró al servicio de la citada compañía desde el 30 de enero de 1973 hasta el 14 de septiembre de 1982, desempeñando el cargo de timonel.

En cuanto al salario, de la liquidación final de prestaciones sociales (fl. 239 expediente administrativo), se observa que en el último año devengó los siguientes factores los cuales se tomaron para la liquidación de las cesantías, así:

- Salario: US 2.446,93
 - Prima de antigüedad: US 293,65
 - Dominicales y feriados: US 506,50
 - Alimentación y alojamiento: US 1.423,80
 - Viáticos: US 109,34
 - Recargo trabajo nocturno: US 262,20
 - Prima de servicios: US 420,20
- Total: US 5.462,62

Suma esta que al dividirla en 12 (meses del año), arroja un promedio mensual de **US 455.218,33 dólares** el cual se tendrá como el salario devengado por el trabajador en el último año de servicios.

Cálculo actuarial

Al respecto, se tiene que con el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año concretamente en su artículo 1°, se estableció la obligatoriedad de afiliación al régimen de los seguros sociales obligatorios a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y a los que presten sus servicios en empresas del sector oficial siempre que no estuvieran exceptuados por disposición legal. Obligación ésta que no fue inmediata por cuanto se hizo de manera paulatina a medida que el ISS extendiera su cobertura en el territorio nacional.

Ahora en tratándose de del personal que labora en las empresas y agencias de transporte marítimo, mediante Resolución 03296 del 2 de agosto de 1990 (CD - fl. 619) se fijó el 15 de agosto de 1990 como fecha de inscripción de dichos trabajadores para los riesgos de IVM en el régimen de los seguros sociales obligatorios.

Conforme a ello, en principio podría decirse que los tiempos laborados en tales empresas que sean anteriores al 15 de agosto de 1990 en virtud de la aludida resolución, no son computables para una pensión del sistema general de pensiones por cuanto no se tenía establecida una afiliación forzosa, sin que pudiera predicarse una omisión imputable al empleador, no obstante, el artículo 72 de la ley 90 de 1946 dispuso la obligación de los patronos de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para efectuar los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación.

Lo anterior encuentra sustento en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 41745 del 16 de julio de 2014 reiterada en proveído del 15 de marzo de 2017 radicado 47532, ésta última en la que indicó:

“Sin embargo, en el 2014, la corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y SL 17300-2014 y, así, abandonó antiguas

posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS.”

“Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala por mayoría estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.”

“Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL 9856-2014, luego reiterada en otras, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, (iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social».”

De manera que, si bien la afiliación de los trabajadores de las empresas y agencias de transporte marítimo fue obligatoria desde el 15 de agosto de 1990, contrario a lo señalado por los recurrentes, tales compañías estaban en la obligación de hacer partidas de capital para sufragar los aportes en pensiones de sus trabajadores y con ello, garantizar el derecho a la seguridad social de los mismos como así lo ordenó el artículo 72 de la ley 90 de 1946 en comentario.

En ese orden de ideas se tiene que el demandante laboró al servicio de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. antes FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. desde el 30 de enero de 1973 hasta el 14 de septiembre de 1982; periodo este en el que la empresa no efectuó cotización alguna en pensiones bajo el entendido que no estaba en la obligación de hacerlo, no obstante, de lo dicho en precedencia es claro que debe responder por ese lapso en que la prestación por vejez estuvo a su cargo, de ahí que se deba, como lo indicó el operador de primer grado, transferir al ente de seguridad social en este caso a COLPENSIONES, el valor

del cálculo actuarial mediante título pensional que este indique por el periodo en comento, para lo cual tendrá en cuenta los salarios devengados por el demandante para cada anualidad, siendo el del último año la suma de **US 455.218,33 dólares**, para lo cual deberá utilizar la tasa de cambio representativa de cada año.

Sin que sea dable, como lo expone ASESORES EN DERECHO y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, establecer otra forma de pago diferente al cálculo actuarial, pues al tratarse de la falta de afiliación lo procedente es cubrir esos aportes mediante la figura del cálculo actuarial, como lo ha dispuesto la Corte Suprema no solo en la sentencia que se trajo a colación, sino en la extensa jurisprudencia que a la fecha dicha Corporación ha proferido sobre el tema.

De otro lado, en lo que se refiere al descuento del porcentaje que le correspondía sufragar al demandante por concepto de aportes a pensión, ha de advertirse que el mismo no procede y por ende, corresponde a las accionadas en la forma como se indicará más adelante, sufragar la totalidad del aporte, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2791 del 28 de julio de 2020, en la que expresó:

“Lo anterior se traduce en que es el empleador quien debe asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial, por cuanto en el periodo en que no medió afiliación, independiente de la razón para ello, era el único responsable del riesgo pensional, en tanto que, en tal interregno la obligación estuvo a su cargo. De ahí que, no le asista razón a la censura de pretender que el valor del cálculo actuarial sea distribuido entre él y el extrabajador en la misma proporción prevista legalmente para los aportes pensionales (sentencias CSJ SL3807-2019 y CSJ SL1179-2020).

Aunado a lo anterior, recuérdese que la obligación de cubrir los tiempos servidos por el actor cuando no hubo cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a través de cálculo actuarial, se derivada del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y de las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como se explicó ampliamente en el ataque anterior, disposiciones estas que no previeron que el trabajador deba concurrir en su pago.

(...)

En los términos del citado precepto legal, corresponde al «empleador o la caja» el traslado del cálculo actuarial, sin que en parte alguna haga alusión a obligación de ese pago también en cabeza del trabajador, cuyos riesgos, se itera, antes de la cobertura del ISS, estaban a cargo exclusivo del primero.

De ahí, que el Juez de alzada no haya incurrido en aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Además, sería desproporcionado pensar en que el trabajador deba concurrir con el pago del cálculo actuarial, en razón a que éste como parte débil de la relación laboral, tendría al final que asumir por su cuenta parte del derecho y todas las gestiones administrativas para satisfacerlo, lo cual podría afectar la materialización del derecho pensional. En consecuencia, por todo lo expuesto, el Tribunal no cometió el error jurídico que se le endilga, por ende, el cargo no prospera”.

Ahora, en cuanto a la manifestación hecha por la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS respecto a que el cálculo por la no afiliación cuando el ISS no tenía cobertura, solo procede para las personas que, con ello, alcanzaran la densidad de semanas para acceder a la pensión, ha de advertirse que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1505 de 2020, en la que trae a colación la SL 5109 de 2019, sobre ese aspecto, puntualizo:

*“En efecto, la obligación de responder por el valor del cálculo actuarial «[...] busca garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la falta de cobertura del ISS, especialmente, tratándose de periodos realmente laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales»; de otro lado se propende por «[...] **la financiación de la pensión por el tiempo efectivamente laborado por el trabajador, incluso si con ello, el empleado no alcanza a completar la densidad de cotizaciones exigida para la prestación, toda vez que aquel puede cotizar hasta obtenerla**».” (Resaltado de la Sala).*

De donde se colige, que el hecho de no acreditar con los periodos que se pretende convalidar mediante el cálculo actuarial el derecho a la pensión, no le impide al trabajador exigir los mismos a su empleador, pues se trata del derecho a la seguridad social y del producto de su trabajo y por ende no pueden desconocerse, así el empleado opte dado el caso, por la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues este también es un derecho hace parte del sistema de seguridad social en pensiones y que también puede verse truncado ante la falta de dichas cotizaciones.

Así mismo, en lo relativo a que, para la procedencia del cálculo actuarial, la relación laboral debía estar vigente a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dicha Corporación en sentencia SL 3148 de 2020, luego de

hacer un recuento de línea jurisprudencial decantada en torno al tema del cálculo actuarial, preciso:

*“Resulta evidente entonces, que dicho criterio se ha ampliado, incluso, hasta reconocer al trabajador el derecho de recuperar esos tiempos no cotizados, sin importar la razón que tuvo el empleador para dejarlo de afiliar, solución que a la fecha permanece, en los eventos en que la falta de afiliación se deba a la ausencia de cobertura del sistema de seguridad social, por la creencia del empleador, de no encontrarse regido por una relación laboral, incluso, **independientemente de si el contrato de trabajo se encontraba vigente cuando entró a regir la Ley 100 de 1993.**” (Resaltado de la sala)*

Responsabilidad en el pago del cálculo actuarial

Al respecto, en lo atinente a ASESORES EN DERECHO SAS mandataria con representación con cargo al patrimonio autónomo PLANFOTA, en virtud del contrato de mandato suscrito con FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del referido patrimonio, atender las solicitudes y trámites pensionales de los ex trabajadores de la FLOTA MERCANTE, por lo que con base en ello y en lo dispuesto por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES en auto del 7 de mayo de 2013, debe expedir el respectivo acto administrativo ordenando a FIDUPREVISORA S.A. que con los recursos de PANFLOTA pague el cálculo actuarial en comento.

Ahora, en cuanto a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, se tiene que en auto del 28 de agosto de 2012 la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES declaró terminado el proceso liquidatorio de los bienes que conformaban el patrimonio de dicha empresa y declaró extinguida la personaría jurídica de la misma.

2

Así mismo, en proveído 22 de noviembre de 2012, dicha Superintendencia al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia antes citada, además de confirmar la extinción de la personería jurídica de la Compañía, respecto a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ en el artículo Quinto, indicó:

“ARTICULO QUINTO: MODIFICAR el artículo vigésimo tercero del Auto 400 – 010928 del 28 de agosto de 2012, el cual quedará así: **ARTÍCULO VIGÉSIMO TERCERO. – ADVERTIR** a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, que estará a su cargo el reconocimiento de la calidad de pensionados, así como también de las sustituciones pensionales. (...)”

Decisión que guarda sustento con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SU 1023 de 2001 en la que señaló:

“En consecuencia, existe subordinación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en liquidación obligatoria, frente a la Federación Nacional de Cafeteros, la cual se traduce, en las condiciones que señalan el artículo 27 y el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, en la presunción de responsabilidad subsidiaria de la Federación por las obligaciones de la CIFM. Se reitera, en los términos de la sentencia C-510 de 1997, (...) que “no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquélla tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados”.

De suerte que, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ al ser la matriz o controlante de la FLOTA MERCANTE, se presume la responsabilidad subsidiaria en los términos del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, de ahí que le ordene poner a disposición del PAR los recursos para que éste cumpla con las obligaciones pensionales a su cargo siempre que éste no tenga la liquidez.

Situación que ya había sido objeto de pronunciamiento por la Corte Suprema de Justicia entre otras, en sentencia SL 2958 de 2019.

Conforme a ello, corresponde a FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, pagar con los recursos de dicho patrimonio, el cálculo actuarial y en caso de que no los posea, deberá la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ girarle los dineros pertinentes a fin de sufragar la obligación en comento.

Prescripción

Sobre el tema, la Corte ha reiterado que no es procedente declarar probada la excepción de prescripción de la obligación de pagar aportes al sistema general de pensiones, como lo reseñó en sentencia SL 5109 de 2019 y si bien el actor no hizo parte del proceso concursal, ello no le impedía acudir con posterioridad a la jurisdicción a reclamar el pago de los referidos aportes, máxime si para la data en que se llevó a cabo el mismo, aun persistía la tesis de dicha Corporación en exonerar a los empleadores del pago de los aportes, objeto de condena.

Finalmente, sobre el monto de la condena en costas, la Sala no se pronunciará al respecto, toda vez que dicha situación en virtud de lo dispuesto en el artículo 366 del CGP, solo es debatible en esta instancia a través del recurso de apelación que se interponga en contra del auto que las aprueba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ EL ORDINAL PRIMERO** de la sentencia de primer grado, en lo que a la responsabilidad de las demandadas en el pago del cálculo actuarial se refiere.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo de ASESORES EN DERECHO SAS, FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del PAR PANFLOTA y la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

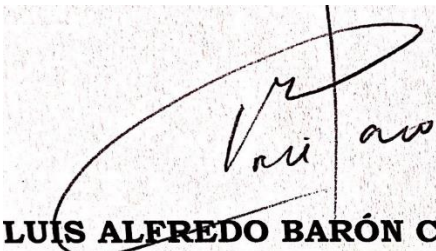
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada, el cual quedará así: **ORDENAR** a ASESORES EN DERECHO SAS mandataria

con representación con cargo al patrimonio autónomo PANFLOTA, expida el respectivo acto administrativo ordenando a FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA el pago del cálculo actuarial mediante título pensional que para el efecto elabore COLPENSIONES por concepto de aportes a pensión del demandante durante el periodo comprendido entre el 30 de enero de 1973 y el 14 de septiembre de 1982, teniendo en cuenta para ello los salarios devengados por este durante la vigencia de la relación laboral con la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. antes FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A para cada anualidad, siendo el del último año la suma de **US 455.218,33 dólares**, para lo cual deberá utilizar la tasa de cambio representativa de cada año y en consecuencia, **CONDENAR** a FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA a pagar con los recursos del mismo el cálculo objeto de condena y en caso de no contar con ello, **ORDENAR** a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ gire con destino al PAR, los recursos para que éste cumpla con las obligaciones a su cargo; conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído impugnado.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de ASESORES EN DERECHO SAS, FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del PAR PANFLOTA y la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

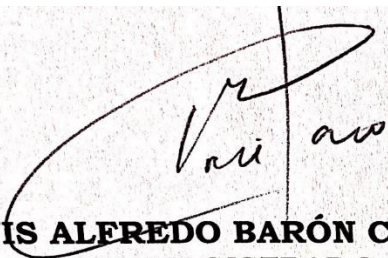
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de ASESORES EN DERECHO SAS, FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del PAR PANFLOTA y la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, la suma de \$900.000 para cada una.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – MARYORI SUÁREZ TOVAR
contra FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARYORI SUÁREZ TOVAR**, se **declare** que existió un contrato de trabajo con la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la demandada al pago de los salarios del 1° de octubre al 11 de noviembre de 2014, junto con los aportes a la seguridad social integral, cesantías e intereses sobre las mismas, primas de servicio y vacaciones dejadas de percibir desde el 9 de febrero de 195 hasta el 11 de noviembre de 2014, más la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 17 y 18).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 2 y 3), señaló que prestó sus servicios a la demandada desde el 9 de febrero de 1995 hasta el 11 de noviembre de 2014, desempeñando el cargo de auxiliar de odontología, percibiendo como último salario la suma de \$673.988. finalmente, refiere

que la Fundación durante toda la relación laboral incumplió con sus obligaciones patronales, respecto del pago de las prestaciones sociales y aportes a la seguridad social.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN contestó el introductorio (fls. 53 a 55), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 y 2 y niega los demás. Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de las obligaciones cuyo cumplimiento se demanda y falta de causa, cobro de lo no debido y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 16 de julio de 2018 (CD – fl. 226), **declaró** que entre la demandante y la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 9 de febrero de 1995 y el 11 de noviembre de 2014, en virtud del cual se desempeñó como auxiliar de odontología, devengando como último salario la suma de \$704.316, **declaró** probada parcialmente la excepción de prescripción respecto a las acreencias laborales y derechos laborales prescriptibles reclamados antes del 12 de noviembre de 2012, **condenó** a la demandada a pagar a la accionante, las siguientes sumas y conceptos: salarios \$328.680, cesantías \$522.368, intereses a las cesantías \$258.377, prima de servicios \$1.312.767, vacaciones \$656.383, sanción por no pago de las cesantías la suma de \$23.477 diarios por cada día de mora desde el 16 de febrero de 2015, la cual al 16 de julio de 2018 asciende a \$36.624.450, más el cálculo actuarial a COLPENSIONES el cual a 30 de julio de 2018 asciende a \$57.703.02 y la indexación de las sumas adeudadas, **declaró** no probadas las demás excepciones y **condenó** en costas a la accionada, incluyendo como agencias en derecho el 20% de las condenas impuestas.

Fundamentó su decisión, indicando que de las documentales allegadas y las pruebas practicadas en audiencia, se ratifica que entre las partes existió

un contrato de trabajo a término indefinido en el que la actora se desempeñó como auxiliar de aseo y posteriormente como auxiliar de odontología, devengando como último salario la suma de \$704.713 más un auxilio adicional de \$37.558. Sobre la excepción de prescripción, aduce que se encuentran prescritos los derechos casados con anterioridad al 12 de noviembre de 2012, teniendo en cuenta que dejó de prestar los servicios a la fundación el 11 de noviembre de 2014 y el 12 de noviembre de 2015 presentó la demanda. En cuanto a los salarios, se observa que se adeudan los causados entre el 29 de octubre y el 11 de noviembre de 2014. Respecto a las cesantías, el representante legal de la demandada en el interrogatorio que se le practicó señaló que se le adeudan a la demandante las causadas en el año 2014 y los intereses sobre las mismas de los años 2013 – 2014 y en lo que tiene que ver con la prima de servicios y vacaciones, si bien la accionada alega que solo le debe las primas de 2014 y nada de vacaciones, lo cierto es que no aportó ningún elemento probatorio que acredite su dicho, por lo que se ordenará el pago de las primas y vacaciones de los años 2013 y 2014. En lo que se refiere a la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, sostuvo que como no se cancelaron las relativas al año 2014, hay lugar al pago de la aludida sanción en razón de \$23.477 diarios a partir del 15 de febrero de 2015.

En cuanto a los aportes a pensión, señala que del reporte de semanas allegados, se denota que la accionada le adeuda a la actora los periodos allí relacionados del 9 de febrero de 1995 al 11 de noviembre de 2014, señalando que debe ordenarse su pago y en la medida que se ordenó a COLPENSIONES la elaboración del cálculo actuarial, la fundación habrá de cancelar el valor que allí aparece, el cual deberá ser actualizado a la fecha de pago.

APELACIÓN

La demandada interpuso recurso de apelación, manifestando que frente a la sanción contemplada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, esta solo es aplicable cuando a la fecha límite de consignación del año siguiente de las cesantías esto es, el 14 de febrero, el vínculo sigue vigente, por lo que en el presente caso no hay lugar a dicha condena, por cuanto la relación laboral terminó el 11 de noviembre de 2014, de ahí que no existiera obligación de

consignarlas por parte de la fundación, en tanto debían pagarse con la liquidación final de prestaciones sociales.

Sobre la condena impuesta por concepto de aportes a pensión, refiere que, si bien existe un cálculo por parte de COLPENSIONES, también se pudo corroborar que existieron pagos intermitentes por parte de la Fundación, luego existía un deber de cobro persuasivo por parte de las entidades de seguridad social y en el evento que las entidades no realicen el cobro, son ellas las obligadas a responder por esos aportes.

Finalmente, en lo que se refiere a la prima de servicios, de las pruebas allegadas se evidencia que para el año 2013 se realizó un pago a corte de diciembre por la suma de \$384.367 y para 2014 en el mes de junio de \$394.220, por lo que se deben tener en cuenta esos pagos parciales, a efectos que sean descontados del monto que se está condenando.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la demandada estaba obligada a consignar las cesantías del año 2014 a un fondo y en caso afirmativo, establecer si hay lugar al pago de la sanción por no consignación de las cesantías contemplada en el numeral 3° del artículo 99 de la ley 50 de 1990, al igual que se estudiará lo relativo a las condenas impuestas por concepto de aportes a pensión y prima de servicios.

De otro lado, se advierte que como quiera que no se presentó reparo alguno en cuanto a las demás prestaciones sociales objeto de condena, su monto, como tampoco en lo relativo a la prescripción de estas, la Sala no se pronunciará al respecto.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que declarada por el a quo en la sentencia de primer grado, en tanto las partes no presentaron reparo alguno al respecto, además de haber sido aceptada por la demandada en la

contestación de la demanda, la cual data del 9 de febrero de 1995 al 11 de noviembre de 2014, desempeñando como último cargo el de auxiliar de odontología, con un salario de \$704.316 más \$37.558 de auxilio adicional.

Sanción por no consignación de las cesantías

Sobre el tema, los numerales 1° y 3° del artículo 99 de la ley 50 de 1990, señalan:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

(...)

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo

De donde se colige, que las cesantías se liquidan a 31 de diciembre de cada año y ese valor se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente en el respectivo fondo de cesantías.

En ese orden de ideas, como quiera que la demandada fue condenada al pago de las cesantías causadas en el año 2014 y la relación laboral culminó el 11 de noviembre de esa anualidad, esto es, antes del 31 de diciembre, la fundación, no estaba obligada a consignarlas al fondo, sino que debió pagarlas a la terminación del vínculo laboral con la liquidación final de prestaciones sociales.

Bajo ese entendido, le asiste razón al recurrente al señalar que la fundación no debió ser condenada al pago de la referida sanción en tanto, como se dijo, no estaba obligada a consignar las cesantías del año 2014, ya que debió pagarlas a la culminación del vínculo laboral, motivo por el cual, sobre este punto, se revocará la condena impuesta por concepto de sanción por no consignación de las cesantías.

Aportes a pensión

A folios 101 a 105, obra reporte de semanas cotizadas a pensión por la demandante, donde se evidencian aportes efectuados por la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN, sin embargo, se observa que durante la vigencia de relación laboral (9 de febrero de 1995 a 11 de noviembre de 2014), no canceló los siguientes ciclos:

- 9 de febrero de 1995 a 31 de enero de 1996
- Enero y febrero de 1999
- Enero de 2006 a noviembre de 2008
- Febrero a diciembre de 2009
- Enero a junio de 2010
- Septiembre a diciembre 2010
- Julio a octubre de 2011
- Diciembre de 2011 a 11 de noviembre de 2014

En ese orden de ideas, no es dable, como lo ordenó el a quo, condenar ala demandada al pago de la totalidad de los aportes a pensión durante la vigencia de la relación laboral, cuando es claro que esta canceló algunos ciclos y si bien las administradoras de pensiones están obligadas a efectuar el cobro de los aportes en mora, ello no exime a la fundación de ser condenada a su pago.

Conforme a ello, se modificará la condena impuesta a la demandada y en su lugar, se le condenará al pago de los aportes a pensión del 9 de febrero de 1995 al 31 de enero de 1996, bajo la modalidad del cálculo actuarial por omisión en la afiliación, en tanto omitió afiliar a la trabajadora al inicio de la relación laboral y los demás ciclos, por tratarse de aportes en mora, deberá cancelarlos con sus respectivos intereses, previo cálculo actuarial y liquidación de los aportes en mora que para el efecto, elabore COLPENSIONES que es la entidad en al cual se encuentra afiliada la demandante.

Primas de servicio

Afirma la demandada, que si bien fue condenada al pago de la prima de servicios causada para los años 2013 y 2014, para esas anualidades, efectuó pagos por la suma de \$384.367 a corte de diciembre de 2013 y de \$394.220 a junio de 2014, los cuales, según la fundación, deben ser descontados del monto objeto de condena.

Al respecto, se tiene a folios 85 a 89 obra relación de pagos efectuados por la fundación a la demandante, donde aparece que para para diciembre de 2013, se le canceló la suma de \$384.367 por concepto de prima de servicio y para junio de 2014 el valor de \$394.220 por dicho rubro.

De suerte, que al haberse demostrado por parte de la accionada que efectuó pagos por concepto de prima de servicios para los meses de diciembre de 2013 y junio de 2014, los mismos se deben descontar del monto que estableció el a quo se le adeuda a la actora por dicho rubro para esas anualidades, **arrojando \$534.180** que es la suma que deberá cancelar la fundación por dicho rubro.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ Y REVOCARÁ** la sentencia objeto de alzada, en lo que a los aportes a pensión, prima de servicios y sanción por no consignación de las cesantías se refiere y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

Sin costas en esta instancia.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL LITERAL D) DEL ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada, en lo que al valor de la prima de servicios se refiere, la cual corresponde a la suma de **\$534.180**.

SEGUNDO: REVOCAR EL LITERAL F) DEL ORDINAL TERCERO de la providencia objeto de alzada y en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada del pago de la sanción por no consignación de las del año 2014 a un fondo, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: MODIFICAR EL LITERAL G) DEL ORDINAL TERCERO del proveído impugnado, en el sentido de **CONDENAR** a la accionada al pago de los aportes a pensión del 9 de febrero de 1995 al 31 de enero de 1996, bajo la modalidad de cálculo actuarial por omisión en la afiliación y de los ciclos de enero y febrero de 1999, enero de 2006 a noviembre de 2008, febrero a diciembre de 2009, enero a junio de 2010, septiembre a diciembre 2010, julio a octubre de 2011 y diciembre de 2011 a 11 de noviembre de 2014, mediante la liquidación de los periodos con sus respectivos intereses en mora, previo cálculo y liquidación que para el efecto elabore COLPENSIONES.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 16 de julio de 2018.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – MARÍA INELDA MORENO
ÁNGEL contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARÍA INELDA MORENO ÁNGEL**, se **declare** la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS, a través de la AFP PORVENIR por existir un vicio en el consentimiento. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a POVENIR a registrar en su sistema de información que la afiliación a pensión estuvo viciada de nulidad por error de hecho, por lo que debe permitir su traslado al régimen de prima media con prestación definida y enviar el valor de los saldos que se hayan consignado en su cuenta, incluidos los rendimientos a que hubiere lugar y a COLPENSIONES a aceptar el traslado junto con los respectivos aportes, además de registrarla como su afiliada con los respectivos aportes sin solución de continuidad desde el 1° de octubre de 1997, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho, más las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 50).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls.47 a 49), señaló que nació el 28 de octubre de 1958 y desde el 1° de octubre de 1979 cotizó de forma ininterrumpida al ISS hoy COLPENSIONES hasta el 30 de septiembre de 1997. Refiere que PORVEIR antes COLMENA la persuadió a través de engaños para que el 1° de octubre de 1997 se vinculara al RAIS. Sostiene que a la fecha del traslado contaba con 612,57 semanas. Afirma que la AFP al momento del traslado no le informó las implicaciones de su decisión, como por ejemplo que perdería el régimen de transición, no le indicó sobre los distintos escenarios comparativos entre uno y otro régimen. Señala que el 8 de febrero de 2008 radicó un formulario de traslado de régimen ante el ISS la cual le fue negada por este aun cuando le faltaban más de 10 años para obtener su pensión. Expone que el 20 de marzo de 2014 interpuso acción de tutela en contra de las aquí accionadas solicitando el traslado de régimen la cual le fue negada. Finalmente, menciona que el 23 de diciembre de 2014 solicitó nuevamente el traslado de régimen, la cual le negada.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PORVENIR contestó el introductorio (fls. 79 a 94), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 y 19 a 21 y niega y no le constan los demás. Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y compensación.

De otro lado, **PORVENIR** contestó la demanda (fls. 137 a 143), en el que se opuso a las pretensiones de esta. Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2 parcial, 5 y 16 a 24 y niega y no le constan los demás. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada.

Así mismo, en auto del 23 de febrero de 2017 (CD – fl. 159), se ordenó integrar el contradictorio con **PROTECCIÓN S.A.**, quien contestó el libelo (fls. 220 a 228), oponiéndose a las pretensiones allí contenidas. En cuanto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 3 y no le constan los

demás. Presento las excepciones de fondo de validez de la afiliación a PROTECCIÓN, buena fe, inexistencia de vicio en el consentimiento por error de derecho y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 12 de julio de 2018 (CD – fl. 255), **absolvió** a las demandadas de las pretensiones de la demanda, **declaró** probada la excepción de inexistencia de la obligación, relevándose del estudio de las demás y **condenó** en costas a la demandante fijando como agencias en derecho la suma de \$100.000.

Fundamentó su decisión, indicando que revisadas las pruebas obrantes en el proceso, se evidencia que la demandante al momento de efectuar el traslado, cumplió con los requisitos para efectuar el mismo, toda vez que al momento de suscribir el formulario de afiliación era mayor de edad, el objeto y la causa del contrato son legales, como tampoco se acredita que haya existido error o dolo, señalando que no se encuentra demostrada la existencia de un vicio en el consentimiento al momento de la afiliación. Sostiene que en cuanto a la falta de información, no se probó los errores o engaños en los que manifiesta la demandante incurrió la AFP al momento del traslado, máxime si la Corte Constitucional ha dicho que el error de derecho no vicia el consentimiento ni da lugar a la declaración de ilegalidad del negocio jurídico, por lo que en este caso, pese a que la actora señale que no se le brindó ningún tipo de información al momento del traslado, no debe olvidarse que dicha situación acaeció en agosto de 1997, sin existir certeza en ese momento, sobre un futuro pensional de la demandante, más aún, cuando no se le puede catalogar al RAIS como un sistema nefasto, ya que el mismo al igual que el de prima media, presenta ventajas y desventajas y en tal sentido, quien decide afiliarse es quien está en plena capacidad de decidir si dicho régimen se acomoda o no a su futuro pensional, como tampoco debe perderse de vista que el momento del traslado la actora era mayor de edad y por ende, se presume que su decisión de elegir el fondo fue consiente y madura y en consecuencia, al no obtener toda la información que aduce no le brindaron, hubiese podido

trasladarse antes de cumplir los 10 años para pensionarse como lo señala el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, empero, solo lo hizo hasta el 23 de diciembre de 2014, constatándose que permaneció en el RAIS por más de 17 años; tiempo más que suficiente para que se informara sobre el funcionamiento del sistema, ventajas y desventajas frente a su situación en particular y en caso que el mismo no llenara sus expectativas hubiera efectuado el traslado en la forma antes señalada, sin embargo, no realizó ninguna actuación al respecto. De otro lado, asegura que la decisión del traslado es una decisión legal amparada por la buena fe de la AFP y del ciudadano y crea seguridad jurídica para ambos y así edificar la pensión de vejez como lo señala la Ley 100 de 1993, la cual no puede venirse abajo a portas del cumplimiento del status del pensionado, en tanto significaría un desfinanciamiento del sistema. Expone que la accionante conocía el sistema al cual estaba efectuando sus cotizaciones y por ende, no puede endilgar la nulidad del traslado por falta de información.

Finalmente, en lo que se refiere al traslado por régimen de transición, menciona que a 1° de abril de 1994, la actora no acreditó que tenía 15 años de servicio, por lo que no es viable el traslado de régimen en cualquier tiempo como lo indica la Corte Constitucional en sentencia SU 130 de 2013 y en consecuencia, deviene la absolución de las demandadas de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que uno de los hechos admitidos por la demandada fue la solicitud de traslado al ISS elevada en 2008, fecha en la cual tenía más de 10 para pensionarse, sin embargo, esta le fue negada como también la que elevó en 2015, empero, en la sentencia solo se tuvo en cuenta esta última. Sostiene que la sentencia 062 indica que las personas que tuvieran 35 años de edad al 1° de abril de 1994 o 15 años de cotizaciones a esa data, podían trasladarse de fondo en cualquier momento, pues el término y/o es disyuntivo, luego ella si se encuentra en el régimen de transición por los 35 años de edad que tenía. Refiere que en la demanda se habla que existió un vicio en el consentimiento es decir, un error de hecho y no de derecho, derivado de la información a la

que los promotores de la AFP estaban obligados a suministrarle, sin que se tuviera en cuenta el testimonio que indicó que la asesoría consistió en que se mantenían los mismos requisitos en ambos regímenes para acceder a la pensión, generándose así un vicio en el consentimiento al existir una omisión en la información, lo cual no fue desvirtuado por PROTECCIÓN quien presume que la misma si se brindó, sin que tal circunstancia se haya probado, lo cual estaba a cargo de la AFP, según lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, a más que se acreditó que no le dijeron cuáles eran los beneficios y desventajas del sistema, luego el omitir la información es inducir a un engaño.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la demandante al ser beneficiaria del régimen de transición en virtud a la edad, podía trasladarse en cualquier tiempo y en caso de no ser así, se analizará si presentó solicitud de traslado cuando le faltaban más de 10 para cumplir la edad para pensionarse o en su defecto, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual en la AFP PORVENIR que es en la que se encuentra afiliada en la actualidad.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en

las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Traslado de régimen por ser beneficiario del régimen de transición

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 10038 del 22 de julio de 2015 radicando 46380, en la cual evocó la línea jurisprudencial que dicha Corporación junto con la Corte Constitucional han decantado al respecto, expresó:

“Ahora, si lo que se quiere es afirmar que la tesis del Tribunal es contraria a la sostenida por la jurisprudencia constitucional, debe precisarse que el criterio unificado y actual de la Corte Constitucional es que «únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición» (SU-130/2013); el cual se acompasa con el de esta Corporación vertido en las sentencias CSJ SL, 31 ene. 2007, rad. 27465, CSJ SL, 10 ago. 2010, rad. 37174, CSJ SL, 23 oct. 2012 y, más recientemente, en la CSJ SL563-2013.”

De donde se colige, que el afiliado que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad puede retornar al de prima media con prestación definida pese a que le falten menos de 10 años para pensionarse, siempre que acredite 15 años de servicio o cotizaciones al 1° de abril de 1994, pues contrario a lo señalado por el apelante, cuando se trata del traslado en cualquier tiempo, no basta con que sea beneficiario del régimen de transición por edad, sino que para ello se hace necesario acreditar como se indicó, 15 años de servicio o cotizaciones a la data en comentario.

Al constatar si el demandante cumple con tal requisito, se tiene que según el reporte se semanas cotizadas en pensiones al ISS hoy COLPENSIONES (fls. 149 y 150), la actora cotizó 465.72 semanas, equivalentes a 3255 días, esto es, 9 años y 15 días aproximadamente; tiempo que no le permite trasladarse de régimen.

Traslado por tener más 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión

Sobre aspecto, se tiene que el literal e) del artículo 2° de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, señala:

“e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;”

Revisadas las pruebas obrantes en el proceso, encuentra la Sala que la demandante en el hecho 16 de la demanda afirma que el 8 de febrero de 2008 radicó ante el ISS formulario de traslado de régimen (fl. 48). Hecho este que fue aceptado por COLPENSIONES en la contestación de la demanda (fl. 140) a lo que COLPENSIONES al contestar la demanda lo aceptó, sin hacer aclaración o manifestación adicional al respecto.

Conforme a ello, si bien no se aportó el citado formulario, lo cierto es que al aceptar COLPENSIONES que el mismo se radicó en la fecha en comento, se entiende que en efecto este fue presentado el 8 de febrero de 2008 ante el ISS; por lo que al revisar la fecha de nacimiento de la accionante la cual data del 26 de octubre de 1958 (fl. 41), se observa que la misma tenía hasta el 26 de octubre de 2005 para solicitar el traslado, pues los 57 años de edad los cumpliría el mismo día y mes del año 2015 o en caso de tomarse 55 años, tenía hasta el año 2003, empero, la solicitud, la elevó como se indicó, el 8 de febrero de 2008, es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, de ahí que le asista razón al ente de seguridad social al negar el mismo.

Por lo anterior, como quiera que al 1° de abril de 1994 el actor acreditaba más de 15 años de servicio, es dable su traslado de PROTECCIÓN a CAXDAC, por lo que pasa la Sala a estudiar cual es el régimen aplicable a la pensión deprecada.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora MARÍA INELDA MORENO ÁNGEL el 28 de agosto de 1997 (fl. 229), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, posteriormente el 23 de septiembre de 2003 (fl. 95), se cambió a la AFP PORVENIR encontrándose en la actualidad afiliada a esta, efectuando cotizaciones en el RAIS desde noviembre de 1997 a la fecha (fls. 104 a 114, 234 y 235). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES de forma interrumpida del 1° de octubre de 1979 al 31 de agosto de 1997 (fls. 149 y 150).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 229 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, máxime si era beneficiaria del régimen de

transición, en tanto a 1° de abril de 1994 contaba con 35 años de edad, lo que de plano desdibuja lo dicho en el formulario; luego tal circunstancia obligaba a COLMENA hoy PROTECCIÓN a informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma.

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad al momento del traslado, contrario a lo señalado por el a quo, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema o por el hecho de permanecer 17 años en el RAIS, de por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con el régimen habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado; siendo el deber de la AFP asesorarlo y no de esta, de buscar la información por sus propios medios.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PROTECCIÓN, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la accionante al momento de su traslado y si la misma fue verás, máxime si, como se dijo, era beneficiaria del régimen de transición, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

De otro lado, en lo atinente a la publicación que milita a folio 136 efectuada en enero de 2004, la misma se hizo 6 años después de la afiliación de la accionante a la AFP; la cual, sea de paso advertir, se realizó a nivel nacional, sin que se demuestre que la información allí contenida le haya sido dada a conocer a la actora de manera puntual, pues ello debió hacerlo personalmente en la medida que se trataba de su futuro pensional o por lo menos, asegurarse que tuvo conocimiento de la misma.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989)

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y en su lugar, se **DECLARARÁ** la ineficacia del traslado que hizo la actora del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, con las consecuencias que ello implica.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere la demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** por ser el fondo al que se encuentra afiliada la accionante en la actualidad, trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la actora en su cuenta de ahorro individual.

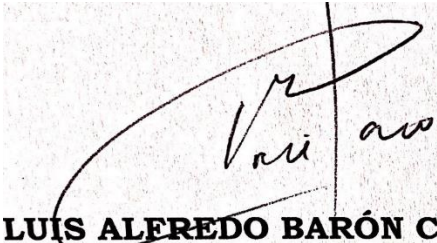
TERCERO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** traslade a COLPENSIONES las sumas descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros provisionales, durante su permanencia en dicho fondo.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que una vez reciba de las AFPS los emolumentos indicados en los ordinales anteriores, reactive la afiliación de la accionante al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de PROTECCIÓN, PORVENIR Y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

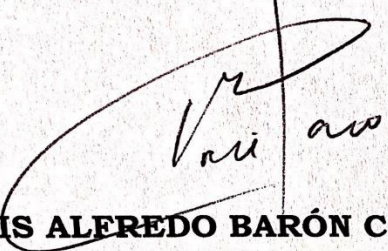


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN, COLPENSIONES y PORVENIR, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – OSCAR GUILLERMO SÁNCHEZ
LIÑAN contra CARBONES EL CERREJON LIMITED**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **OSCAR GUILLERMO SÁNCHEZ LIÑAN**, se **declare** que la calidad de limitado físico desde su nacimiento y que CARBONES EL CERREJON lo despidió sin previa autorización del Ministerio de Trabajo. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada a reintegrarlo al cargo que desempeñaba al momento del despido o a otro de igual o superior categoría, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social, dejados de percibir desde el momento del despido y hasta que se haga efectivo el reintegro, con sus respectivos reajustes anuales, más las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 6).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 5), señaló que laboró al servicio de la demandada desde el 24 de enero de 2005 hasta el 11 de mayo de 2015 y padece de agenesia, consistente en micro - dactilia unilateral de los dedos índice, medio y anular de su mano izquierda,

homóloga a amputación. Refiere que, al ingresar a la empresa, esta sabía de su enfermedad por ser la misma congénita. Sostiene que, mediante carta del 11 de mayo de 2015, la accionada lo despidió sin justa causa, sin que mediara previa autorización del Ministerio de Trabajo y para esa fecha, desempeñaba el cargo de asistente técnico en la sección de operaciones marinas, devengando como último salario la suma de \$5.380.000. Finalmente, adujo que la junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico, mediante dictamen del 27 de julio de 2015, le dictaminó una pérdida de la capacidad laboral del 24.80% estructurada al 16 de diciembre de 1972, fecha de su nacimiento.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CARBONES EL CERREJON LIMITED contestó la demanda (fls. 85 a 97), en la que se opuso a las pretensiones de esta. Sobre los hechos, niega los contenidos en los numerales 5, 7 y 10 a 14 y acepta los demás. Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, pago, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 27 de junio de 2018 (CD – fl. 250), **declaró** que entre las partes existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada del 21 de enero de 2005 al 11 de mayo de 2015, **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que de acuerdo a lo expuesto sobre el tema por la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias del 30 de enero de 2013 y octubre de 2015, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, solo es aplicable para aquellas personas que tengan una pérdida de la capacidad laboral superior al 25%, por lo que revisado el acervo probatorio se tiene que el demandante se encuentra calificado por la Junta regional de Calificación de Invalidez con una pérdida de la capacidad laboral del 24.8%, es decir, inferior a la que se clasifica como severa, exigida por la Corte en la sentencia en comento, de manera que el despido acaecido el 11

de mayo de 2015, no es de los que deba verificarse de acuerdo a las prohibiciones dispuestas en el mencionado artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y por ende, el despido fue eficaz. Finalmente, sostiene que el despido devino por la facultad que tiene el empleador conforme al artículo 64 del CST, la cual, se encuentra autorizada por dicha norma.

APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que la sentencia es contraria a los instrumentos internacionales ratificados por el estado colombiano ara las personas en situación de discapacidad. Refiere que la Corte Constitucional desde hace muchos años ha señalado que no puede decirse que no hay cobertura de estabilidad reforzada, por el hecho que el trabajador no llegue al 25% de la PCL y por ello, en esas situaciones, por tratarse de personas que por su estado de salud física o mental se encuentran en un grado de debilidad manifiesta que les dificulta trabajar en ciertas actividades o de hacerlo sería con limitaciones y por tanto, necesitan de ayuda o asistencia, además de su integración social, gozan de estabilidad laboral reforzada, por lo que no puede decirse que por el 0.5% que le hizo falta para llegar al 25%, se le niegue la protección. Sostiene que la juez no tuvo en cuenta el nuevo criterio de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 11 de abril de 2018, en la que dicha Corporación abandona su criterio, indicando que basta con que el trabajador demuestre su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, siendo deber del empleador acreditar en juicio la ocurrencia de una justa causa para el despido y bajo ese entendido, en este proceso como podría la demandada demostrar la causal de terminación, si el despido fue unilateral sin justa causa. Finalmente, aduce que la empresa intentó probar una justa causa extemporánea a través de los testigos que trajo, diciendo sin ninguna prueba documental que no había aceptado un ascenso, cuando tal circunstancia no se mencionó en la carta de terminación del contrato de trabajo, de ahí que como lo expone la jurisprudencia y el CST, no se pueden alegar causas diferentes a las contempladas en la carta de despido y en este caso, no se alegó ninguna porque el despido fue unilateral al punto que se le canceló la indemnización, luego no es dable que se alegue que no aceptó un

ascenso cuando no existe prueba que así lo justifique y más, cuando ese hecho no se alegó como causal para culminar el vínculo.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo con CARBONES EL CERREJON gozaba de estabilidad laboral reforzada y en caso afirmativo, establecer si hay lugar reintegrarlo al mismo cargo que desempeñaba al momento del despido o a otro igual o de superior categoría, junto con el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social, causados desde la fecha de culminación del vínculo y hasta que se produzca el reintegro.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre el demandante y CARBONES EL CERREJON, lo cual fue aceptado por esta en la contestación de la demanda, además de haber sido declarada por el a quo, sin que sobre este aspecto se presentara reparto alguno, de donde se colige, que el señor OSCAR GUILLERMO SÁNCHEZ LIÑAN laboró al servicio de la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido (fls. 98 a 107), desde el 24 de enero de 2005 hasta el 11 de mayo de 2015, desempeñando como último cargo el de asistente técnico, devengando un salario de \$5.380.000.

Estabilidad laboral reforzada

La interpretación que la Sala hará en este caso, desde el punto de vista de las nuevas orientaciones que últimamente han sosteniendo tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, en el sentido que las normas legales se deben interpretar a la luz de los principios y valores constitucionales, a partir de la Constitución Política de Colombia desde el año 1991, en cuanto a que estos priman sobre las normas legales que los contrarían, tal como lo establece el artículo 4 constitucional. Igualmente,

el artículo 93 ibidem, refiere que los derechos establecidos en la carta política y la Ley se interpretaran conforme a los estándares internacionales, por lo tanto, implica darle un repaso a los valores y principios que establece la Constitución y luego, aplicar las normas laborales de carácter legal a la luz de dichos principios y normas constitucionales.

Se establece en la Constitución Política de Colombia del año 1991, que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República, fundada en el respeto de la dignidad humana, y en el trabajo y que son fines esenciales del Estado, entre otros, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica y la vigencia de un orden justo.

Así mismo, se establece que es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia, acatar la Constitución y que uno de LOS DERECHOS FUNDAMENTALES es el trabajo, el cual constituye una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado, de ahí que toda persona tenga derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, además de ser libre de escoger profesión u oficio.

En igual sentido, indica la Carta política que el Congreso expedirá el estatuto del trabajo y la ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores, remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles, situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, garantía a la seguridad social, capacitación, adiestramiento y el descanso necesario, protección especial a la mujer, maternidad y al trabajador menor de edad.

De otro lado, también es importante destacar, que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna y que ni La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, por ende, es obligación del Estado y de los empleadores, ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran, al igual que el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Lo anterior significa, que la creación del Estado social de derecho se fundó teniendo como esencia el trabajo, es decir, una de las razones de ser de este, es el trabajo, tal como lo dice el preámbulo de la Constitución, sumado a que es tratado como un derecho fundamental, lo que implica que toda persona tiene derecho al trabajo y así, a su estabilidad en el mismo. Este principio es absoluto y solo se puede pregonar como relativo cuando en verdad existe una justa causa, para su terminación.

Desde otra óptica, el trabajo es el que ha permitido que el ser humano se haya desarrollado hasta los estadios en los que se encuentra hoy la humanidad, en sus actuales condiciones vida y además le ha servido de sustento por la remuneración que recibe, pues sin el mismo no habría podido subsistir, por ello, resulta vital y tan esencial la conservación de un empleo para todos los seres humanos.

Dentro de las garantías inmersas en el derecho al trabajo, se encuentra la estabilidad en el empleo, pues sin este, pierde su esencia, de ahí que la Constitución establezca como principio mínimo fundamental la estabilidad en el empleo sin ninguna restricción. Estabilidad que significa un derecho positivo del trabajador a permanecer en el empleo y por ende, conlleva una idea negativa al empleador para despedirlo; por ello, se expidió la ley 319 de 1996 la cual en sus artículos 6° y 7°, señala que toda persona tiene derecho al trabajo el cual habrá de gozar en condiciones justas, equitativas y satisfactorias y que el Estado, debe garantizar de manera particular, la estabilidad de los trabajadores en sus empleos de acuerdo con las características de las industrias y profesiones, con las causas de

justa separación y en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización, a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.

Lo que significa, que la estabilidad en el empleo es un derecho y que, para conservarlo, deben interpretar las normas legales de conformidad con los principios y valores constitucionales y para garantizar ese derecho, no se logra con facultar al empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, si no existe una justa causa.

Siendo ello así y en lo que se refiere a la estabilidad laboral reforzada en tratándose de trabajadores en situación de discapacidad, la Corte Constitucional en sentencia SU – 049 de 2017, indicó:

“4.7. Según lo anterior, la Constitución consagra el derecho a una estabilidad ocupacional reforzada para las personas en condiciones de debilidad manifiesta por sus problemas de salud. Ahora bien, como se pudo observar, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no solo quienes han tenido una pérdida ya calificada de capacidad laboral en un grado moderado, severo o profundo –definido conforme a la reglamentación sobre la materia-, sino también quienes experimentan una afectación de salud que les “impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares” (sentencia T-1040 de 2001). La experiencia acumulada por la jurisprudencia muestra que estas personas están también expuestas a perder sus vínculos ocupacionales solo o principalmente por ese motivo y, en consecuencia, a ser discriminados a causa de sus afectaciones de salud.”

(...)

“8.1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.”

Así mismo, dicha Corporación proveído SU – 040 de 2018, expresó:

“3.2. La figura de “estabilidad laboral reforzada” tiene por titulares a: (i) mujeres embarazadas; (ii) personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud; (iii) aforados sindicales; y (iv)

*madres cabeza de familia. En el caso de las personas con discapacidad, “es el derecho que garantiza la permanencia en el empleo, luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y de conformidad con su capacidad laboral.” Adicionalmente, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite una discapacidad. En este contexto, **la estabilidad laboral reforzada hace ineficaz el despido o desvinculación cuando la razón del mismo es la condición especial que caracteriza al trabajador.**”*

(...)

“3.3. Así las cosas, existe desconocimiento de los fundamentos constitucionales y, especialmente, de los principios de igualdad y solidaridad cuando se evidencia un trato diferente o discriminatorio a las personas en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud y a las calificadas como personas en situación de discapacidad, con independencia de la relación laboral acordada entre las partes.”

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia cambió el criterio frente al tema de la estabilidad laboral reforzada y en sentencia SL 1360 del 11 de abril de 2018, efectuando una interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, señaló:

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

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

“c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas.”

Hechas las anteriores precisiones, lo primero que debe resaltar la Sala es que no es cierto como lo señaló el *a quo*, que el demandante debía acreditar su estado de discapacidad entre grave, severa y profunda al momento del despido, pues si bien la Corte Suprema de Justicia tenía por

sentado dicha tesis, a raíz de su último pronunciamiento como se expuso en precedencia, quedó claro que al trabajador únicamente le corresponde demostrar que estuviera en situación de discapacidad al momento del despido para que se configure la estabilidad laboral reforzada y por ende, al empleador acreditar las justas causas alegadas; de manera que, no se requiere la existencia de una calificación previa que acredite una pérdida de la capacidad laboral superior al 25%; argumento que además, coincide con lo señalado por la Corte Constitucional en las sentencias anteriormente referidas.

Refuerza lo anterior, lo dicho también por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en sentencia, SL 2797 de 2020, al expresar:

“Al respecto, lo primero que cabe mencionar es que no resultaba trascendente el hecho de que el trabajador no estuviera incapacitado para la fecha de su despido, como lo resalta la recurrente, pues, como se definió en líneas anteriores, lo importante era que padeciera una condición de discapacidad en grado relevante. Y lo segundo, como también fue dilucidado, que el actor no tenía que contar con un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral o con alguna certificación que lo acreditara como persona en condiciones de discapacidad para el momento del despido, de manera que el Tribunal no incurrió en error de hecho alguno al ignorar esos requerimientos.”

Así mismo, en el último pronunciamiento emitido por dicho cuerpo colegiado en sentencia SL – 2586 de 2020, en los casos de estabilidad laboral de los contratos de trabajo a término fijo, reiteró su criterio frente a que no se requiere de un carné que establezca el estado de discapacidad, como tampoco la necesidad de una calificación formal al momento de la culminación del vínculo, pero si, debe demostrarse que efectivamente al momento del finiquito contractual, existió afectación en la salud del trabajador RELEVANTE conocida por el empleador, una vez acreditado ello, debe tenerse en cuenta los siguientes parámetros del contrato a término fijo:

“Por tanto, en los casos de las personas con discapacidad es necesario que la facultad del empleador para terminar los contratos a término fijo tenga una dosis mínima de racionalidad o de objetividad, precedida de motivos creíbles y objetivos, que descarten sesgos discriminatorios. De modo que, si se alega que la decisión está libre de estos prejuicios,

necesariamente es el empleador quien tiene el deber de demostrar que ello es así, aportando el medio de convicción de la objetividad de su decisión. Y tal prueba no es otra que aquella que acredite que la necesidad empresarial para la que fue contratado el trabajador, desapareció, pues no de otra forma podría justificarse la no renovación del contrato.

En tal sentido, como dueño de la actividad empresarial, el empleador debe demostrar que se extinguieron o agotaron las actividades contratadas a término definido y que la determinación de no renovar el contrato de trabajo fue objetiva y sustentada. Por otro lado, al ser el empresario la parte que alega la terminación del contrato por una causa neutra, tiene, de acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, hoy 167 del Código General del Proceso, que probar esa objetividad, más allá del simple vencimiento del plazo.

En consecuencia, la Corte adoctrina que, en el caso de los trabajadores con discapacidad contratados a término fijo, es necesario que la decisión de no prórroga proveniente del empleador esté fundamentada en la desaparición efectiva de las actividades y procesos contratados. Por consiguiente, si el trabajador promueve juicio laboral, el empleador tiene la carga probatoria de demostrar, de manera suficiente y creíble, que en realidad la terminación del contrato fue consecuencia de la extinción de la necesidad empresarial; solo así quedará acreditado que su decisión de no renovar el contrato de trabajo estuvo desprovista de una conducta discriminadora”.

Precisiones estas que se acompañan al caso bajo estudio en el entendido que no requiere que el trabajador este previamente calificado para goza de la estabilidad laboral reforzada, cuya presunción se desvirtúa solo en el evento que el empleador alegue una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y que la misma se compruebe, pues de no ser debió solicitar ante el Ministerio de trabajo el respectivo permiso y de no hacerlo, deberá asumir las consecuencias que su omisión acarrea.

En ese orden de ideas, se tiene que no se discute que el demandante padece de microdactilia unilateral izquierda – homologa amputación, de los dedos índice, medio anular, la cual, según el examen de ingreso a la empresa (fls. 109 a 118), era de pleno conocimiento de esta en tanto así se plasmó en dicho documento; tratándose de una enfermedad congénita pues así lo refirió la junta regional de calificación de invalidez en el dictamen del 27 de julio de 2015, donde determinó que el actor posee una pérdida de la capacidad laboral del

24,80% estructurada al 16 de diciembre de 1972, esto es, a la fecha de nacimiento del accionante (fls. 23 y 24).

De donde se colige que el trabajador gozaba de estabilidad laboral reforzada dado su padecimiento, siendo una persona discapacitada y por ende, un sujeto de especial protección.

Terminación del contrato de trabajo

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP y lo dicho al respecto por la Corte Suprema de Justicia, corresponde al trabajador probar el despido y al empleador la justa causa para darlo por terminado y en tratándose de renuncia del trabajador por causa imputable al empleador, corresponde aquel demostrar las causas que motivaron su desvinculación.

Así mismo, el parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 ambos del CST, establecen que la parte que termina el contrato de trabajo debe manifestar a la otra al momento de la extinción del vínculo, la causal o motivo de esa determinación, sin que con posterioridad puedan alegarse motivos o causales distintas.

En efecto, a folio 19 obra carta del 11 de mayo de 2015, mediante la cual CARBONES EL CERREJON le comunica al señor Sánchez Liñan que por necesidades de optimización organizacional y de conformidad con el artículo 64 del CST, ha decidido dar por terminad el contrato de trabajo a partir de la fecha, junto con el pago de la respectiva indemnización por culminación del vínculo.

Conforme a ello, es claro que si bien el artículo 64 del CST faculta al empleador para terminar unilateralmente el contrato de trabajo con el pago de la respectiva indemnización, lo cierto es que el caso del demandante, dada su discapacidad, la accionada estaba obligada a solicitar ante el Ministerio de Trabajo, la respectiva autorización a fin de culminar el vínculo, pues, se itera, la misma desde el inicio de la relación laboral sabia del padecimiento del actor, empero, decidió finiquitar el vínculo omitiendo la respectiva autorización, lo que

conlleva a que el despido se torne ineficaz, pues en virtud del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se presume que su decisión se debió al estado del trabajador.

Ahora, si bien la demandada trató de justificar su actuar y desvirtuar la presunción alegando que el actor no quiso aceptar un ascenso, lo cierto es que tal circunstancia además de no encontrarse catalogada como una justa causa para terminar el contrato de trabajo conforme al artículo 62 del CST, constituye un hecho nuevo que no fue alegado en la carta de despido, el cual, al tenor de lo establecido en las normas citadas en precedencia, no podía alegarse con posterioridad a la terminación de la relación laboral.

De suerte que al incumplir la demandada lo normado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, deviene sin dubitación alguna la ineficacia del despido y por ende, el reintegro del demandante al mismo cargo que venía desempeñando al momento de la culminación del vínculo o a otro de igual o superior categoría, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales legales y extralegales a que haya lugar, además de los aportes a la seguridad social integral, desde la fecha en que se produjo el despido y hasta que se haga efectivo el reintegro.

Finalmente, debe precisarse que no se ordenará el pago de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, como quiera que esta no se solicitó en la demanda, además de tratarse de una circunstancia que no fue discutida en el proceso y por ende, al juzgador de segundo grado de conformidad con el artículo 50 del CPL, le queda vedado hacer uso de las facultades ultra y extra petita.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la decisión de primera instancia y en su lugar, se **DECLARARÁ** la ineficacia del despido del demandante y en consecuencia, se ordenará su reintegro en la forma antes anotada.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo del CARBONES EL CERREJON de conformidad con el numeral 4 del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del despido del demandante, acaecido el 11 de mayo de 2015, con efectos desde el 15 del mismo mes y año, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **CARBONES EL CERREJON LIMITED** a **REINTEGRAR** al señor OSCAR GUILLERMO SÁNCHEZ LIÑAN al mismo cargo que venía desempeñando al momento de la culminación del vínculo o a otro de igual o superior categoría.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar al accionante, los salarios, prestaciones sociales legales y extralegales a que haya lugar, además de los aportes a la seguridad social integral, desde el 15 de mayo de 2015 y hasta que se haga efectivo el reintegro.

CUARTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de CARBONES EL CERREJON.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

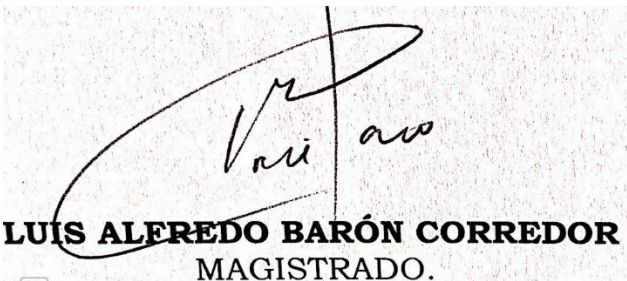
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de CARBONES EL CERREJON, la suma de \$900.000



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – TITO FABIO BUSTOS MORALES
contra UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL
Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –
UGPP**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **TITO FABIO BUSTOS MORALES**, se **condene** a al ISS EN LIQUIDACIÓN al reconocimiento de la pensión de jubilación conforme a la convención colectiva de trabajo pactada entre el instituto y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, en forma temporal mientras adquiere la pensión de vejez establecida en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, a partir del 9 de agosto de 2013, junto con los reajustes anuales, intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 3 a 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 5), señaló que laboró como trabajador oficial del ISS y el 12 de marzo de 1990 se afilió a SINTRASEGURIDAD SOCIAL. Sostiene que el 6 de agosto de 2013 solicitó al instituto la pensión convencional, al cual le fue negada por este el 16 de septiembre de la misma anualidad.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS EN LIQUIDACIÓN

contestó el introductorio (fls. 140 a 143), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, los acepta en su totalidad. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y buena fe.

Así mismo, en el auto admisorio de la demanda (fl. 105), se ordenó la vinculación de la **UGPP**, quien la contestó (fls. 136 a 139), oponiéndose a sus pretensiones. En cuanto a los hechos, los acepta en su totalidad. Propuso las excepciones de mérito de legalidad de las actuaciones y buena fe patronal, inexistencia de la obligación demandada, cobro de lo no debido y prescripción.

De otro lado, en providencia del 14 de julio de 2015 (fl. 194), se vinculó a **FIDUAGRARIA S.A. en calidad de vocera y administradora del PAR ISS EN LIQUIDACIÓN**, quien contestó el libelo (fls. 206 a 212), donde se opuso a las pretensiones expuestas en este. Respecto a los hechos, los acepta en su totalidad. Propuso las excepciones de fondo de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del demandado, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 7 de junio de 2018 (CD – fl. 317), **condenó** a la UGPP a reconocer y pagar al demandante la pensión de jubilación convencional establecida en la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, a partir del día siguiente de la vinculación laboral con el empleador ISS en liquidación, **ordenó** a la demandada a liquidar la pensión con el promedio de los últimos tres años de factores de remuneración tenidos en cuenta para la liquidación de la mesada pensional, conforme al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo y

en caso de compartibilidad, deberá asumir el mayor valor de la mesada pensional que llegare a existir, al igual que deberá indexar las mesadas adeudadas, **absolvió** a la UGPP de las demás pretensiones de la demanda, **declaró** no probadas las excepciones propuestas por esta.

Fundamentó su decisión, indicando que de acuerdo a los dos salvamentos de voto presentados en la sentencia SU – 555 de 2014 y las observaciones emitidas por la OIT en el caso 2424, donde se estudió la aplicación del acto legislativo 01 de 2005 en la que instó al gobierno para que tomara las medidas necesarias a fin de que las normas de carácter pensional contenidas en acuerdos convencionales, permanecieran hasta tanto aquellos perdieran vigencia, el cual fue reafirmado en el informe del Comité de libertad Sindical de dicha organización; concluye que de acuerdo al Acto Legislativo 01 de 2005 para el 31 de julio de 2010 tiene límite las convenciones colectivas de trabajo y bajo ese entendido, el demandante para esa data contaba con 24 años de servicio al ISS y la edad de 55 años que es el requisito para acceder a la prestación, los cumplió el 18 de julio de 2013. En cuanto a la fecha de culminación del vínculo laboral, según certificación que se aportó para el 5 de septiembre de 2013, se encontraba activo prestando sus servicios y beneficiario de la convención colectiva de trabajo la cual tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014, conforme la denuncia parcial que se hizo en octubre de 2014. Advierte que como para el 31 de julio de 2010 el accionante acreditaba 24 años de servicio, es claro que para ese momento contaba con una expectativa legítima respecto de los parámetros establecidos convencionalmente, por lo que el no haber cumplido con la totalidad de los requisitos para acceder a la prestación antes de la data en cita no es óbice para negar el derecho pensional, por cuanto el demandante tiene derecho a que se le extiendan los requisitos hasta tanto adquiriera el derecho antes de la denuncia de la convención en octubre de 2014, e incluso como la cláusula convencional mantiene los requisitos hasta 2017, mantiene los efectos hasta después de la referida denuncia. Sostiene que si bien la Corte Constitucional indica en la sentencia SU que las recomendaciones no son obligatorias, lo cierto es que estas deben ser acatadas por los estados miembros en virtud al cumplimiento de los tratados internacionales bajo los cuales se encuentra integrado el estado de

Colombia y por ende el despacho acoge la recomendación que dispone que más allá del 31 de julio de 2010 deben mantenerse los efectos de las convenciones colectivas celebradas con anterioridad al acto legislativo 01 de 2005 como ocurre en el presente asunto en el cual la convención se firmó en el año 2004, la cual mantuvo sus efectos con posterioridad al año 2010.

Refiere que como para el 18 de julio de 2013 el accionante cumplió los 55 años de edad y contaba con 27 años de servicio, es beneficiario de la pensión establecida en el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS vigente para esa data; por lo que manifiesta debe condenarse a la UGPP al reconocimiento y pago de dicha prestación, la cual debe liquidarse con el promedio de lo percibido en los últimos tres años y en tratándose de la causación la misma está atada a la desvinculación de la entidad, sin que en el proceso se encuentre probada tal circunstancia, por ello, la pensión se reconocerá desde que el actor acredite su retiro, sin perjuicio de la compartibilidad pensional que llegare a causarse, para lo cual sado el caso, la demandada reconocerá únicamente el mayor valor, debiendo la unidad en todo caso, indexar las sumas que se generen a favor del accionante.

Finalmente, en lo que se refiere a la excepción de prescripción, señala que la pensión se causó en el año 2013 y en 2014 el demandante acudió a la jurisdicción a reclamar la misma, sin que entre una fecha y otra haya transcurrido el término prescriptivo.

APELACIÓN

La UGPP interpuso recurso de apelación, manifestando que la entidad negó en un principio el reconocimiento de la pensión, ya que el actor a 31 de julio de 2010 si bien cumplía con el requisito de los 20 años de servicio, no acreditaba la edad en tanto solo tenía 52 años, por lo que considera que no puede reconocer la pensión en razón a que no cumplía con los requisitos para acceder a la pensión convencional a 31 de julio de 2010, como lo estableció el acto legislativo 01 de 2005 para que se hicieran efectivas las convenciones colectivas y tampoco reúne los requisitos exigidos para la

pensión legal. Aduce que, si bien el actor cuenta con 59 años de edad y 20 de servicio, lo cierto es que para la data en comento no demostraba la edad requerida para ser acreedor a la prestación deprecada. De otro lado, solicita se tengan en cuenta todos los criterios que sobre el particular existen y por ende, una entidad pública se debe abstener de conceder estos derechos de carácter pecuniario, toda vez que sus recursos hacen parte del erario público y no pueden ser otorgados de manera incierta y en caso de ser condenada, aduce que se debe recovar la condena en costas. Finalmente, indica que se debe revisar la liquidación por cuanto los factores a tener en cuenta deben ser los contemplados para el sistema general de pensiones ya que el reconocimiento se estaría dando conforme a los parámetros de la Ley 100 de 1993 y el acto legislativo 01 de 2005.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante tiene derecho a la pensión establecida en el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existe entre el demandante y el ISS hoy liquidado, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la certificación de folio 375, de donde se colige que el señor TITO FABIO BUSTOS MORALES presta sus servicios al instituto desde el 1° de octubre de 1985 desempeñando el cargo de técnico de servicios administrativos.

Aclarando que en el expediente no obra prueba que la relación laboral haya culminado, por lo que se entiende que a la fecha la misma continua vigente.

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la pensión de jubilación convencional contenida en el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita

entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS se encuentra vigente en virtud de lo expuesto por el Comité de Libertad sindical de la OIT o si por el contrario, perdió vigencia el 31 de julio de 2010 según el parágrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005 y en caso de continuar vigente, si el actor tiene derecho a dicha prestación.

Vigencia de la convención colectiva de trabajo y pensión de jubilación convencional

Al respecto, se tiene que el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL para el periodo 2001 – 2004 (fl. 345), establece la pensión de jubilación convencional, así:

“El Trabajador Oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre o cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.

(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y el treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.

(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio. (...).”

Al constatar si el actor cumple con los requisitos para acceder a la prestación en comento, se tiene que nació el 8 de julio de 1958 (fl. 376), cumpliendo la edad de 55 años el mismo día y mes del año 2013, al igual que en octubre de 2005 completó 20 años de servicio al Instituto, acreditando los requisitos para acceder a la prestación reclamada.

Ahora en lo que se refiere a la vigencia de las normas convencionales que contemplan derechos de índole pensional, el parágrafo 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, de terminó que éstas condiciones perderían vigencia el 31 de julio de 2010, al igual que el parágrafo 2° de dicha

normatividad, dispuso que a partir de la entrada en vigencia del mismo, no podían establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.

Conforme a ello, se tiene que el demandante cumplió los requisitos para acceder a la prestación reclamada con posterioridad al 31 de julio de 2010, luego, **la pregunta es si seguiría operando la convención que en principio consagró el derecho pensional la cual se prorrogó dada la falta de denuncia o de la celebración de acuerdos posteriores o si resulta la plena operancia de dicho acto legislativo, lo que implicaría la pérdida de vigencia de la negociación colectiva en relación con las pensiones a partir de la referida calenda.**

De ahí, que resulte imperioso determinar si resultaría válida la pérdida absoluta de derechos convencionales pactados en esta materia, ya sea anterior, en vigencia del término de transición que establece la misma norma o con posterioridad a ésta, o si puede subsistir la convención a la luz de otras normas también de índole constitucional.

Al respecto, **el Comité de Libertad Sindical de la OIT**, recomendó al Estado Colombiano respetar el derecho a la negociación colectiva en lo referente a las pensiones de jubilación, al conocer del caso relacionado con el mencionado acto legislativo, en el que si bien reconoce el derecho de los Estados en reglamentar el tema de las pensiones, subraya la necesidad de que los **mismos respeten el principio del derecho a la negociación colectiva** y por ende, considera que las convenciones colectivas celebradas con anterioridad a la entrada en vigor de dicho acto legislativo, **deberían continuar conservando todos sus efectos** incluyendo lo referente en las cláusulas de pensiones hasta la fecha de su vencimiento, **aunque ésta sea posterior al 31 de julio de 2010** y pide al Gobierno que adopte las medidas correctivas pertinentes y que mantenga informado sobre las medidas adoptadas.

Es así, como dicho comité **en el caso 2434 de Colombia, sobre el Acto legislativo 01 de 2005**, en el año 2008, señaló:

“Recomendaciones del Comité...62671. En vista de las conclusiones provisionales que anteceden, el Comité invita al Consejo de Administración a que apruebe las recomendaciones siguientes:

a) En lo que respecta a los alegatos relativos a la limitación del derecho de negociación colectiva en virtud de la reciente adopción del acto legislativo núm. 01, de 22 de julio de 2005, que modifica el artículo 48 de la Constitución Política sobre seguridad social, el Comité:

i) en cuanto a las convenciones celebradas con anterioridad a la entrada en vigor de la legislación, pide una vez más al Gobierno que adopte las medidas necesarias a fin de que los convenios colectivos que contienen cláusulas sobre pensiones, cuya vigencia va más allá del 31 de julio de 2010, mantengan sus efectos hasta su vencimiento;

ii) en cuanto a los convenios celebrados después de la entrada en vigor del acto legislativo núm. 01, pide una vez más al Gobierno que teniendo en cuenta las circunstancias particulares de este caso, y con el fin de garantizar la armonía de las relaciones laborales del país, realice de nuevo consultas detalladas dirigidas exclusivamente a los interlocutores sociales acerca de las jubilaciones y las pensiones, a fin de encontrar una solución negociada aceptable para todas las partes interesadas y de conformidad con los convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva ratificados por Colombia, en particular asegurando que las partes en la negociación colectiva puedan mejorar las prestaciones legales sobre pensiones y esquemas de pensiones por mutuo acuerdo”

En el mismo sentido, se encuentra el **concepto de la Comisión de expertos en convenios y normas internacionales del trabajo de la OIT** del 24 de febrero de 2010, el cual retomó el tema y ratifica lo dicho por el comité de libertad sindical, adicionalmente observa que si las convenciones pierden vigencia en virtud del Acto Legislativo, ello puede implicar una modificación unilateral del contenido de los convenios colectivos firmados, lo cual es contrario a los principios de la negociación colectiva así como al principio de los derechos adquiridos por las partes.

De lo expuesto, se puede concluir que las convenciones colectivas que se suscribieron o se prorrogaron antes de la vigencia del acto legislativo se mantienen inamovibles en cuanto al derecho pensional, luego la interpretación del artículo 48 C.P. se debe aplicar de manera integral, en armonía con los demás artículos constitucionales en especial, los artículos 53, 55, 58 y 93 de la C.N., los Convenios y recomendaciones de la OIT y los tratados de derechos humanos y por ende, los trabajadores beneficiarios

de la convención, tienen el derecho adquirido en cuanto a la cláusula convencional en pensiones suscrita con el empleador, debido a la entrada del tránsito legislativo, el cual no derogó de ninguna manera las convenciones que se negociaron antes de su expedición o en el lapso de supervivencia de los mismos que en ella se contemplan.

En todo caso, resulta relevante señalar que la Corte Constitucional ha establecido que cuando exista un **conflicto entre la legislación interna y las normas internacionales, el juez debe preferir aquella disposición que sea más favorable** para el goce y la protección de los derechos. (Sentencias C- 406/96; C-251/97; T-1319/01).

Argumentos estos que no eran acogidos por la Corte Suprema de Justicia, empero, en reciente pronunciamiento, al analizar un caso igual al que ocupa hoy la atención de la Sala, dicha Corporación en sentencia SL 3635 de 2020, rectificó parcialmente su criterio, al indicar:

“Explicó entonces la Sala que las reglas pensionales de carácter convencional que se hubieren suscrito por primera vez antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, la expresión «término inicialmente pactado» hace alusión al tiempo de duración expresamente acordado por las partes de modo que, «si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara», aunque fuere posterior al 31 de julio de 2010.”

(...)

“Al referirse a la prórroga automática de la convención colectiva que venía operando antes del 29 de julio de 2005, adujo que continuarían rigiendo, pero, que, en todo caso, conforme al límite constitucional, se extinguirían el 31 de julio de 2010.”

(...)

“De manera que esa línea jurisprudencial no admitía que una convención colectiva que llegare a su fecha de extinción conforme al término inicialmente pactado, pudiera ser objeto de prórroga automática porque esta solo operaba para las prórrogas que desde antes venía en curso.

Sin embargo, esa visión jurisprudencial varió y dio un alcance distinto al parágrafo 3.º del Acto Legislativo 01 de 2005, al considerar la Sala en sentencias CSJ SL2798-2020, CSJ SL2543-2020 y CSJ SL2986-2020, por una parte, que el término inicialmente pactado no puede

extenderse más allá del 31 de julio 2010 y, de otra, que ese plazo también incluye el de la prórroga automática que hubiese comenzado después del 29 de julio de 2005.”

(...)

“Para tal efecto, la Sala hizo referencia a las recomendaciones adoptadas por el Comité de Libertad Sindical a propósito de la limitación del derecho de negociación colectiva dispuesta en el citado acto legislativo, dirigidas a que la realidad de la negociación colectiva implica una certeza razonable de que se mantendrán los compromisos pactados, al menos, mientras dure el convenio.

En la citada sentencia CSJ SL2543-2020 aseveró la Corte que, «en principio la extensión de los efectos pensionales convencionales», no pueden ir más allá del 31 de julio de 2001. De esa forma, se anticipó a la posibilidad de volver a la doctrina anterior, y bajo la égida de los convenios 87, 98 y 154 de la OIT y de confrontar las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical con el escenario constitucional, adoctrinar que el término inicialmente pactado entre las partes regirá hasta su vencimiento, sin límites distintos a los acordados entre los suscribientes del convenio colectivo.”

(...)

“Bajo ese contexto, tal como se determinó en la sentencia CSJ SL2543-2020, en principio, no es posible extender los efectos de las cláusulas convencionales de carácter pensional más allá del 31 de julio de 2010. Sin embargo, asevera la Sala que, cuando una disposición colectiva consagre una vigencia que cubra un periodo superior a esa data, debe respetarse, pues, es claro, de una parte, que si se previó de esa manera desde su inicio, es porque la voluntad de las partes fue la de darle a dichas disposiciones jubilatorias mayor estabilidad en el tiempo y, de otra, al quedar incorporadas en el texto convencional, constituyen derechos adquiridos y garantía a la legítima expectativa de adquirir el derecho pensional de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva de trabajo que firmaron, mientras continúe vigente, así esa vigencia supere el límite del 31 de julio de 2010.

Así es, porque los compromisos consagrados en las convenciones colectivas de trabajo constituyen derechos adquiridos, bien porque ya se han causado o bien porque hacen parte de aquellas prerrogativas concretas que, aunque no estén consolidadas, sí han determinado una expectativa válida respecto de la permanencia de sus cláusulas, basadas en el principio de la buena fe que atención al principio de la confianza legítima, significa, en el horizonte, que se alcanzarán los requisitos para su afianzamiento durante el término de su vigencia.

Ello, porque tal como tantas veces lo ha dicho esta Sala, la convención colectiva de trabajo es una verdadera fuente de derechos y obligaciones por lo menos durante el tiempo en que la misma o algunas de sus cláusulas conserven su vigencia, de modo que su ámbito de protección cubra los derechos consolidados y trasciende a las

expectativas que eventualmente se alcancen durante el término pactado.

Esa y no otra, fue la intención del constituyente secundario al consagrar en los parágrafos transitorios 2.º y 3.º del Acto Legislativo 01 de 2005, el respeto por los derechos adquiridos, sujetándolos al término inicialmente pactado por las partes hasta su extinción, incluso más allá del 31 de julio de 2010, el cual incluye las prórrogas automáticas, estas sí con límite hasta esa data, tal como lo dejó sentado la Corte en las sentencias CSJ SL2543-2020, CSJ SL2798-2020 y CSJ SL2986-2020.

En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rectifica parcialmente su criterio sentado en las sentencias precitadas y, en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto, son las siguientes:

a) En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.

b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.

c) Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.”

Finalmente, en tratándose de la vigencia de la cláusula 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, en la referida sentencia, la Corte reseñó:

“En consecuencia, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, tenía vigencia hasta el año 2017. Dicho de otro modo, en armonía con los postulados de la enmienda constitucional, las partes acordaron darle al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo mayor estabilidad en el tiempo y, de

esa forma, fijaron derechos adquiridos frente a los compromisos pensionales pactados, por los menos, durante su plazo de vigencia.”

Conforme a ello, no cabe duda para la Sala que el actor tiene derecho a la pensión de jubilación convencional establecida en la cláusula 98 de la convención colectiva de trabajo, pues la misma, mantuvo su vigencia hasta el año 2017, como lo dispuso el literal (iii) de dicha norma convencional, sin que el hecho que el demandante hay cumplido el requisito de la edad con posterioridad al 31 de julio de 2010, haga nugatorio su derecho.

De suerte, que tal y como lo indicó el a quo, la UGPP deberá reconocer y pagar al señor Bustos Morales la referida pensión de jubilación convencional, a partir de la fecha en que este acredite su retiro como servidor público, pues como se indicó en precedencia, no se encuentra acreditada la finalización del vínculo con el extinto ISS.

Prestación cuyo monto se establecerá de acuerdo con el literal (ii) de la cláusula en comento, esto es, con el 100% del promedio mensual de lo percibido en los últimos tres años; sin que para ello, sea dable aplicar las normad que para el efecto establece el sistema general de pensiones como lo pretende la entidad recurrente, pues en este caso se trata de una pensión convencional, que se gobierna únicamente por las cláusulas contenidas en la convención colectiva.

De otro lado, debe precisarse que de conformidad con el artículo 18 del decreto 758 de 1990, esta pensión será compartida con la de vejez que le llegare a reconocer COLPENSIONES al actor, quedando a cargo de la UGPP únicamente el mayor valor si lo hubiere.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, el numeral 1° del artículo 365 del CGP, establece que la misma procede para la parte vencida en el proceso, de ahí, que al resultar la UGPP condenada al pago de la pensión de jubilación convencional, opere la condena en costas.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la UGPP.

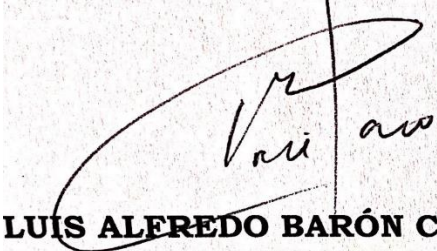
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la UGPP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

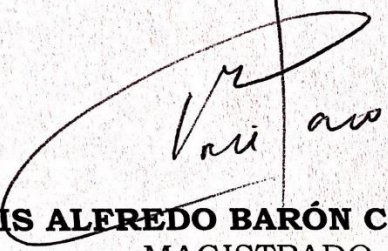


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la UGPP, la suma de \$900.000.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE - ALFREDO ALBARRACÍN
ÁLVAREZ contra LA NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **ALFREDO ALBARRACÍN ÁLVAREZ**, se **declare** que existió un contrato de trabajo con la extinta ELECTRIFICADORA DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. – ELECTROSAN desde el 18 de febrero de 1971 hasta el 15 de diciembre de 1991 y que la remuneración para los años 1990 y 1991 ascendió a: \$1.826.055,71, \$18.000, \$381.572,10, \$553.894,38, \$137.372,04, \$809.659,50 y \$561.302,04 por concepto de sueldo, prima de carestía, vacaciones, prima de vacaciones, prima de antigüedad, prima de servicios y prima de navidad, respectivamente para 1990 y de \$2.225.586, \$26.400, \$489.195, \$710.121, \$176.118, \$1.038.025 y \$719.618 por concepto de sueldo, prima de carestía, vacaciones, prima de vacaciones, prima de antigüedad, prima de servicios y prima de navidad, respectivamente para 1991. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** a la NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA expida una certificación de tiempo de servicio y salarios devengados para las anualidades en comento en el formato implementado

por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO para emisión de bono pensional, en el que se especifiquen las sumas antes indicadas, al igual que se le **condene** al pago de las costas (fls. 51 y 52).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 49 a 51), señaló que se vinculó a la extinta ELECTRIFICADORA DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. – ELECTROSAN mediante contrato de trabajo a partir del 18 de febrero de 1971. Refiere que el 15 de diciembre de 1991 se produjo su retiro definitivo y devengando para esa anualidad un salario base de \$514.201. Sostiene que el 18 de junio de 2009 elevó petición a la demandada solicitando certificado de tiempo de servicios y salarios con los factores devengados para 1990 y 1991 en formato implementado por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, a lo que la accionada el 14 de julio de 2009 le comunicó que no se encontró información laboral en el archivo que fue entregado durante el proceso de liquidación de la electrificadora. Indica que el 18 de enero elevó una nueva petición, en la que anexó el concepto dado por el ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN en el que señala que en casos como ese, el medio idóneo para conseguir la historia laboral es haciendo uso de la prueba supletoria y certificación original de tiempo de servicio expedida por APL el 13 de julio de 2000. Afirma que el 17 de marzo de 2010 se presentó adición a dicha petición en la que se anexó una declaración juramentada, certificado original de tiempo de servicios y copia de la renuncia al cargo, a lo que la Coordinadora de la cartera ministerial, el 12 de abril de 2010 se negó a certificarle el tiempo de servicios y salarios, aduciendo que no contaba con fuentes que le permitieran generar las certificaciones requeridas. Finalmente, expresa que las certificaciones solicitadas tienen como finalidad, solicitar a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión convencional y por tanto, es indispensable que se certifique todos y cada uno de los factores salariales y demás emolumentos que devengó durante los últimos 12 meses de servicio.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA contestó el introductorio (fls. 65 a 76), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre

los hechos, acepta los contenidos en los numerales 6 y 7 y niega y no le constan los demás. Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y falta de legitimación por pasiva.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 9 de julio de 2018 (CD – fl. 164), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

Fundamentó su decisión, indicando que pese a los esfuerzos del despacho para conocer los actos administrativos que soportaron el proceso liquidatorio de la electrificadora, sólo se arrimó al plenario copia de la resolución número 512 del 26 diciembre de 2007, por medio de la cual se declaró la terminación de la existencia legal de Archipiélagos Power and Light Co S.A ESP en liquidación que reemplazó a ELECTROSAN, sin que en tal instrumento se mencione que entidad asumiría los pasivos laborales con posterioridad a su liquidación.

Refiere que en el artículo vigésimo segundo de la mentada resolución, quedó consignado que con el fin de efectuar los trámites finales del proceso liquidatorio de la intervenida, de conformidad con lo establecido por el decreto 663 del 2 de abril de 1993, artículo 301 numeral 11, “*se suscribió un contrato de fiducia con la fiduciaria de Occidente S.A*”, el cual no fue aportado al expediente, siendo esta fiducia quien en principio se presume ser la administradora del patrimonio autónomo y en esa medida, la entidad que entraría a responder exclusivamente, pues no se logró identificar persona diferente que por disposición legal o reglamentaria, asumirá las obligaciones de la extinta entidad.

Sostiene que el artículo vigésimo quinto, se estableció que para dar cumplimiento a lo normado en el Decreto 2211 del 8 de julio del 2004, artículo 52 literal f), en concordancia con el artículo 20 de la ley 594, se realizó una transferencia de los archivos a la aquí demandada, para lo cual

se suscribió un contrato de guarda y conservación de archivos con la empresa Manejo Técnico de Información S.A. - MTI, el cual fue cedido al citado ministerio.

Expone que de la lectura el citado precepto, se evidencia que la obligación que se trasladó en cabeza del Ministerio de Minas y Energía, se reservó únicamente a la custodia del archivo, sin que pueda extraerse que esta se subrogó en las obligaciones que le asistían a Archipiélagos Power and Light Co S.A ESP y en consecuencia que legitimarían en la causa, en reemplazo de esta última y aunque la pretensión es eminentemente declarativa, es notorio que la demandada, no tiene vocación subjetiva en el interés sustancial que se discute en el proceso, además, menciona que la declaratoria de existencia del contrato puede acarrear consecuencias adversas para la entidad, quien no tuvo la oportunidad de defenderse en juicio, máxime cuando según lo expuso, la certificación solicitada tiene fines pensionales específicamente; concluyendo que la demandada no es la entidad de la nación legitimada, por lo que resulta imposible verificar la existencia del contrato de trabajo. En cuanto a la pretensión relacionada con la expedición de la certificación, si bien es cierto, le compete al Ministerio la expedición del mismo, por ser la entidad encargada del archivo de la extinta Archipiélagos Power and Light Co S.A ESP, lo cierto es que la expedición de ese ese documento, dependía inexorablemente de la declaración de existencia de la relación laboral, la cual no puede producirse con la accionada, cuando esta certificó el 14 de julio de 2009, que en los archivos de la entidad entregados por la extinta electrificadora, no se encontró información alguna relacionada con la vinculación laboral del demandante; concluyendo que se debe absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que este caso, se le pide una declaratoria de un contrato de trabajo a una entidad que no lo tuvo como empleado, precisamente porque dejó de existir Archipiélagos Power and Light Co S.A ESP y ante esa circunstancia, hay que buscar quién podría hacer esa función de declarar la prestación

personal del servicio. Indica que el Ministerio recibió el archivo y si bien no es a quien se le debe pregonar la existencia del contrato de trabajo, lo cierto es que el despacho debió señalar cual es la entidad de ello. Sostiene que custodiar la documentación no es solamente colocar un vigilante al lado de los papeles, pues esa responsabilidad conlleva entre otras connotaciones, la expedición de los certificados y por ende, la declaratoria de la relación laboral debe recaer en la misma entidad.

Menciona que aquí lo que se demostró, es que se le perdieron los documentos al Ministerio de Minas o por lo menos, no logró probar que paso con ellos. Finalmente, afirma que las pruebas obrantes en el expediente no fueron objeto de estudio, cuando de las mismas se puede concluir los extremos laborales y salarios.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si entre el demandante y la ELECTRIFICADORA DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. – ELECTROSAN, después llamada Archipiélagos Power and Light Co S.A ESP hoy liquidada, existió un contrato de trabajo desde el 18 de febrero de 1971 hasta el 15 de diciembre de 1991 y si como consecuencia de ello, dado que la NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA de acuerdo a lo estipulado en el artículo 20 de la Ley 594 de 2000 y el Acuerdo 041 de 2002 expedido por el consejo directivo del Archivo General de la Nación, quedo con la obligación de custodia y conservación del archivo de dicha entidad, debe expedir una certificación de tiempo de servicio y salarios devengados en 1990 y 1991 por el actor, en los formatos implementados por el Ministerio de Hacienda y crédito Público para emisión de bono pensional.

Contrato de trabajo

Indica que la demandada MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA que revisadas las historias laborales de Archipiélagos Power and Light Co S.A ESP hoy liquidada que reposan en el archivo central de la entidad, no se

encontró información laboral del demandante, debido a que la historia laboral no le fue entregada durante el proceso de liquidación de la APL y que, por ello, no es dable expedir la certificación solicitada (fls. 14, 23 a 24 y 32 a 34)

Al respecto, se tiene que el Archivo General de la Nación en respuesta al derecho de petición elevado el 28 de agosto de 2009 (fl. 21), señaló:

“Así mismo, es claro que el deber de certificación respecto del ejercicio de funciones y actos derivados de la actividad de una entidad o autoridad pública no puede truncarse por el descuido administrativo con que ésta mantenga su archivo documental, sin embargo si dicha entidad declara que en su archivo no reposa documento que conlleve a generar dicha certificación, la misma no está obligada a lo imposible, por lo que el medio idóneo para conseguirlo es haciendo uso de la prueba supletoria o, en su lugar, recurriendo a la vía judicial para demostrar el tiempo exacto de trabajo al servicio, mediante la práctica de distintos medios probatorios y con las garantías procesales suficientes que, para el efecto, consagra ordenamiento jurídico vigente.”

Conforme a ello, el actor elevó sendos derechos de petición ante la demandada anexando para el efecto, los documentos que reposan en su poder relacionados con la relación laboral que afirma, tuvo con la ELECTRIFICADORA DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. – ELECTROSAN, después llamada Archipiélagos Power and Light Co S.A ESP hoy liquidada (fls. 12 y 17) y ante la negativa de la entidad de expedir el certificado en comento, acudió a la vía judicial a fin de obtener el mismo y que corresponde al presente asunto.

En ese orden de ideas, se tiene que a folio 3 se allegó original de la certificación expedida por Archipiélagos Power and Light Co S.A ESP hoy liquidada el 13 de julio de 2000, en la que hace constar que el accionante prestó sus servicios personales a la empresa desde el 18 de febrero de 1971 hasta el 15 de diciembre de 1991, desempeñando los cargos de ayudante electricista, electricista de primera, jefe división comercial, jefe de facturación y ventas y jefe del departamento de control y ventas.

En igual sentido, se aportó:

- Copia de la Resolución 229 del 12 de marzo de 1991 (fl. 4), a través de la cual ELECTROSAN le efectúa un reintegro por concepto de gastos médicos de su hija.
- Copia de la carta de renuncia elevada por el accionante el 13 de diciembre de 1991 (fl. 8), en la que manifiesta que renuncia a partir del 15 de diciembre de 1991.
- Copia del acta de acuerdo suscrita entre el accionante y ELECTROSAN el 13 de diciembre de 1991 (fl. 9), mediante la cual las partes acordaron culminar el contrato de trabajo por mutuo acuerdo y que la entidad le pagaría una bonificación por la suma de \$24.050.000.
- Copia de la liquidación definitiva de prestaciones sociales del demandante, en la que se evidencian los extremos de la relación laboral y los pagos efectuados por concepto de prestaciones sociales, primas extralegales y vacaciones.

Así mismo, dada la prueba de oficio decretada por el a quo, COLPENSIONES remitió copia del reporte de semanas cotizadas del señor Albarracín Álvarez (fls. 148 a 152), en el que aparecen cotizaciones efectuadas bajo el empleador ELECTROSAN del 1° de agosto de 1977 al 15 de diciembre de 1991.

Hechas las anteriores precisiones y en lo que a la naturaleza jurídica de la ELECTRIFICADORA DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. – ELECTROSAN, después llamada Archipiélagos Power and Light Co S.A ESP hoy liquidada, el artículo 1° del Decreto 33 de 1995, establece:

“NATURALEZA JURÍDICA. *La Electrificadora de San Andrés y Providencia, S.A., que en lo sucesivo se denominará Archipiélago's Power y Light Co. S.A.E.S.P., constituida por Escritura Pública número 596 del cinco (5) de marzo de 1974, otorgada ante la Notaría Trece (13) del Círculo de Santafé de Bogotá, es una sociedad de economía mixta por acciones, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, con personería jurídica, autonomía administrativa y con patrimonio propio.”*

Bajo ese entendido y de conformidad con parágrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, el régimen de estas sociedades será el de una empresa

industrial y comercial del estado, en la cual, según el Decreto 3135 de 1968 sus trabajadores tienen la calidad de Trabajadores Oficiales.

Conforme a ello, encuentra la Sala que se demostró la relación laboral que existió entre el demandante y la ELECTRIFICADORA DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. – ELECTROSAN, después llamada Archipiélagos Power and Light Co S.A ESP hoy liquidada, entre el 18 de febrero de 1971 y el 15 de diciembre de 1991, en el que aquel, ostento la calidad de trabajador oficial, desempeñando como último cargo el de jefe del departamento de control y ventas, con un salario a la culminación del vínculo de \$185.488 (fl. 10).

Lo anterior, teniendo en cuenta que la documental allegada por el accionante no fue tachada ni reargüida de falsa por ninguna de las partes, a más, que su contenido se acompasa con el reporte de semanas expedido por COLPENSIONES en el cual aparecen cotizaciones bajo el citado empleador. Indicios estos que conducen a determinar la existencia de la relación laboral alegada.

Certificación

Con base en lo expuesto y en la medida que no se discute que la NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA de acuerdo a lo estipulado en el artículo 20 de la Ley 594 de 2000 y el Acuerdo 041 de 2002 expedido por el consejo directivo del Archivo General de la Nación, quedo con la obligación de custodia y conservación del archivo de dicha entidad y por ende, es la encargada de expedir las certificaciones de tiempo de servicio y salarios de los ex trabajadores de la electrificadora, es por lo que se le ordenará, expida en los formatos destinados para ello por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, las certificaciones de tiempo de servicio y salarios devengados por el actor para los años 1990 y 1991 teniendo en cuenta lo aquí expuesto, además de la certificación laboral y liquidación final de prestaciones sociales allegadas por este a folios 3, 10 y 11 del plenario y que le fueron allegadas en su momento a la cartera ministerial en las

peticiones elevadas por el actor en las que solicitaba la expedición de las aludidas certificaciones.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la decisión de primera instancia y en lugar, se **DECLARARÁ** la existencia de la relación laboral alegada y la expedición de las certificaciones de tiempo de servicios y salarios en la forma antes anotada.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de la NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

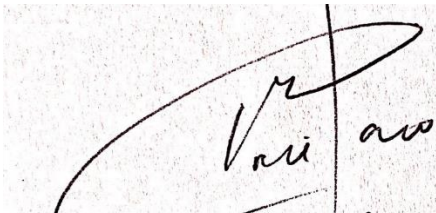
PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **DECLARAR** que entre el señor **ALFREDO ALBARRACÍN ÁLVAREZ** y la **ELECTRIFICADORA DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. – ELECTROSAN, después llamada Archipiélagos Power and Light Co S.A ESP hoy liquidada**, existió un contrato de trabajo entre el 18 de febrero de 1971 y el 15 de diciembre de 1991, en el que aquel, ostento la calidad de trabajador oficial, desempeñando como último cargo el de jefe del departamento de control y ventas, con un salario a la culminación del vínculo de \$185.488, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA** expida en los formatos destinados para ello por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, las certificaciones de tiempo de servicio y salarios devengados por el actor para los años 1990 y 1991, teniendo en cuenta la relación laboral declarada en el ordinal anterior, además de la

certificación laboral y liquidación final de prestaciones sociales allegadas por este a folios 3, 10 y 11 del plenario.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

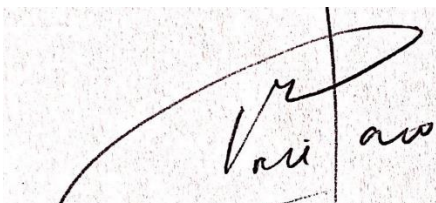


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, la suma de \$900.000



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – RICARDO ÁVILA SÁNCHEZ
contra ECOPETROL S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **RICARDO ÁVILA SÁNCHEZ**, se **condene** a ECOPETROL a reliquidarle los salarios, prestaciones legales y extralegales que esta reconoce a sus trabajadores, junto con el pago de la indemnización moratoria o indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 y 5), señaló que mediante contrato LEG-045-84 TERPEL DEL CENTRO y ECOPETROL acordaron la construcción y operación de la estación de Mariquita, Gualanday y el terminal de Neiva, para el transporte de los combustibles de propiedad de ECOPETROL y a través del contrato GTL-001-98 acordaron la construcción, adecuación y la prestación del servicio de operación y mantenimiento de las estaciones Gualanday y terminal de Neiva. Sostiene que la operación y mantenimiento de las estaciones de

bombeo es una actividad permanente que al accionada ejecuta con personal de base contratado a término indefinido. Afirma que, en los citados contratos, la accionada no le exigió a TERPEL el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la convención colectiva de trabajo pactada con la USO. Señala que a la fecha ha laborado para la empresa beneficiaria 15 años continuos, desempeñando el cargo de técnico mecánico, sin que se le reconozca y pague los salarios y prestaciones a que tienen derecho los técnicos mecánicos de ECOPETROL. Expone que la empresa ha celebrado varios contratos con ISMOCOL y a los trabajadores que laboran con esta, se les reconoce y paga los mismos salarios y prestaciones que la beneficiaria de la obra paga a sus trabajadores. Finalmente, menciona que desde el 1° de mayo de 2013 ECOPETROL asume directamente la operación e instalaciones de la estación Gualanday y Neiva, manteniendo el mismo giro de las actividades que realiza TERPEL.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

ECOPETROL S.A. contestó la demanda (fls. 315 a 329), en la que se opuso a las pretensiones de esta. Sobre los hechos, los niega y no le constan en su totalidad. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, inexistencia de la obligación, falta de causa y objeto de la litis, buena fe y cobro de lo no debido.

De otro lado, en auto del 12 de febrero de 2014 (fl. 792), se admitió el llamamiento en garantía formulado por la accionada respecto de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** y **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, la primera quien contestó el introductorio (fls. 806 a 813), oponiéndose a sus pretensiones. En cuanto a los hechos del llamamiento, los acepta. Propuso las excepciones de prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguros, inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo debido por parte del llamante en garantía al no estar amparadas en la garantía las posibles pretensiones de la demanda, no estar vigente las pólizas de seguro objeto del llamamiento en garantía, prescripción de las obligaciones, inexistencia de la obligación por falta del derecho alegado y buena fe.

A su turno, **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** contestó el libelo junto con el llamamiento, oponiéndose a estos (fls. 932 a 941). Respecto a los hechos de la demanda no le constan en su totalidad. Formuló las excepciones de mérito de sujeción de la cobertura a los términos y condiciones de la póliza de cumplimiento cuyo afianzado es la organización TERPEL, rechazo al llamamiento en garantía, prescripción e inexistencia de la solidaridad entre TERPEL y ECOPETROL.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de julio de 2018 (CD – fl. 986), **negó** las pretensiones de la demanda y en consecuencia, **absolvió** de las mismas a la demandada, **declaró** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa y objeto de la litis y cobro de lo no debido y **condenó** en costas al demandante en la suma de \$700.000 para cada una de las demandadas.

Fundamentó su decisión, indicando que el 10 de diciembre de 1984 entre ECOPETROL y TERPEL DEL CENTRO se celebró un contrato en virtud del cual esta última se obligó para con la primera a construir con sus propios medios mediante la utilización de su propio personal, las estaciones de bombeo del poliducto, Mariquita, Gualanday y terminal Neiva y según el texto del referido contrato, el mismo establece una relación netamente comercial sometido al régimen de derecho privado y por ende, no establece entre ECOPETROL y sus contratistas vínculo laboral alguno y en consecuencia, el personal que nombre el contratista será nombrado y removido por este quien asume el pago de prestaciones y salarios de su personal. Refiere que el 20 de enero de 1988 se celebró un contrato de prestación de servicios entre ECOPETROL y TERPEL DEL CENTRO para la remodelación y mantenimiento de la estación Gualanday y terminal Neiva, mediante el cual esta última se obliga a cumplir con la normatividad laboral que resultare aplicable durante la vigencia del contrato y declara que no existe relación laboral ni subordinación entre sus empleados y ECOPETROL o entre los empleados del sub contratista y esta, al igual que a relación laboral y los acuerdo colectivos que realice TERPEL DEL CENTRO con sus empleados o sub contratistas serán de exclusiva

responsabilidad de esta y no vinculan a la empresa de petróleos y atenderá cualquier reclamación laboral que surja. Sostiene que el 16 de marzo de 1998 se celebró un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y TERPEL DEL CENTRO en virtud del cual se vinculó al demandante para laborar como obrero en la estación de bombeo Gualanday y el 21 de enero de 2013, la dirección de compensación y administración de personal de la ORGANIZACIÓN TERPEL S.A. hizo constar que el actor está vinculado con ella mediante contrato de trabajo desde el 16 de marzo de 1998 y en ese momento desempeñaba el cargo de técnico de mantenimiento y proyectos. Menciona que de lo anterior se colige que el accionante es trabajador del TERPEL DEL CENTRO S.A. contratista de ECOPETROL y por ende, la única empresa obligada a pagarle la remuneración, pues no existe una prueba que permita inferir que es la empresa de petróleos la que remunera directamente la labor del trabajador o la que ejerce los actos propios de subordinación de un empleador, luego si lo que se pretendía era que el empleador cancelara los mismos salarios que ECOPETROL paga a sus trabajadores por beneficiarse esta de la actividad que desarrolla el demandante, pero no por ese hecho adquiere el carácter de empleadora, tendría que haberse planteado la demanda en términos distintos y dirigirse las pretensiones contra la directa empleadora y solidariamente contra ECOPETROL y no podría el despacho haber interpretado la demanda con un sentido distinto ni haber vinculado al proceso a la directa empleadora, pues desde el principio fue claro que lo que se pretendía era que se condenara a la demandada a pagar salarios sin ser el empleador del accionante en los términos en que se formuló la demanda y si bien la accionada solicitó la vinculación de TERPEL la solicitud se entendió desistida por no haberse efectuado el trámite de notificación correspondiente y más allá, no era esta quien debía solicitar la vinculación de quien consideraba la verdadera empleadora, pues el deber del actor era formular la demanda en debida forma, en tanto es claro que la única pretensión era que se condenara a la pasiva al pago de unos salarios sin ser la empleadora y entender la demanda en un sentido distinto, implicaba que reformara en su totalidad las pretensiones de la misma aun si se hubiera vinculado a TERPEL, motivo por el cual, señala, se deben negar las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que el despacho se equivoca al indicar que por haber demandado a ECOPETROL tenía que demostrar que era trabajador de esta, pues si hubiese sido trabajador de esta, no habría necesidad de haberla demandado, en tanto estaría obligada a cancelarle los salarios y prestaciones establecidas en la convención colectiva de trabajo. Aduce que al demandar a la accionada lo hace en virtud del principio de solidaridad que por ley, debe responder debido a que si celebra un contrato con TERPEL para realizar actividades propias de la industria del petróleo, estaba obligado a pagarle todos los salarios y prestaciones legales y extralegales establecidas en la convención colectiva de trabajo porque así lo señala el Decreto 0284 de 1957 y la Resolución reglamentaria 0644 de 1959 y así lo prevé el artículo 2° de la convención colectiva de trabajo, de ahí que al ser contratado por TERPEL para ejecutar esas actividades propias de la demandada, por lo que al negársele las pretensiones, se viola el Decreto 2719 de 1998 y el artículo 1° numeral 6° del Decreto 3164 de 2003.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión conforme al recurso impetrado, determinar si el demandante tiene derecho a que ECOPETROL le pague los salarios, prestaciones legales y extralegales que esta reconoce a sus trabajadores, en virtud de la solidaridad de que trata el artículo 34 del CST.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existe entre el demandante y TERPEL DEL CENTRO S.A. hoy ORGANIZACIÓN TERPEL S.A., conforme se infiere de la copia del contrato de trabajo y de la certificación que militan a folios 14 y 168 del expediente, de donde se colige que el señor RICARDO ÁVILA SÁNCHEZ trabaja para dicha empresa desde el 16 de marzo de 1998, desempeñando para enero de 2013 e

técnico mantenimiento y proyectos, con un salario a esa data de \$1.767.400.

Aclarando que en el expediente no obra prueba que la relación laboral haya culminado, por lo que se entiende que a la fecha la misma continua vigente.

Pago de salarios, prestaciones sociales legales y extralegales

A folios 18 a 27, obra contrato LEG-045-84 suscrito entre ECOPETROL y TERPEL DEL CENTRO S.A. el 10 de diciembre de 1984, el cual tiene por objeto, que el contratista se obliga para con ECOPETROL, a construir por sus propios medios mediante la utilización de su propio personal las estaciones de bombeo del poliducto Mariquita – Gualanday – Neiva.

Así mismo, se allegó contrato de prestación de servicios suscrito entre las sociedades en comento, para la remodelación y mantenimiento de la estación Gualanday y terminal Neiva, consistente en el otorgamiento de la disponibilidad permanente de la capacidad de diseño de la instalación y la operación de la misma para ECOPETROL y la transferencia de la propiedad de TERPEL DEL CENTRO a aquella, en la fecha de terminación contractual (fls. 28 a 48).

Poliducto que desde el 1° de mayo de 2013 es operado por la vicepresidencia de operación y mantenimiento de transportes de ECOPETROL, según lo manifestado por el representante legal de la demandada en el informe escrito rendido bajo juramento (fls. 974 a 976), quien además señaló, que los productos por el poliducto con entrega al paso en la Terpel Mariquita, no son propiedad de la empresa, sino de los distribuidores mayoristas, al igual que esa estación no es operada por la entidad.

Hechas las anteriores precisiones, se tiene que el artículo 1° del Decreto 284 de 1957, dispone:

“Cuando una persona natural o jurídica dedicada a los ramos de exploración, explotación, transporte o refinación de petróleos realice las labores esenciales y propias de su negocio o de su objeto social mediante el empleo de contratista independiente, los trabajadores de éstos gozarán de los mismos salarios y prestaciones a que tengan derecho los de la empresa beneficiaria en la respectiva zona de trabajo, de acuerdo con lo establecido en las leyes, pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.

Son labores propias de la exploración, explotación, transporte y refinación del petróleo, los trabajos geológicos, geofísicos, de perforación con taladro de extracción y almacenamiento del crudo y los de construcción, operación y mantenimiento de oleoductos y refinería y todas aquellas otras que se consideren esenciales a la industria del petróleo.

Si los contratistas independientes no tuvieran los elementos adecuados para atender a las referidas prestaciones, podrán convenir con la empresa beneficiaria que ésta las atienda por cuenta de aquéllos. Si no fue ello posible, los contratistas deberán compensar en dinero a sus trabajadores el valor de las prestaciones que no pudieren atender, previa autorización del Gobierno.”

Norma que fue reglamentada por los Decretos 2719 de 1993 y 3164 de 2003, éste último, en su artículo 1°, señala:

“Para los efectos del artículo 1° del Decreto 284 de 1957, constituyen labores propias y esenciales de la industria del petróleo las siguientes:

- 1. Los levantamientos geológicos, geofísicos, geodésicos, topográficos, destinados a la exploración y evaluación de yacimientos de hidrocarburos.*
- 2. La operación de perforar pozos de hidrocarburos desde el inicio de la perforación hasta la terminación, completamiento o taponamiento del mismo.*
- 3. La operación y reacondicionamiento de pozos de hidrocarburos.*
- 4. La operación técnica de cerrar y abandonar un pozo que haya servido para la explotación de hidrocarburos, incluyendo los de inyección de fluidos para recuperación secundaria, pozos inyectoros de aguas residuales u otro cualquiera requerido para el manejo y desarrollo del campo.*
- 5. La operación de los sistemas de recolección, separación, tratamiento, almacenamiento y transferencia de hidrocarburos.*
- 6. La operación del sistema de bombeo y tuberías que conducen los hidrocarburos hasta los tanques de almacenamiento, y desde ahí a los puntos de embarque o de refinación.*

7. La operación de facilidades de levantamiento artificial y las instalaciones de recuperación secundaria y terciaria de petróleo.

8. La operación de los sistemas de tratamiento térmico, eléctrico y químico que permitan hacer más fácil o económico el bombeo de petróleo.

9. La construcción, control, operación y mantenimiento técnico de los equipos y unidades de procesos propias de la refinación del petróleo.

10. La construcción, operación y mantenimiento técnico de las tuberías, tanques y bombas para transporte de petróleo crudo, productos intermedios y finales de las refinerías.”

De donde se colige, que el objeto de los contratos en comento se encuentra dentro de las labores propias y esenciales de la industria del petróleo, esto es, las contenidas en los numerales 6° *“La operación del sistema de bombeo y tuberías que conducen los hidrocarburos hasta los tanques de almacenamiento, y desde ahí a los puntos de embarque o de refinación.”* y 10° *“La construcción, operación y mantenimiento técnico de las tuberías, tanques y bombas para transporte de petróleo crudo, productos intermedios y finales de las refinerías.”*, de las normas antes citadas; luego es claro que el demandante, al haber sido contratado para prestar sus servicios en la estación de bombeo Gualanday (fl. 14), tenía derecho a que sus salarios y prestaciones sociales le fueran canceladas por TERPEL en calidad de empleador, conforme ECOPETROL se las paga a sus trabajadores.

Solidaridad

Sobre el tema, el artículo 34 del CST señala:

“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.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.”

De la norma en comento, se extrae que el beneficiario o dueño de la obra es solidario con el contratista respecto del valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar, así, el responsable solidario es un garante de las obligaciones que corresponden al empleador.

No obstante, en aras de establecer dicha solidaridad se hace necesario contar con la presencia del empleador, máxime si en este caso, debe determinarse las obligaciones en cabeza de este y que, en virtud de la aludida figura, el responsable solidario entraría a garantizar su pago.

Lo anterior encuentra sustento, en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2087 del 17 de junio de 2020, en la que hace alusión a la SL 12234 de 2014 que reiteró la decisión 29522 del 28 abril de 2009 y 25323 del 12 de septiembre de 2006, al indicar:

“La Corte en la sentencia CSJ SL 12234-2014, en la que reiteró la decisión CSL SL 28 abr. 2009, rad. 29522, dijo que es necesaria la comparecencia del verdadero empleador cuando quiera que se pretenda imponer obligaciones generadas en la relación laboral, salvo que se encuentre inequívocamente demostrada una obligación clara y actualmente exigible en cabeza de aquel, ya sea a través de un acta de conciliación o una sentencia judicial. Así, reiteró que se exige la constitución del litis consorcio necesario entre el deudor solidario y el empleador, cuando la pretensión de la demanda es establecer lo que se le adeuda al trabajador derivado del contrato de trabajo.

En tal sentido, en esa oportunidad la Sala determinó que habrá litis consorcio facultativo cuando exista certeza de lo debido, razón por la que el trabajador - o sus causahabientes - pueden demandar al obligado principal como al solidario o, si lo prefiere, solo al segundo, pues en este caso ya existe una obligación clara, expresa y exigible de la cual se pueda reclamar una eventual solidaridad. Así lo explicó:

[...] En sentencia CSL SL 28 abr. 2009, rad. 29522, esta Sala de la Corte adocrinó:

[...] basta remitirse a lo precisado en pronunciamiento del 12 de septiembre de 2006, radicación 25323 al analizar similar acusación, en los siguientes términos:

Aspecto central materia de la controversia es el relativo a la obligación que es objeto de la solidaridad legal reclamada en el sub lite -la del socio con su sociedad- que, para precisarlo de partida, es la causada por la vinculación laboral del trabajador frente al empleador, quien es el responsable directo de la obligación; corolario de tal afirmación es que la que se exige del solidario, no es deuda autónoma o diferente de aquella; lo que la ley manda garantizar con el pago es la debida por el empleador.

Tal premisa tiene repercusiones procesales en que la demanda judicial orientada a la determinación de la existencia de la obligación, necesariamente, ha de comprender al empleador como responsable directo del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

La doctrina de la Sala ha sido reiterativa en exigir la constitución del litis consorcio necesario entre el deudor solidario y el empleador, cuando la pretensión de la demanda es establecer lo que se le adeuda al trabajador por su relación laboral. Ha dicho la Sala:

La Corte ha señalado que cuando se demanda al deudor solidario laboral –específicamente por la condición de beneficiario o dueño de la obra- debe ser también llamado al proceso el empleador. En sentencia de 10 de agosto de 1994, Rad. N° 6494 dijo la Corte:

a) El trabajador puede demandar solo al contratista independiente, verdadero patrono del primero, sin pretender solidaridad de nadie y sin vincular a otra persona a la litis.

b) El trabajador puede demandar conjuntamente al contratista patrono y al beneficiario o dueño de la obra como deudores. Se trata de una litis consorcio prohijada por la ley, y existe la posibilidad que se controvierta en el proceso la doble relación entre el demandante y el empleador y éste con el beneficiario de la obra, como también la solidaridad del último y su responsabilidad frente a los trabajadores del contratista independiente.

c) El trabajador puede demandar solamente al beneficiario de la obra, como deudor solidario si la obligación del verdadero patrono, entendiéndose como tal al contratista independiente ‘existe en forma clara expresa y actualmente exigible, por reconocimiento incuestionable de éste o porque se le haya deducido en juicio anterior adelantado tan sólo contra el mismo’.

Este principio formulado por la Corte frente al beneficiario o dueño de la obra tiene cabal aplicación para cuando se convoca al proceso al intermediario laboral, pues su razón es la de una calidad que es común a aquéllos y a éste: deudor solidario de las obligaciones con trabajadores del empleador; ciertamente si lo que se persigue con el proceso es la existencia de la deuda, la unidad del objeto no puede ser rota; con el deudor solidario debe ser siempre llamado el empleador, quien es el primero que debe responder por los hechos que originan o extinguen la obligación reclamada.

Lo anterior no es óbice para que, como lo indica la Sala en la sentencia reseñada, el trabajador escoja entre cualquiera de los obligados para

exigir el pago de una obligación, una vez ésta ya ha sido establecida” (sentencia de mayo 10 de 2004, rad.22371).

El litis consorcio necesario se ha de constituir en todo proceso en el que además de determinar la existencia de unas acreencias laborales a favor del trabajador, se persiga el pago de la condena por parte de cualesquiera de las personas sobre las que la ley impone el deber de la solidaridad’.

De esta manera, el responsable principal de las deudas laborales ha de ser siempre parte procesal cuando se pretenda definir la existencia de las deudas laborales; y ello es condición previa, en caso de controversia judicial, para que se pretenda el pago de la misma, en el mismo proceso o en uno posterior; los deudores solidarios, a su turno, han de ser necesariamente partes procesales en los procesos que tengan por objeto definir la solidaridad, esto es, si se dan o no los presupuestos para declarar tal responsabilidad solidaria frente a la deuda laboral, reconocida por el empleador, o declarada judicialmente en proceso, se repite, anterior o concomitante.

En el proceso que persiga declarar la existencia de la obligación laboral no se requiere vincular – nada se opone a que voluntariamente se haga- a un deudor solidario, por cuanto el objeto es definir el contenido de las obligaciones de una relación jurídica de la que no es parte, y por lo mismo, no hay lugar a excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación conducentes a impedir su existencia.

Cuando se persiga hacer valer la solidaridad sin que se hubiere establecido la deuda en acta conciliatoria o proceso judicial, se debe constituir litis consorcio necesario con el deudor principal [...] (subrayado fuera del texto).

En ese orden de ideas, no puede entonces establecerse la solidaridad deprecada y por ende, proferir dado el caso, condena alguna en contra de ECOPETROL, pues para ello, era indispensable contar con la presencia de TERPEL en calidad de empleador del demandante, habida cuenta que es sobre esta en quien recaen las obligaciones derivadas del contrato de trabajo y por ende la posible deudora principal, máxime si estas aún no se encuentran determinadas, pues el presente asunto data precisamente de establecer cuáles son los rubros que se le adeudan al trabajador.

Sin que en este caso pueda hablarse que existe en cabeza de TERPEL una obligación clara, expresa y exigible como para inferir, que se puede determinar la solidaridad de ECOPETROL sin la comparecencia de aquella, pues no existe una obligación determinada hasta ahora a cargo del empleador, respecto de los salarios y prestaciones sociales que debió pagarle conforme la empresa de petróleos lo hizo con sus trabajadores.

Así las cosas, como quiera que no se puede proferir condena alguna en contra de ECOPETROL como deudora solidaria sin antes determinar las obligaciones a cargo del deudor principal en este caso, TERPEL en calidad de empleador, el cual, no fue vinculado al proceso y cuya comparecencia no fue objeto de reparo por el apelante al punto que sobre este no se formuló pretensión alguna lo que impide a la sala efectuar un pronunciamiento de fondo sobre los salarios y prestaciones a cargo de este; es por lo que, sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo del demandante.

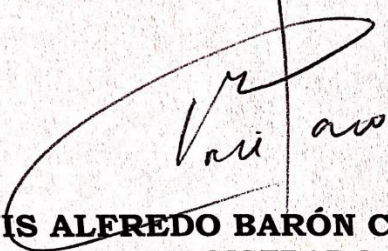
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

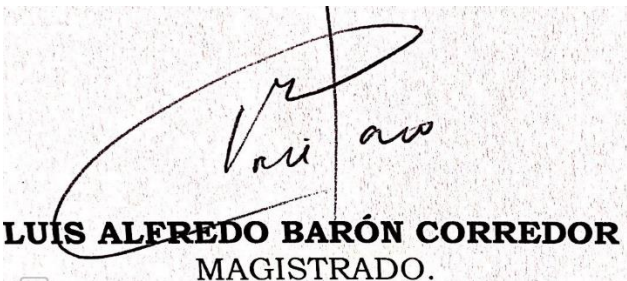
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante, la suma de \$300.000



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – JESÚS ABEL ÁVALO MUÑOZ
contra SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JESÚS ABEL AVALO MUÑOZ**, se **declare**, que debió afrontar una afección involuntaria, que la demandada se negó a solucionarle en forma oportuna, por lo que debió en su totalidad y de su propio peculio, las sumas necesarias para la colocación de la endoprótesis de aorta abdominal que requirió debido a su grave estado de salud. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a SALUDCOOP EPS al pago de \$51.175.000 producto del tratamiento que debió practicársele, junto con la indexación de la referida suma, más las costas del proceso (fl. 28).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 19 a 22), señaló que se encuentra afiliado a SALUDCOOP EPS en calidad de cotizante independiente desde el 24 de mayo de 2001. Refiere que desde septiembre de 2010 empezó a presentar serios quebrantos de salud y el 4 de octubre de ese mismo año, acudió a la especialidad de ortopedia, cirugía vascular y

angiología debido a que presentaba dolor lumbar, posteriormente en el mes de diciembre, el médico general le dio una orden para valoración por urología y dermatología, al igual que dado el resultado de la ecografía, se encontró la presencia de una aneurisma de la aorta, pero a pesar de ello y de los síntomas asociados a esta, no fue remitido al especialista como él lo había sugerido. Sostiene que el 19 de enero de 2011, acudió nuevamente al médico general con ocasión de los mismos síntomas y llevó nota de recomendación dada por el cardiólogo que lo atiende de manera particular en la cual se hace sugerencia de realizar de manera urgente una resonancia para descartar el sangrado como origen del dolor que ha presentado, por lo que médico ordenó valoración prioritaria por medicina interna debido a que presentaba signos y síntomas de alarma. Expone que ante la falta de diligencia del personal médico de la EPS que lo atendió, continuó con los dolores y quebrantos de salud, por lo que decidió consultar al cardiólogo particular quien por segunda vez le envía una nota a SALUDCOOP EPS en la que indica que necesita una cirugía urgente. Expone que acudió a la EPS a solicitar lo sugerido por el cardiólogo, donde le manifestaron que no podían hacer nada porque los servicios habían sido prescritos por un médico no adscrito a la EPS. Menciona que ante la negativa de la entidad y dado su grave estado de salud, tuvo que ser intervenido en forma prioritaria el 4 de febrero de 2011 en la Fundación Valle de Lili en la ciudad de Cali – Valle, en donde se le realizó la colocación de endoprótesis de aorta abdominal con extensiones a ambas iliacas, debido a que presentaba disección de la aorta, para lo cual recurrió a varios préstamos con el fin de poder sufragar los gastos médicos, los cuales ascendieron a \$51.175.000. Afirma que tuvo que sufragar los gastos médicos de su propio peculio, ante la negativa de la EPS en proporcionarle el tratamiento adecuado para su patología, pues las consecuencias de no operar un aneurisma de aorta son graves y generalmente producen la muerte. Indica que a la fecha SALUDCOOP no le ha respondido respecto de la solicitud de reembolso presentada el 30 de junio de 2011. Finalmente, aduce que producto de la cirugía le otorgaron 30 días de incapacidad y a la fecha aún se encuentra delicado de salud.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

SALUDCOOP EPS hoy en liquidación contestó la demanda (fls. 105 a 124), en la que se opuso a las pretensiones de esta. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 y 12 y niega y no le constan los demás. Como excepciones de fondo propuso las de incumplimiento de los requisitos legales para la procedencia del desembolso e improcedencia de autorizar servicios en IPS con los que las EPS tienen convenio.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 2 de junio de 2017 (CD – fl. 330), **condenó** a la demandada a reconocer y pagar al demandante la suma de \$51.175.000 debidamente indexada, por concepto de los gastos médicos en que tuvo que incurrir y **condenó** en costas a la demandada fijando como agencias en derecho la suma de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Fundamentó su decisión, indicando que el artículo 14 de la resolución 5261 de 1994 señala los casos en que procede el reembolso de gastos médicos y el término que tiene el paciente para presentar la misma ante la EPS, coligiendo que en el presente caso, la entidad tenía conocimiento del estado de salud del demandante, conforme se infiere de la copia de la historia clínica y de la comunicación del Dr. Alejandro Granja dirigida a SALUDCOOP EPS en donde manifiesta la urgencia que tenía el actor en la atención médica, luego no puede desconocer la demandada que tenía pleno conocimiento de la situación grave que presentaba el accionante y que pese a ello, no se le dio el tratamiento en este caso cirugía, que requería de carácter urgente. Sobre el término que tenía el accionante para elevar la solicitud de reembolso ante la EPS, la Corte Constitucional ha señalado que el plazo contenido en la resolución referida no puede entenderse como un término prescriptivo de la obligación, pues este es netamente para efectos administrativos, por lo que el incumplimiento del mismo no puede tener como consecuencia la pérdida del derecho al usuario de obtener el reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le concurren y bajo ese entendido, señala

que hay lugar a acceder al reembolso solicitado en la suma de \$51.175.000, lo cuales se deberán cancelar debidamente indexados.

APELACIÓN

La demandada interpuso recurso de apelación, manifestando que todo reembolso debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994 y según de o los hechos de la demanda, el actor fue intervenido el 4 de febrero de 2011 y la solicitud de reembolso se elevó el 30 de junio de la misma anualidad, es decir, cuando había vencido la oportunidad para hacerlo; al igual que también se observa una improcedencia de autorización de servicios entre IPS con las que la EPS tiene convenio, pues de la historia clínica aportada se desprende que el accionante acudió por sus propios medios a la FUNDACIÓN VALLE DE LILI sin la autorización o remisión de la EPS, por lo que no está obligada al reembolso de esos gastos. Sostiene que la obligación de la EPS se circunscribe en garantizar la prestación del servicio a través de las instituciones que firman parte de su red de servicios de manera que, si el usuario o su familia deben acudir a entidades particulares, deberán hacerse cargo de los gastos que ello le demande. Menciona que debe traerse a colación el artículo 1° de la citada resolución, donde dice que las EPS son responsables de la prestación de servicios incluidos en el POS por intermedio de las IPS con las que establece convenios para el efecto y excepcionalmente los afiliados al régimen contributivo pueden recibir atención médica en IPS no adscritas a sus respectivas IPS en caso de atención a urgencias, cuando reciban autorización expresa por parte de la entidad para recibir un servicio específico la entidad o cuando se demuestre la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar el servicio y bajo ese entendido, la EPS tiene la libertad de escoger con que IPS presta el servicio.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante tiene derecho a que SALUDCOOP EPS le reembolse la suma de \$51.175.000 por concepto de

los gastos médicos en que incurrió producto de la cirugía que se le practicó en la FUNDACIÓN VALLE DE LILI, consistente en la colocación de endoprótesis, debido a la aneurisma de aorta abdominal que padece.

Reembolso de gastos médicos

Al respecto, se tiene que para la procedencia del reconocimiento de los gastos en que haya incurrido un afiliado por concepto de servicios médicos, el mismo deberá acreditar alguno de los presupuestos establecidos en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994 emanada del Ministerio de Salud, a saber:

“Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.”

Al constatar si se presenta alguno de los presupuestos establecidos en la norma en cita para acceder al reembolso solicitado, se tiene que el demandante acudió al servicio de urgencias donde fue atendido por el médico general los días 6 de septiembre, 4 de octubre y 29 de diciembre de 2010 por dolor abdominal, para lo cual se le recomendó manejo y valoración vascular, por dilatación aneurismática vascular de aorta abdominal, al igual que en la última consulta se le dio orden para valoración por dermatología y urología, con recomendaciones de no sobre esforzarse y acudir al servicio de urgencias en caso de signos y síntomas de alarma (fls. 54 a 56).

Posteriormente el 19 de enero de 2011 (fl. 59), acudió al médico con nota del cardiólogo – internista particular del 18 de enero de 2011 (fls. 67 y 68), en el que sugiere resonancia para descartar sangrado debido a la aneurisma que padece, para lo cual el médico que lo atendió a través de la IPS ordenó valoración prioritaria por medicina interna.

Luego, el 1° de febrero de 2011 (fl. 83), el Dr. Alejandro Granja Martínez cardiólogo e internista particular que atiende al demandante por sus problemas de corazón, realizó nota con destino a SADLUCCOOP EPS en la que remite al accionante para manejo interhospitalario por sufrir deserción aórtica en aorta de aneurisma, ameritando cirugía urgente previo cateterismo.

Finalmente, teniendo en cuenta lo expuesto por el citado médico, el 2 de febrero de 2011 el accionante acudió a la FUNDACIÓN VALLE DE LILI (fls. 244 a 272), donde se le realizó una endoprótesis de aorta abdominal con extensiones a ambas iliacas.

Conforme a ello, encuentra la sala que la accionada sabía de la condición de salud del actor, al punto que este acudió en tres oportunidades al servicio de urgencias por el dolor abdominal que presentaba debido a su patología, a lo que ésta a través de la IPS, en esas oportunidades lo valoró únicamente por medicina general, remitiéndolo para otras especialidades pese a que el cardiólogo – internista al que el acudía de forma particular, le advirtiera en dos ocasiones a la EPS la gravedad de la enfermedad del accionante, tan así, que en la segunda ocasión sugirió una cirugía urgente, lo que conllevó a que este acudiera a la FUNDACIÓN VALLE DE LILI a que se le practicara la misma, sufragando los gastos de su propio peculio.

Circunstancias estas que denotan un actuar negligente por parte de SALUDCOOP EPS, respecto de las obligaciones que tenía con el señor Avalo Muñoz, demostrándose así, una de las causales para que proceda el reembolso, esto es, “...*negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios*”.

Ahora, en lo que se refiere al término que tenía el actor para solicitar el reembolso por gastos médicos; el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, en lo pertinente señala:

“La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo

cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente.”

Término este que, como lo indicó el a quo, solo es aplicable para el trámite administrativo que se debe surtir ante la EPS, sin que el mismo pueda equipararse a la prescripción, luego el hecho que el actor haya solicitado ante la demandada el reembolso de los gastos médicos 4 meses después que le fue practicada la cirugía (4 de febrero – 30 de junio de 2011), no le impedía acudir a la jurisdicción a solicitar su pago, pues en este evento se aplica el término prescriptivo de que trata el artículo 151 del CPL, el cual, sea de paso advertir no se analizará, en tanto la demandada no propuso la excepción de prescripción y en los términos del artículo 282 del CGP, esta no se puede declarar de oficio.

Finalmente, respecto al monto objeto de condena este Tribunal no se pronunciará al respecto, en tanto la accionada no presentó reparo alguno sobre ello.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo de SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN.

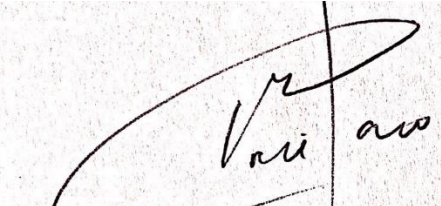
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

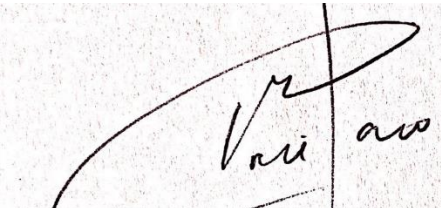


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN, la suma de \$900.000



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GONZALO ALFREDO CEDIEL
ROJAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **GONZALO ALFREDO CEDIEL ROJAS**, se **declare** que se encuentra en régimen de transición, aplicando para su prestación Ley 71 de 1988 y sus decretos reglamentarios, se **declare** que le monto pensional corresponde a la suma de \$3.750.000 siempre que se tome el IBL del último año de servicio, pensión efectiva a partir del 1° de mayo de 2015, de forma **subsidiaria** solicita se **declare** que el monto pensional corresponde a la suma de \$3.130.605 con los 10 últimos años aplicando hasta las cotizaciones del 28 de febrero de 2016, que no han sido incluidas por la entidad demandada. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a COLPENSIONES a pagar el retroactivo pensional de las mesadas causadas y no pagadas entre la fecha de efectividad que se declare 1° de mayo de 2015 o desde la fecha en que se pruebe en el proceso hasta el 31 de marzo de

2017 día anterior a la fecha en que le fue reconocida la prestación, se condene a la demandada a pagarle los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre el valor del retroactivo y hasta que se verifique su pago, de forma **subsidiaria** se **condene** a la indexación, se **condene** a la demandada al pago del retroactivo de las diferencias entre la pensión inicialmente reconocida y la pensión a reliquidar debidamente indexada, se condene ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 2 v/to y 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2), señaló que COLPENSIONES mediante resolución SUB 15466 del 21 de marzo de 2017 le reconoció la pensión de vejez con una tasa de remplazo del 75% efectiva a partir del 1° de abril de 2017 en cuantía de \$2.881.529, tomando como última cotización 30 de abril de 2015, refiere que la entidad demandada omite al ser una pensión por aportes Ley 71 de 1988 la posibilidad de liquidar con el último año de servicios, así mismo no se tuvo en cuenta que la Ley 71 de 1988 no fue derogada por la Ley 100 de 1993, por el contrario, fue reglamentada por el Decreto 2709 de 1994, que al tomarse el IBL del último año a la fecha de la última cotización 31 de mayo de 2015, permite una pensión de \$3.750.000, desconociendo la demandada que la pensión debía ser efectiva desde esa fecha, que la entidad tampoco incluyó los periodos trabajados con la empresa MEGAVIAL S.A.S. entre el 08/2013 al 01/2014 y 05/2015 al 02/2016, que el monto de la pensión con los citados periodos corresponde a una pensión en cuantía de \$3.150.605, que la entidad omite que si se toma como última cotización el ciclo 04/2015 debería pagar el retroactivo desde el 1° de mayo de 2015 junto con los intereses de mora, que no puede tenerse en cuenta la obligación de retiro contenido en el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, por cuanto la pensión se reconoció bajo lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, que el 19 de septiembre de 2017 solicitó la reliquidación de la pensión la cual se negó en resolución SUB 204186 del 25 de noviembre de 2017.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 83/86), en la que se opuso a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos

los numerales 1, 3 a 5, 20 a 23 y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 28 de agosto de 2018 (CD – fl. 107), **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante la suma de \$8.500.342 por concepto de las mesadas pensionales causadas entre el 12 de enero al 31 de marzo de 2017, en virtud de la modificación de la fecha de disfrute, advirtiendo que deberá pagarse de manera indexada, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante la diferencia de las mesadas pensionales causadas entre el 1° de abril de 2017 al 31 de agosto de 2018, en la suma de \$10.510.976, advirtiendo que debe pagarse de manera indexada, **absolvió** de las demás pretensiones y **condenó** la en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que, el 17 de enero de 2017 se había elevado solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, la cual había sido resuelta de manera positiva donde se había determinado que era beneficiario del régimen de transición aplicando lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, efectiva a partir del 1° de abril de 2017.

En cuanto a la reliquidación con el último año de servicios, estableció el sentenciador que tal solicitud no era procedente conforme lo tenía establecido la CSJ Sala de Casación Laboral desde la expedición de la sentencia con radicado No. 39127 del 4 de mayo de 2011, en donde se ha dicho que para calcular el IBL de las pensiones reconocidas bajo el régimen de transición se debe hacer conforme al artículo 21 e inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a los ciclos solicitados con el empleador MEGAVIAL SAS correspondientes del 08/2013 al 01/2014 y del 05/2015 al 02/2016, indicó

que había sido afiliado por éste al sistema de seguridad social a partir del 1° de agosto de 2011, no evidenciándose dentro de la historia laboral los aportes solicitados, frente a lo cual COLPENSIONES había reconocido que no obraba novedad de retiro, como que no se habían hecho los respectivos pagos, por lo cual se presumía que había continuado vigente la relación laboral, razón por la cual debían ser reconocidos, pues adicionalmente obra dentro del expediente acuerdo de transacción con dicho empleador en la cual se señalaba que la relación laboral terminó en el año 2016, así mismo se indicaba que el salario devengado desde el año 2013 correspondió a la suma de \$5.00.000.

En cuanto a la fecha de disfrute adujo el fallador que, si bien para el momento de la solicitud pensional acreditaba la totalidad de los requisitos para acceder al derecho pensional, no había lugar a modificar la fecha de disfrute para el momento del último aporte, sino a partir del momento en que se había hecho oponible el derecho ante la entidad demandada, esto es para el momento de la solicitud.

Frente a los intereses moratorios, refirió que no había lugar a su reconocimiento en cuanto al retroactivo, teniendo en cuenta que la entidad había reconocido el derecho a partir del 1° de abril de 2017, porque no se había acreditado los requisitos de desafiliación al sistema y el reconocimiento se había dado conforme a la interpretación jurisprudencial, en tanto, en sede administrativa se había apegado a los efectos normativos para su reconocimiento y en cuanto a los intereses frente a la reliquidación pensional adujo que sobre los mismos no había lugar conforme lo tenía por sentado la CSJ Sala de Casación Laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación de manera parcial argumentando que el Decreto que reglamenta la Ley 71 de 1988 fue expedido el 13 de abril de 1994, una vez entrado en vigencia la Ley 100 de 1993, donde pudo haber hecho la advertencia hacía a donde aplicaba y para quienes aplicaba la norma, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que precisamente refiere que la derogatoria de las normas anteriores, no es

especifica en señalar que se dejó sin efectos la Ley 71 de 1988, pudiendo haber dicho que la derogaba en su totalidad, por lo que al existir 2 normas posibles de aplicar, esto es el Decreto 2709 de 1994 y la Ley 100 de 199, debe darse aplicación al principio “*in dubio pro operario*” y en consecuencia, darle aplicación a la norma más favorable, en ese sentido liquidarse la pensión con lo percibido durante el último año.

Solicita también que la fecha de efectividad de la pensión lo sea a partir de la última cotización al sistema, teniendo en cuenta de la CSJ Sala de Casación Laboral donde refiere que existen otros elementos que infieren actos de voluntad de retiro. Así mismo, se podía observar del expediente administrativo que había existido una petición por parte del demandante de fecha 27 de julio de 2016, en la cual se pedía actualización de su historia laboral.

También solicita el reconocimiento de intereses moratorios, teniendo en cuenta que el actor venía haciendo algunas actuaciones ante la entidad, frente a lo cual la demandada había podido requerir al empleador para el correspondiente recobro y no lo hizo.

La **Parte demandada** también interpuso recurso de apelación a fin de que sea revisada la liquidación efectuada en primera instancia, teniendo en cuenta que COLPENSIONES había tuvo en cuenta hasta la última cotización sin que se observará periodos en mora por parte del empleador, razón por la cual no se realizó el correspondiente recobro, observándose que existieron cotizaciones interrumpidas sin que sea dable que hubiera existido una relación laboral.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

En consonancia con los recursos de alzada y en grado jurisdiccional en consulta a favor de COLPENSIONES en los aspectos no recurridos, corresponde a esta Sala de decisión determinar si deben reconocerse dentro de la historia laboral del actor los ciclos 08/2013 al 01/2014 y del 05/2015

al 02/2016, si hay lugar a reliquidar la mesada pensional percibida por el actor con lo devengado en el último año de servicios, si la fecha de efectividad de la prestación debe ser a partir del último aporte al sistema, si hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios o indexación y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor GONZALO ALFREDO CEDIEL ROJAS, tal y como se corrobora con la copia de la Resolución SUB 15466 del 21 de marzo de 2017 (fls. 45 a 48), mediante la cual COLPENSIONES le reconoce la pensión por aportes de conformidad con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, en cuantía de \$2.881.529 a partir del 1° de abril de 2014.

Reconocimiento de semanas

Solicita el demandante el reconocimiento de los ciclos 08/2013 al 01/2014 y del 05/2015 al 02/2016 efectuados con el empleador MEGAVIAL LTDA teniendo en cuenta que los mismos no obran dentro de su historia laboral, revisada la misma se observa que la afiliación al sistema con el empleador mencionado lo fue el 1° de agosto de 2011 realizándose aportes hasta el 30 de abril de 2015 (fls. 92 a 98), sin que **obre novedad de retiro**, tal y como lo mencionó el Juez de primera instancia. Así mismo, se encuentra a folios 18 a 22 acuerdo de transacción laboral celebrado entre el demandante y el empleador MEGAVIAL LTDA, en la cual se corrobora que el contrato inició el 1° de agosto de 2011 y finalizó 29 de febrero de 2016, como se indica en los numerales 8 y 10 de dicho documento, lo cual evidencia que la relación laboral se mantuvo vigente hasta el 29 de febrero de 2016, de manera que en efecto la entidad demandada al no haberse presentado la novedad de retiro por parte de dicho empleador, debió haber realizados los correspondientes recobros.

Téngase en cuenta, además, que el actor solicitó el día 27 de julio de 2016, el cobro de los periodos adeudados con el empleador MEGAVIAL LTDA como se puede ver del expediente administrativo CD fl. 90, frente a lo cual

COLPENSIONES reconoció en sus actos administrativos que no existía novedad de retiro y que había procedido a gestionar el recobro ante el empleador, sin que se evidencie su efectividad, en tal medida claro está que debe reconocerse los ciclos solicitados, los cuales debieron haber reportados un IBC correspondiente a la suma de \$5.000.000 como lo refirió el *a quo*, pues del documento de transacción antes dicho se establece que ese fue el salario que mantuvo el actor hasta el momento de la terminación del contrato laboral, cabe resaltar que frente al tema la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento (SL 2882/2020), señaló:

Sobre el particular, se ha advertido que, en uno u otro escenario, la obligación está en cabeza del empleador, bien sea la de reportar la novedad de retiro del trabajador una vez finalice el vínculo laboral o, en su defecto, la de realizar las cotizaciones que tenga a su cargo.

De igual forma, que son las administradoras de fondos de pensiones quienes deben ejercer todas las acciones encaminadas a esclarecer tales inconsistencias, sin que con ello se perjudiquen las condiciones de sus afiliados.

Así, en un caso de similares contornos, la Corte Constitucional en sentencia CC T-300 de 2014, dispuso que,

*En primer lugar, se debe precisar que el registro de la mora en el pago de aportes que sea especificado en un Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones puede generarse por dos fenómenos a saber: a) cuando existiendo un vínculo laboral vigente el empleador no realiza el pago a la administradora de pensiones a la que esté afiliado el empleado o, b) cuando a pesar de haber cesado la relación laboral, el empleador no reporta la novedad de retiro a la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones (AFP). **Así pues, independientemente que se presente uno u otro fenómeno, el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones registrará una mora en el pago de los aportes, toda vez que, en cualquiera de los dos eventos, la administradora de pensiones entenderá que existe un incumplimiento en las obligaciones del empleador, debiendo así, conforme la ley se lo exige, adelantar las acciones de cobro de los respectivos aportes adeudados** (negrillas fuera del texto)”.*

Así las cosas, el *a quo* no incurrió en desatino al considerar que las cotizaciones peticionadas debían tenerse en cuenta en la historia laboral del actor.

Reliquidación con lo cotizado en el último año de servicios

En cuanto a la forma de liquidar las pensiones reconocidas bajo el régimen de transición concretamente, con fundamento en la Ley 71 de 1988, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado, que

tratándose de pensiones reconocidas bajo el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, específicamente bajo el amparo de la ley 71 de 1988 y 33 de 1985, el monto de la mesada pensional debe ser el 75% del promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para adquirir el derecho, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior a 10 años, como así lo indicó entre otras en las sentencias 37033 del 29 de mayo de 2013, en la que reitera las sentencias 37998 del 13 de abril de 2010 y 40682 del 14 de septiembre del mismo año y en la más reciente SL 1333 del 10 de abril de 2019, ésta última en la que enseñó:

“Al efecto, debe recordar la Sala que el ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas por virtud del régimen de transición se determina conforme las previsiones del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para adquirir el derecho, contados a la data de vigencia del sistema general de pensiones, o el cotizado en todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del IPC. Esta metodología es aplicable para los beneficiarios a los que les faltaban menos de diez años para causar el derecho pensional; pues, en caso contrario, esto es, a los que les faltaren más de diez, el IBL se calcula en los términos estipulados en el artículo 21 ibídem, es decir, con el promedio de los diez últimos años o con el de toda la vida, siempre que el afiliado acredite un guarismo de semanas igual o superior a 1.250.”

Lo anterior se compasa con lo dicho sobre el tema por la Corte Constitucional en sentencias C – 258 de 2013 y SU – 230 de 2015, ésta última, en la que indicó:

“De esa forma, la Sala Plena mediante el estudio de la solicitud de la nulidad de la tutela T-078, reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.”

En tal medida, no resultan razonables los argumentos señalados por la parte actora frente a que deben tenerse en cuenta los aportes efectuados durante el último año de servicios como lo contemplaba el Decreto 2909 de 1994, ya que la totalidad de los requisitos para acceder al derecho pensional se efectuaron en plena operancia de la Ley 100 de 1993, sobre ello la CSJ

Sala de Casación Laboral también se ha pronunciado en sentencia con radicado 24008 del 31 de agosto de 2005, en donde dijo:

“Desde esa óptica, que es la que corresponde, no es de recibo la afirmación de la censura respecto a que la liquidación de la pensión del actor debió hacerse con fundamento en el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, en tanto la norma reguladora para ello, es el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, luego no encuentra la Sala que el Tribunal hubiese incurrido en el yerro hermenéutico que se le endilga.

"Se sigue de lo anterior, que tampoco es aplicable el principio de la condición más beneficiosa previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, puesto que de conformidad con el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, las normas sobre trabajo por ser de orden público producen efecto general inmediato, debiéndose aplicar a los contratos de trabajo que estén vigentes en el momento en que dichas normas empiecen a regir. Así entonces como el demandante cumplió los requisitos para la pensión el 14 de junio de 1997, fecha para la cual las disposiciones de la Ley 100 de 1993 ya estaban en plena operancia, hay que convenir con el Tribunal que la codificación aplicable es esa y no el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994.

"No desconoce la Sala su pronunciamiento del 28 de agosto de 2001, Radicación No. 15794, donde se señaló respecto del caso que en esa ocasión se estudió, que para efectos de liquidar la pensión de jubilación por aportes, debían atenderse las previsiones del artículo 6º. del Decreto 2709 de 1994, más sucede que la situación fáctica del asunto en comento era completamente distinta a la que ahora se estudia, en tanto en aquél proceso el demandante había reunido los requisitos para acceder a la mencionada pensión en una fecha anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, mientras que en éste, en el mes de junio de 1997, es decir, cuando ésta ya regía, circunstancia que determina que la disposición aplicable al tema en discusión (liquidación de la pensión), no es otra que el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 ibídem”.

Disfrute de la pensión

Sobre tal situación la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha estimado, que por regla general, la desafiliación al sistema es la determinación que debe tener en cuenta el *a quo* para el otorgamiento de la pensión y solamente ha acudido a soluciones diferentes como en los casos en los que el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen de pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017).

Siguiendo los parámetros enunciados, en el presente asunto si bien no existió la novedad de retiro por parte del empleador como tal, si se efectuó por parte del demandante actuaciones que demostraban su voluntad de no querer seguir cotizando al sistema, pues una vez finalizó la relación laboral con el empleador MEGAVIAL LTDA, que como bien se dijo lo fue el 29 de febrero de 2016, el demandante no volvió a vincularse laboralmente y por el contrario, procedió a solicitar el derecho pensional, de manera que la pensión debió reconocerse a partir del **1° de marzo de 2016**, razón por la cual deberán reconocerse el retroactivo de las mesadas pensionales a partir de dicha data incluyéndose los ciclos anteriormente reconocidos, al efectuarse los cálculos aritméticos por parte del grupo liquidador dispuesto para esta instancia tal y como se puede apreciar de los documentos anexos, se obtuvo un IBL correspondiente a la suma de **\$4.122.432,42** que al aplicarse una tasa de remplazo 75% arrojó como primera mesada pensional la suma de **\$3.091.824,32**, advirtiéndose que la mesada calculada en primera instancia no tomó de manera correcta el IPC final, como retroactivo pensional teniendo en cuenta las semanas no reconocidas y los reajustes frente a la mesadas canceladas arroja un total de **\$62.695.555,92** al 31 de octubre de 2020.

Intereses moratorios (ponencia compartida)

En lo que respecta a los **intereses moratorios frente a reajustes y reliquidación ha sido criterio de esta Sala de decisión desde tiempos remotos que la reliquidación no deja de tener la misma naturaleza de la pensión**, por lo cual resultan procedentes. Además, siguiendo la enseñanza de la Corte Constitucional, nos indica que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se aplica a toda clase de pensiones y es obvio que cobija a las reliquidaciones de las mismas, pues no se explica por qué no es extensiva a las reliquidaciones, cuando hace parte de dichas mesadas pensionales, de manera que, las reliquidaciones pensionales tienen la misma connotación de las pensiones y por lo tanto, forman parte del sistema general o integral de seguridad social en pensiones y por ello resulta aplicable el artículo 141 de la ley 100 de 1993, por analogía, tal como lo ordena el artículo 19 del CST., que consagra los intereses para las mesadas que estén mora.

Criterio que también fue adoptado por la alta Corporación en su jurisprudencia más reciente **SL 3130 del 19 de agosto de 2020**, en la cual expresó lo siguiente:

*“Como ya se anunció, una revisión atenta de la referida doctrina, obliga a la Corte a reconocer que no existe una razón jurídica objetiva para negar la procedencia de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, cuando se trata de reajustes de la pensión, pues eso no es lo que se deriva de la norma, interpretada de manera racional y lógica. En primer lugar, como antaño se había dicho en la sentencia CSJ SL, 2 may. 2002, rad. 17664, la Corte debe partir de la base de que [...] **el legislador no distinguió clase, fuente u otras calidades de la pensión**», **ni limitó expresamente la procedencia de los intereses moratorios al hecho de que se adeudara la totalidad de la mesada y no solo una parte de ella**. En efecto, si se observa con detenimiento el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se puede notar que el legislador no Radicación n.º 66868 SCLAJPT-10 V.00 22 hizo diferenciación alguna a la hora de establecer los intereses moratorios, ni en función de la clase de pensión legal que les sirviera de base, como se dijo recientemente en la sentencia CSJ SL1681-2020, **ni teniendo en cuenta si se trataba del pago completo de la mesada pensional o tan solo de algún saldo**. Siendo ello así, lo primero que se debe consentir es que ni siquiera una interpretación literal de la norma llevaría a la conclusión que hasta ahora sostenía la Corte, en virtud de la cual los intereses moratorios solo proceden en los casos de mora en el pago completo de la mesada pensional y no como consecuencia de algún reajuste, pues eso no es lo que reza el texto de la disposición.*

*De acuerdo con lo anterior, mientras no se cumpla a cabalidad con la respectiva obligación, en este caso, el pago íntegro de la mesada pensional en la cuantía y términos establecidos legalmente, la entidad obligada a su reconocimiento sigue en mora y, como consecuencia, según las voces naturales y obvias del artículo 141 de la Ley 100 de Radicación n.º 66868 SCLAJPT-10 V.00 24 1993, debe pagar intereses moratorios sobre las sumas debidas. Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 **obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora**. 3. En aras de reforzar argumentativamente la anterior inferencia, la Corte estima pertinente recordar que, en el específico ámbito de las relaciones de trabajo, respecto de **las sanciones que castigan el incumplimiento del empleador en el pago de los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores, la jurisprudencia ha establecido que el fenómeno de la mora se consolida tanto en los casos de falta de pago de la obligación como en los de pagos parciales o deficitarios**.*

*En los anteriores términos, guardando consistencia con la naturaleza especial y tuitiva de las obligaciones derivadas Radicación n.º 66868 SCLAJPT-10 V.00 26 del derecho del trabajo y de la seguridad social, la orientación que se ha sostenido frente a la mora en el pago de salarios, prestaciones sociales y de la consignación de la cesantía, en cuanto se produce tanto por la falta de pago como por los pagos deficitarios, **sería perfectamente aplicable o extensible a los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que velan porque los pensionados reciban su mesada pensional de manera completa y oportuna**. 4. Por otra parte y, en relación con esto último, como se dijo en la sentencia de la Corte Constitucional C-601 de 2000, así como en la reciente sentencia de esta corporación CSJ SL1681-2020, la finalidad de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 es simplemente la de resarcir los perjuicios ocasionados a los pensionados por la cancelación tardía de sus mesadas pensionales y, con ello, hacer efectiva la garantía prevista en el artículo*

53 de la Constitución Política, con apego al cual uno de los principios mínimos fundamentales aplicables al trabajo es el de asegurar «[...] el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones [...]». (negrilla y subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, no cabe duda que cuanto se demuestra la mora en el pago de mesadas o reajustes pensionales proceden los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, independientemente si trata de pensiones otorgadas bajo el régimen de transición.

Aclarado lo anterior, procede la Sala a verificar si efectivamente se encuentran demostrada la mora alegada por parte del demandante, frente a lo cual establecen los artículos 9° de la Ley 797 de 2003 y 4° de la ley 700 de 2001, que las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional tendrán un plazo no mayor de **6 meses** a partir del momento en que se eleve la solicitud de pensión para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes.

Apreciación ésta que encuentra sustento en el hecho que el término de 4 meses establecido en el parágrafo del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, se estableció para el reconocimiento de la prestación, mientras que los 6 meses de que trata el artículo 4° de la Ley 700 de 2001 lo es para su pago, razón por la cual no pueden asimilarse ambos conceptos, pues una cosa es que la entidad otorgue la prestación y otra que la incluya en nómina y efectúe su pago, en tanto puede ocurrir que la conceda en término pero que no la incluya en nómina inmediatamente, de ahí que tenga 4 meses para reconocer la pensión y 2 para incluirla en nómina para un total de 6 meses.

Aunado a ello, debe recordarse que los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se causan siempre que la entidad de seguridad social incurra en mora en el pago de las mesadas pensionales y no en su reconocimiento, de ahí que los mismos se generen vencidos los 6 meses de elevada la solicitud, pues es ahí cuando culminado el término para incluir la prestación en nómina si ésta no se empieza a pagar, corre a cargo del ente de seguridad social el pago de los referidos intereses, razón por la cual los intereses pretendidos deben contabilizarse 6 meses después de elevada la solicitud. **Sin embargo, para la mayoría de los integrantes de**

la Sala, el término para contabilizar los mismos debe ser de 4 meses, como lo establece la primera de las normas citadas.

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que el accionante solicitó la reliquidación de su mesada pensional y retroactivo pensional el 19 de septiembre de 2017 (fl.49), por lo que la entidad tenía hasta el 19 de enero de 2018, momento en que habían vencido los 4 meses, para reconocer favorablemente, situación que no hizo, en tal sentido los intereses moratorios correrán desde el **20 de enero de 2018**, sobre las mesadas causadas y no pagadas desde el 1° de marzo de 2016 y hasta que se haga efectivo su pago.

Indexación

En lo que respecta a la indexación, teniendo en cuenta que fueron reconocidos el pago de intereses moratorios, se torna improcedente el pago a la indexación, al tener ambos conceptos efectos resarcitorios de la suma insoluta, tal como lo ha establecido la CSJ SL como en la sentencia SL 1039 del 27 de marzo de 2019.

Prescripción

Al respecto encuentra la Sala que la misma no está llamada a prosperar, toda vez que la pensión fue reconocida el 21 de marzo de 2017 mediante resolución SUB 15466 (fl.45), la solicitud de reajuste de la mesada y retroactivo se presentó el 19 de septiembre de 2017 (fl.49), solicitud que finalizó con la expedición de la resolución DIR 22425 del 7 de diciembre de 2017 (fl.60) y la demanda se presentó el 5 de marzo de 2018 (fl.69), sin que entre una fecha y otra haya transcurrido el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL.

Por lo anterior, se **MODIFICARÁ** la decisión objeto de apelación y consulta; y se **REVOCARÁ** en lo que respecta a la indexación.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer la pensión por aportes contenida en la Ley 71 de 1988 a partir del 1° de marzo de 2016, teniendo como primera mesada pensional la suma de \$3.091.824,32.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal segundo en el sentido de establecer que el valor del retroactivo pensional en cuanto a las mesadas dejadas de cancelar y reajuste desde el 1° de marzo de 2016 al 31 de octubre de 2020, corresponde a la suma de \$62.695.555,92.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal tercer, en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de intereses moratorios desde el 20 de enero de 2018, sobre las mesadas causadas y no pagadas desde el 1° de marzo de 2016 y hasta que se haga efectivo su pago.

CUARTO: ABSOLVER frente al reconocimiento y pago a la indexación, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

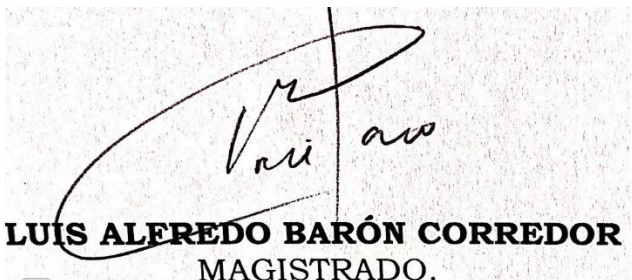


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES en la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ELSA MERY PEÑA CLAVIJO
CONTRA COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **ELSA MERY PEÑA CLAVIJO**, se **le reconozca** la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, **solicita** se le reajuste y haga la reliquidación de la pensión desde la fecha de causación 27 de junio de 2012, **solicita** se le realicen los respectivos incrementos anuales conforme al IPC y la ley 33 de 1985, **solicita** se le paguen los intereses moratorios y se **condene** a la entidad demandada al pago de costas procesales **(fls. 49 a 50)**.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 48 a 49), señaló que solicitó la pensión de vejez el día 10 de julio de 2012, la cual le fue reconocida mediante resolución GNR 106622 del 22 de mayo de 2013 en cuantía de \$589.500, que cuenta con un total de 1,041 semanas, las cuales trabajó en la beneficencia de Cundinamarca, que el reconocimiento de la pensión se hizo con base en lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, que solicitó la reliquidación de su pensión la cual le fue negada mediante resolución GNR 232689 del 8 de

agosto de 2016, interponiéndose los respectivos recursos los cuales se desataron de manera negativa en las resoluciones GNR 350488 del 23 de noviembre de 2016 y VPB 2237 del 18 de enero de 2017, que prestó sus servicios a la Gobernación de Cundinamarca desde el 23 de septiembre de 1976 al 25 de julio de 1996, que en su último año cotizó sobre 3 SMLMV razón por la cual tiene derecho a la reliquidación de la pensión con Ley 33 de 1985.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 4 a 6 y 9; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación e innominada o genérica (**fls. 60 a 66**).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de septiembre de 2019 (CD – fl. 88), **absolvió** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte actora y condenó en costas a la parte demandante.

Fundamentó su decisión, señaló que no era posible reliquidarle la pensión conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta que si bien acreditaba los 55 años de edad que los cumplió el 27 de junio de 2012, no cumplía con los 20 años de servicios exigidos, pues se tenía que había laborado para la Beneficencia de Cundinamarca entre el 23 de septiembre de 1976 al 25 de julio de 1996 para un total de 7.143 días que equivalen a 19 años, 10 meses y 3 días laborados al servicio público, tampoco era posible reliquidar la pensión con el último año de servicios, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral y la Corte Constitucional donde se ha dicho que para la aplicación del régimen de transición únicamente se tiene en cuenta edad, tiempo de servicios y monto, entendiéndose éste último a la tasa de remplazo, tampoco ordenó la reliquidación con todos los

factores salariales de conformidad con el Decreto 1158 de 1994, por no ser procedente.

CONSULTA

La parte demandada no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala de decisión determinar si la demandante tiene derecho a que le sea reconocida la pensión de vejez con base en lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, si hay lugar a que le sea reliquidada la pensión reconocida por COLPENSIONES teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicios, si debe tenerse en cuenta todos los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994 para liquidación de la pensión, en caso positivo si debe reconocerse intereses moratorios y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionada de la actora, conforme se infiere de la copia de la Resolución GNR 106622 del 22 de mayo de 2013 (fls. 27 a 31), en la cual se establece que a la demandante le fue reconocida la pensión por aportes por ser beneficiaria del régimen de transición, dándose aplicación a lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, en cuantía inicial de \$566.700, a partir del 27 de junio de 2012.

Reconocimiento de la pensión con Ley 33 de 1985

Establece el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 que tiene derecho a la pensión de jubilación quienes cumplan con los siguientes requisitos:

“ARTÍCULO 1°.- *El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (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”.

Verificados los actos administrativos expedidos por COLPENSIONES se tiene que la demandante nació el 27 de junio de 1957, por lo que cumplió los 55 años de edad el mismo día y mes del año 2012, para establecer si acreditó 20 años de servicio al sector público, se tiene que a folios 16 a 23 obran documentos que certifican el tiempo laborado para Beneficencia de Cundinamarca, estableciéndose que correspondió entre el 25 de septiembre de 1976 al 25 de julio de 1996, acreditando un total de 7.141 días, correspondientes a 1,020 semanas que equivalen a 19 años, 10 meses y 2 días, por lo que le asiste razón a la Juez de primera instancia en cuanto a que la demandante no logró acreditar los 20 años de servicios exigidos por la Ley pretendida, ya que los aportes efectuados entre los años 2010 a 2011 lo fueron a través de peña de Vanegas Elsa Mery, por lo que no pueden ser computados como tiempos de servicio.

Reliquidación de la pensión con los IBC del último año de cotización

En cuanto a la forma de liquidar las pensiones reconocidas bajo el régimen de transición concretamente, con fundamento en la Ley 33 de 1985 o Ley 71 de 1988, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado, que tratándose de pensiones reconocidas bajo el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, específicamente bajo el amparo de la ley 71 de 1988 y 33 de 1985, el monto de la mesada pensional debe ser el 75% del promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para adquirir el derecho, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior a 10 años, como así lo indicó entre otras en las sentencias 37033 del 29 de mayo de 2013, en la que reitera las sentencias 37998 del 13 de abril de 2010 y 40682 del 14 de septiembre del mismo año y en la más reciente SL 1333 del 10 de abril de 2019, ésta última en la que enseñó:

“Al efecto, debe recordar la Sala que el ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas por virtud del régimen de transición se determina conforme las previsiones del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para adquirir el derecho, contados a la data de vigencia del sistema general de pensiones, o el cotizado en todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del IPC. Esta metodología es aplicable para los beneficiarios a los que les faltaban menos de diez

años para causar el derecho pensional; pues, en caso contrario, esto es, a los que les faltaren más de diez, el IBL se calcula en los términos estipulados en el artículo 21 ibídem, es decir, con el promedio de los diez últimos años o con el de toda la vida, siempre que el afiliado acredite un guarismo de semanas igual o superior a 1.250.”

Lo anterior se compasa con lo dicho sobre el tema por la Corte Constitucional en sentencias C – 258 de 2013 y SU – 230 de 2015, ésta última, en la que indicó:

“De esa forma, la Sala Plena mediante el estudio de la solicitud de la nulidad de la tutela T-078, reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.”

Conforme a ello, le asiste razón a la Juez de primera instancia en cuanto a que no es posible reliquidar la pensión de la demandante teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicios.

Factores salariales

Revisados los fundamentos establecidos en el líbelo demandatorio, se tiene que los mismo van encaminados a que se le reliquide la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales que percibió la demandante en el último año de servicios, frente a lo cual ha establecido la CSJ Sala de Casación Laboral que a fin de liquidar la prestación de las pensiones reconocidas bajo el régimen de transición deben hacerse con fundamento en el Decreto 1158 de 1994 y no con todos factores salariales como lo pretende la parte actora, argumentando la alta Corporación lo siguiente:

“SL 3285 de 2020: Igualmente, dentro de un caso similar contra la misma entidad demandada, esta Sala manifestó en sentencia CSJ 2055-2018, recordando la CSJ SL11257-2016, que:

En cuanto al primer y segundo reproche, estima la Sala que el fallador de segundo grado no cometió ningún yerro frente al entendimiento del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y a la aplicación del Decreto 1158 de 1994, pues de tiempo atrás esta Corporación ha sostenido, en lo atinente a la liquidación de las pensiones de los beneficiarios del

régimen de transición y los factores salariales a incluir, que la interpretación correcta es aquella que se encuentra no solo acorde con la naturaleza y características del régimen de transición, sino con las del Sistema General de Pensiones, que, por tener una especial connotación contributiva, determina y concibe el monto de sus prestaciones en función de las cotizaciones efectuadas.

De manera que, atendiendo los precitados postulados, la liquidación de las pensiones de las personas beneficiarias de la transición debe hacerse con base en los ingresos recibidos por el afiliado que, de conformidad con la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, sirven de base para el cálculo de las cotizaciones que deben realizarse al Sistema General de Pensiones”.

Así las cosas, revisada la resolución de reconocimiento GNR 106622 del 22 de mayo de 2013 (fls. 27 a 30), la entidad demandada establece: “*para obtener el ingreso base de liquidación de la pretense prestación, se toman los factores salariales establecidos en el artículo 1° del Decreto 1158 del 3 de junio de 1994*”, por consiguiente, es claro que COLPENSIONES tomó de manera correcta la normatividad aplicable al caso.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

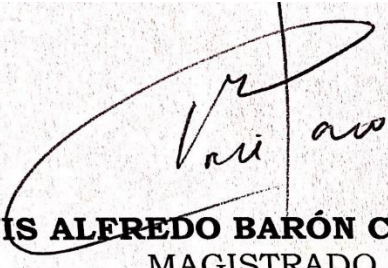
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 26 de septiembre de 2018, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

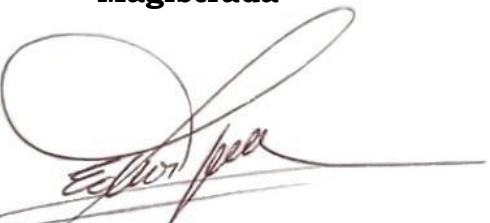
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

1

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PEDRO ALFONSO PRIETO
FORERO contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende el señor **PEDRO ALFONSO PRIETO FORERO**, se **declare** que la pensión por aportes reconocida mediante resolución No. 036514 del 11 de septiembre de 2006 en aplicación de la Ley 71 de 1988 no resulta ser más favorable que la pensión contenida en el Acuerdo 049 de 1990. Como consecuencia de los anterior, se **condene** a la demandada a reliquidarle la pensión de vejez bajo lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, tomándose como tasa de remplazo el 90% de lo devengado en los 10 últimos años, teniendo en cuenta la totalidad de los factores que constituyen salario a partir del 7 de enero de 1995, a reconocer y pagar el valor de las diferencias dejadas de pagar entre las mesadas que resulten por la pensión reconocida mediante la Ley 71 de 1988 y la pensión de vejez del Decreto 758 de 1990, a que las sumas reconocida sean debidamente indexadas, a las **condenas** ultra y extra petita, y a las costas del proceso **(fls. 6/7)**.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 7/8), señaló que mediante resolución No. 036514 del 11 de septiembre de 2006, se le reconoció pensión por aportes de conformidad con la Ley 71 de 1988 en cuantía de \$584.193, que como ingreso base de liquidación se tomó la suma de \$753.713 al cual se aplicó una tasa de remplazo del 75%, que presentó servicios al sector público del 27 de agosto de 1974 al 21 de enero de enero de 1976 con la UNIVERSIDAD DE CUNDINAMARCA, del 28 de abril de 1977 al 30 de diciembre de 1993 para INSTITUTO NACIONAL AGROPECUARIO y del 1° de enero de 1994 al 29 de agosto de 1999 con “COPORICA” acreditando un total de 1,213 semanas, que cuenta con 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, que en aplicación al principio de favorabilidad le es más beneficioso el régimen pensional contenido en el Acuerdo 049 de 1990, que al momento de liquidarle la pensión COLPENSIONES no actualizó el promedio del último año con base en el IPC, que el 4 de mayo de 2016 solicitó la reliquidación pretendida la cual fue negada en la resolución GNR 220870 del 28 de julio de 2016 y confirmada en resolución VPB 7008 del 22 de febrero de 2017.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (**fls. 62 a 69**), en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 3, 4, 6 y 13 a 15, propuso como excepciones de fondo prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativo, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración al derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, compensación e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 12 de abril de 2018 (CD – fl. 86), **absolvió** a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas por el demandante y **condenó** en costas a la parte actora.

Fundamentó su decisión, indicando que la entidad demandada mediante resolución GNR 220870 del 28 de julio 2016, había establecido que el demandante tenía derecho tanto a la pensión de la ley 33 de 1985 por más de 20 años de servicios al Estado y 55 años de edad, a la ley 71 de 1988 y a la ley 797 de 2003, considerando que le era más beneficioso lo dispuesto en la Ley 71 de 1988.

Señaló el Juez, que tenía como criterio lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la cual se establecía que antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, la única norma que permitía la acumulación de tiempos públicos y privados era la ley 71 de 1988, que el Acuerdo 049 de 1990 estaba dirigido tan solo a los trabajadores del sector particular y correspondía al ISS el reconocimiento de las prestaciones, en dichos casos únicamente por cuenta de esos aportes efectuadas al ISS, trayendo como referencia la sentencia del 15 de marzo de 2017 SL 4031 rad. 44796.

Seguidamente, manifestó que en algunas oportunidades especialísimas el despacho se había acogido al criterio fijado por la Corte Constitucional en la sentencia SU 769 de 2014, a fin de proteger derechos fundamentales como el mínimo vital y seguridad social e incluso la vida digna de aquellos personas con edades muy avanzadas superiores a los 70 años y quienes tenían un número significativo laborados en el sector público y cotizadas al RAIS y no hubieren podido acceder a la pensión de vejez, situación que no era la que se presentaban en éste caso, por lo que el demandante no tiene derecho a la reliquidación solicitada.

En cuanto a la solicitud de que se tuviera en cuenta la totalidad de los factores que constituían salario, indicó la sentenciadora que en el expediente se habían allegado diferentes certificaciones de las entidades del sector público para las cuales había prestado el servicio el señor PRIETO, pero que en la pretensión solicitada no se señalaba de manera concreta cuáles habían sido los factores que no se habían tenido en cuenta, ni mucho menos se habían señalado los valores que correspondía y cual hubiere sido la mesada pensional inicial a reconocer, que

igualmente en los hechos de la demanda no se había planteado que la demandada hubiera dejado de tener en cuenta algunos de los factores salariales, ni tampoco se había precisado si todos ellos habían sido objeto de cotización, de manera que le era imposible para el despacho hacer suposiciones al respecto.

4

Adicionalmente, argumentó la falladora que en ningún caso se podía tener en cuenta todos los factores salariales como integrantes del IBL, toda vez que debían ser los establecidos en el Decreto 1158 de 1990. Que, así mismo, el Acto Legislativo 01 de 2005, había indicado que para la liquidación de las pensiones solo se podía tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiera efectuado cotizaciones, razón por la cual no podía entenderse que se pudiera liquidar la pensión con todos los devengados, independientemente de que hubiere sido o no objeto de cotizaciones, citando la sentencia SL 9518 de 2015.

Finalmente, en cuanto a la indexación de la primera mesada estableció que la denominada primera mesada pensional había sido acogida por las diferentes Cortes cuando se trataba de pensiones de jubilación directamente reconocidas por los empleadores y en los lapsos en que hubiere mediado un largo plazo de tiempo entre la fecha de retiro y la fecha del reconocimiento pensional, que en el presente caso se tenía claro que al demandante se le había reconocido la pensión a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, por lo cual se debía entrar a acudir a lo dispuesto en el artículo 21, que revisados los diferentes actos administrativos se observaba que COLPENSIONES sí había efectuado la actualización o la indexación de esos salarios bases de cotización, de conformidad con lo cuadros comparativos allí señalados.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación señalando que el hecho de que el despacho se acogiera a lo señalado por la CSJ Sala de Casación laboral en especial la sentencia proferida el 15 de marzo de 2017, la misma se encontraba a todas luces en contravía de los derechos fundamentales y en contravía del orden

constitucional establecido en la sentencia SU 769 de 2014, la cual resultaba ser más favorable que la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que en el presente caso resultaba ser procedente la sentencia de la Corte Constitucional, toda vez que la jurisdicción laboral debía respetar el derecho de los trabajadores y en caso de duda se debía aplicar la interpretación más favorable, que en los casos en que los operadores judiciales no estuvieran de acuerdo con la línea sentada en dicha providencia era su deber establecerlo de manera expresa indicándose los motivos por los cuales se apartaba de la misma, por cuanto la no aplicación constituía una vía de hecho por violación a la ley.

5

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, la Sala únicamente se pronunciará en cuanto a la reliquidación de la pensión de vejez con base en el Decreto 758 de 1990, por cuanto los argumentos esbozados en el recurso de alzada se fundamentaron únicamente en la aplicación de la sentencia SU 769 de 2014, sin que se manifestara inconformidad alguna con las demás pretensiones negadas por la Juez de primera instancia.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor PEDRO ALFONSO PRIETO FORERO, conforme se infiere de la Resolución 036514 del 11 de septiembre de 2006 (fls. 22/25), a través de la cual el ISS le reconoce la pensión de vejez con base en la Ley 71 de 1988, en cuantía de \$565.285 a partir del 7 de enero de 2005.

Reliquidación pensional Acuerdo 049 de 1990- sumatoria de tiempos de servicios públicos no cotizados a COLPENSIONES

En cuanto a la inclusión de tiempos públicos no cotizados al ISS hoy COLPENSIONES a fin de dar aplicación al Acuerdo 049 de 1990 para poder incrementar la mesada pensional, **esta Sala de decisión a reconocido tal postura con sustento en lo señalado por la Corte Constitucional en**

sentencia SU - 769 de 2014, en la cual se indicó que el Acuerdo 049 no contempla que para pensionarse con base en éste, los aportes tenían que haberse efectuado con exclusividad al ISS y por tanto, si era posible acumular el tiempo de servicios en el sector público y las cotizaciones efectuadas a dicho Instituto, en virtud del principio de favorabilidad contenido en los artículos 53 de la CN y 21 del CST el cual aplicado sobre el régimen contenido en el Acuerdo 049 de 1990, implicaba que la entidad o autoridad responsable debía acumular los tiempos cotizados a entidades públicas para realizar el cómputo de las semanas requeridas atendiendo dos razones: (i) la falta de aplicación de las normas previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, haría nugatorios los beneficios que se derivan del régimen de transición y en consecuencia, del régimen anterior al cual se encuentra afiliado el peticionario; y (ii) el artículo 12 del mencionado acuerdo no exigía que las cotizaciones se hubieran efectuado de manera exclusiva al Instituto de Seguros Sociales.

Lo anterior, en razón a que algunas personas no alcanzaban a obtener **el derecho a la pensión mínima** por no tener las 1,000 semanas en cualquier tiempo o las 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad para pensionarse, maximizando de esa manera el goce efectivo del derecho fundamental a la seguridad social de un grupo poblacional vulnerable que se había visto disminuida en su capacidad laboral para obtener los recursos necesarios que le permitían tener una subsistencia en condiciones dignas, criterio que en su momento la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral aún no había adoptado, sin embargo, teniendo en cuenta la jurisprudencia actual la misma varió aceptando tal postura, es decir, la sumatoria de tiempos públicos no cotizados a COLPENSIONES, tal y como se observa en la sentencia **SL 1947 del 1° de julio de 2020**, en la cual se precisó:

“En este punto, es oportuno señalar que la jurisprudencia de esta Corporación ha adocinado la improcedencia en la sumatoria de semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales con tiempos de servicios públicos a efectos de conceder la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990, bajo el entendido de que esta normatividad no previó expresamente tal posibilidad, como sí lo hizo unos años atrás la Ley 71 de 1988.

En este sentido, la Sala predicó que la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990 solo podía configurarse con el cumplimiento de las edades mínimas allí previstas y un mínimo de 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores a éstas o 1000 semanas en cualquier época, bajo el presupuesto que éstas fueran efectivamente aportadas al ISS y en los términos fijados por sus reglamentos.

Asimismo, la jurisprudencia de la casación del trabajo resaltó que el legislador en el año 1993 dispuso el cómputo de tiempos públicos y privados para el acceso a la pensión de vejez, a través de lo dispuesto en el parágrafo 1.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que éste resultaba aplicable a las pensiones gobernadas en su integridad por esta normativa

7

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 párrafo 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 párrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

8

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 párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un párrafo 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 párrafo 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.

9

Conforme al art. 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de los hombres, debía contar para el 1° de abril de 1994, con 40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados.

De acuerdo con lo anterior, quienes reúnan los requisitos señalados tendrán derecho a la pensión de vejez o de jubilación cuando cumplan la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1° de abril de 1994". (subrayado fuera del texto original)

En consideración a lo anterior, resulta aceptable el compute de las semanas cotizadas por el actor en el sector público ante otras cajas de previsión con los aportados exclusivamente a COLPENSIONES, para poder incrementar su tasa de remplazo y de esta manera que su mesada pensional se acrecenté.

Conforme a ello, como quiera que no se discute el hecho que el accionante es beneficiario del régimen de transición, pues así lo reconoció en su momento el ISS al reconocerle la pensión con base en la Ley 71 de 1988, como tampoco el número de semanas cotizadas incluidas las aportadas en el sector privado que ascienden a 1,278 semanas de cotización, teniendo entonces derecho el demandante a la aplicación del Decreto 758 de 1990. De suerte que al aplicar el parágrafo 2° del artículo 20 ibídem, se obtiene una tasa de reemplazo del 90%.

Prescripción

Al respecto, se tiene que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez a través de la Resolución 036514 del 11 de septiembre de 2006 (fls. 22/25), solicitó la reliquidación de la prestación el 4 de mayo de 2016 (fl. 26), siendo negada en la resolución GNR 220870 del 28 de julio de 2016

(fls. 17/21) y confirmada en la resolución VPB 7008 del 22 de febrero de 2017 (fls. 12/15) y la demanda fue presentada el 14 de abril de 2017 (fl. 58), por lo que, se encuentran prescritas las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 4 de mayo de 2013.

Por ende, la pensión se otorgará desde el 4 de mayo de 2013, para lo cual se tomará el IBL señalado en la resolución GNR 220870 del 28 de julio de 2016 (fl.18), en la cual la entidad reliquidó la pensión del actor, pues sobre el mismo no hubo reparo alguno, que al tomarse la tasa de remplazo del 90% arroja como mesada pensional para el año 2013, la suma de **\$1.201.893.**

En igual sentido, deberá indexarse el retroactivo que se genere con base en la fórmula expuesta para ello por la Corte Suprema de Justicia, tomando como IBL inicial el de causación de cada diferencia y como final, el de la data en que se efectúe el pago.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia y en su lugar se **CONDENARÁ** a la demandada a reliquidar la pensión de vejez del demandante en los términos ya anotados.

COSTAS

COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

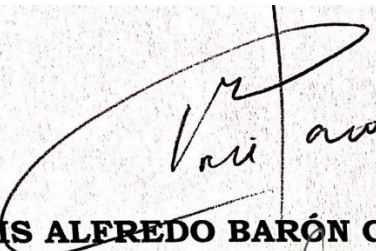
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **CONDENAR** a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez con base en el Decreto 758 de 1990, a partir del 4 de mayo de 2013, en cuantía de \$1.201.893, para lo cual la demandada deberá pagar la diferencia entre la pensión inicialmente

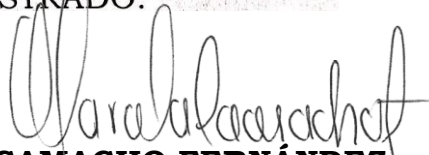
reconocida y la que resultó de la reliquidación aquí efectuada, al igual que deberá indexar el retroactivo que se genere, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

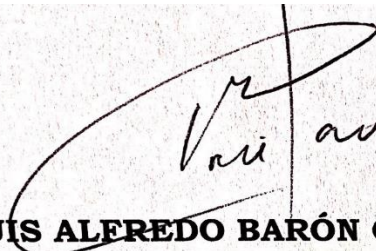


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$ 900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PEDRO LEÓN COLORADO DÍAZ
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **PEDRO LEÓN COLORADO DÍAZ**, se **declare** que tiene derecho a que se reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 12 de mayo de 2014, se **condene** a COLPENSIONES a que se le reconozca y pague las mesadas causadas entre el 12 de mayo de 2014 al 31 de julio de 2016, se **condene** al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas, se **condene** al pago de la indexación, se **condene** al pago de costas y agencias en derecho; y se **condene** ultra y extra petita (fl. 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 4), señaló que el 12 de mayo de 2014 cumplió 60 años de edad, que hizo su última cotización para el periodo 05-2012 tal y como se evidencia del reporte de semanas

cotizadas, que terminó su vinculación con el ex empleador el día 3 de mayo de 2012, que el día 20 de abril de 2016 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, que mediante resolución GNR 220834 del 28 de julio de 2016 COLPENSIONES reconoció el derecho pensional a partir del 1° de agosto de 2016, en cuantía de \$746.590.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 29 a 31), en la que se opuso a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 11 a 5, y no constarle los demás, propuso como excepciones prescripción, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, cobro de lo no debido y genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 3 de octubre de 2018 (CD – fl. 55), **condenó** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la mesada pensional a favor del señor PEDRO LEÓN COLORADO DÍAZ a partir del 12 de mayo de 2014, en cuantía de \$674.561 por 13 mensualidades y en consecuencia, pagarle un retroactivo por mesadas dejadas de cancelar a partir del 12 de mayo de 2014 y hasta el 31 de julio de 2016, el cual incluye mesada adicional y reajustes anuales, por valor de \$22.765.093 valor que debe pagarse debidamente indexado, declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y la condenó a costas.

Fundamentó su decisión, indicando que revisado el reporte de semanas del actor se tenía que la última cotización se había hecho para el ciclo mayo de 2012 con el consorcio luz, sin que existiera novedad de retiro, si bien se tenía por establecido que para el reconocimiento de la pensión de vejez debía acreditarse la novedad de retiro conforme a lo establecido en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, la CSJ Sala de Casación Laboral jurisprudencialmente ha establecido que pueden existir algunas excepciones frente a dicha novedad que dan a entender la voluntad de desafiliación, que en el caso del demandante se tenía que había solicitado el

reconocimiento pensional el día 20 de abril de 2016, momento para el cual ya había cumplido los 60 años de edad, los cuales acreditó el 12 de mayo de 2014, por lo que al momento en que solicitó el reconocimiento de su prestación tenía el firme convencimiento de ser acreedor de su pensión de vejez. Adicionalmente, se observaba una cesación de cotizaciones por parte de la empresa consorcio luz, aspectos que evidenciaba voluntad del actor de querer desafiliarse, tanto así que no volvió a realizar aportes al sistema.

Finalmente, consideró que no había lugar al reconocimiento y pago de intereses moratorios en cuanto se trataba de una interpretación jurisprudencial al artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, en su lugar condenó a la indexación y sostuvo que no se encontraba probada la excepción de prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** interpuso recurso de apelación solicitando sea revisada la sentencia proferida en primera instancia ya que COLPENSIONES a obrado conforme a derecho, teniendo en cuenta que mediante circular interna No. 01-2012 en el artículo 1.6.5 literal C, dispone: *“en aquellos casos en que el afiliado sea dependiente y a cumplido con los requisitos para el reconocimiento de la pensión y no aparece la desvinculación laboral por parte del empleador la prestación será reconocida a partir de la inclusión en nómina”*, si bien el demandante cumplió el status de pensionado el 12 de mayo de 2014, conforme se indica en la resolución GNR 220834 del 28 de julio de 2016, lo cierto es que para dicho periodo cotizó como dependiente para el consorcio luz sin evidenciar novedad de retiro. De otro lado, en cuanto a la indexación se tenía que las mesadas se han venido actualizando año a año conforme al IPC certificado por el DANE.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

En consonancia con los recursos de alzada, corresponde a esta Sala de decisión determinar si la fecha de efectividad de la prestación debe ser a

partir del último aporte al sistema, si hay lugar al reconocimiento a la indexación y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor PEDRO LEÓN COLORADO DÍAZ, tal y como se corrobora con la copia de la Resolución GNR 220834 del 28 de julio de 2016 (fls. 20 a 24), mediante la cual COLPENSIONES refiere que el actor es beneficiario del régimen de transición y reconoce la pensión por aportes de conformidad con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, en cuantía de \$746.590 a partir del 1° de agosto de 2016.

Retroactivo pensional

Solicita la parte actora le sea reconocido el disfrute de la pensión otorgada por COLPENSIONES a partir del 12 de mayo de 2014, momento en que cumplió los 60 años de edad y acreditaba la totalidad de semanas requeridas, al revisarse la historia laboral del actor la cual milita a folios 35 a 36, se observa que el último aporte realizado lo fue para el ciclo 05-2012 por parte del empleador CONSORCIO LUZ, reporte que aparece en COLPENSIONES por traslado de régimen, sobre el cual como bien lo manifestó el *a quo* y el recurrente no cuenta con novedad de retiro por parte del empleador.

Sobre tal situación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha estimado, que por regla general, la desafiliación al sistema es la determinación que debe tener en cuenta el *a quo* para el otorgamiento de la pensión y solamente ha acudido a soluciones diferentes como en los casos en los que el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen de pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar

de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017).

Siguiendo los parámetros enunciados, en el presente asunto si bien no existió la novedad de retiro por parte del empleador como tal, si se efectuó por parte del demandante actuaciones que demostraban su voluntad de no querer seguir cotizando al sistema, pues una vez finalizada la relación laboral con el empleador CONSORCIO LUZ que lo fue el 3 de mayo de 2012, como se evidencia la liquidación definitiva obrante a folio 17 del expediente, el actor no volvió a realizar aportes al sistema pensional y por el contrario, esperó hasta el cumplimiento de los 60 años de edad que ocurrió el 12 de mayo de 2014, como se evidencia de la copia de la cédula de ciudadanía (fl.12) para proceder a reclamar el derecho el 20 de abril de 2016, tal y como consta de la resolución GNR 220834 del 28 de julio de 2016, acto administrativo en el cual además se reconoce que ya cumplía con los 20 años de servicios requeridos por la Ley 71 de 1988, en tal sentido no cabe duda que se efectuaron las excepciones establecidas jurisprudencialmente tales como, no realizar cotizaciones al sistema y solicitar la pensión.

Por tales motivos, el disfrute de la pensión debe ser reconocida a partir del 12 de mayo de 2014, momento en que cumplió los 60 años de edad momento para el cual le correspondía una mesada pensional en la suma de \$674.561 como lo tuvo por sentado el *a quo*, teniendo en cuenta que la mesada para el año 2016 ascendía a la suma de \$746.590, por lo que el retroactivo de las mesadas causadas y no pagadas entre el 12 de mayo de 2014 al 31 de julio de 2016 arrojan la suma de **\$20.140.106,01** como se desprende de la liquidación efectuada por esta instancia a través del grupo liquidador, la cual se adjuntará a la presente decisión, donde se tuvieron en cuenta las mesadas adicionales percibidas por el actor durante lapso, suma que es inferior a la calculada en primera instancia, motivo por el cual se modificará la sentencia teniendo en cuenta el grado jurisdiccional consulta por el cual también se está analizando la presente decisión.

Indexación

Frente a este postulado, se confirmará la orden impartida por el juez de primera instancia, de indexar las diferencias de las mesadas adeudadas, por cuanto la misma tiene como finalidad la de aminorar la pérdida del poder adquisitivo que sufre la moneda como consecuencia del paso del tiempo, no siendo dable las razones efectuadas por el recurrente, pues si bien la entidad ha venido cumpliendo con la actualización año a año conforme al IPC certificado por el DANE esto es sobre las mesadas ya reconocidas, más no sobre las mesadas dejadas de reconocer, que son las que se están ordenando pagar en esta oportunidad.

Prescripción

Al respecto encuentra la Sala que la misma no está llamada a prosperar, toda vez que la pensión fue reconocida el 28 de julio de 2016 mediante resolución GNR 220834 (fl.21), la solicitud del retroactivo pensional se presentó el 14 de diciembre de 2016 (fl.9) y la demanda se instauró el 9 de marzo de 2017 (fl.25), sin que entre una fecha y otra haya transcurrido el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL.

Por lo anterior, se **MODIFICARÁ PARCIALMENTE** la decisión objeto de apelación y consulta.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

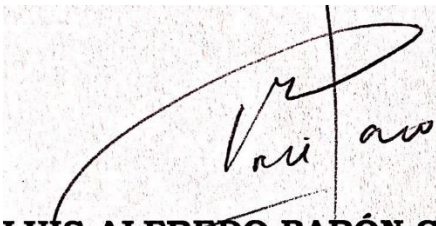
PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, en

cuanto al valor del retroactivo, estableciéndose que el mismo corresponde a la suma de \$20.140.106,01, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

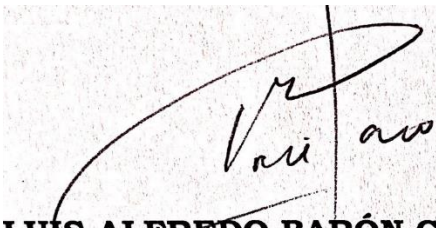


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES en la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JORGE ARMANDO HERRERA
CONTRA COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JORGE ARMANDO HERRERA**, se **declare** que la entidad demandada incurrió en mora en el pago de la pensión de vejez, se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se **condene** a la entidad demandada a la indexación de las mesadas pensionales, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho (fl.3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 2), indicó que nació el 13 de octubre de 1947, cumpliendo los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2007, que el día 27 de diciembre de 2007 presentó ante ISS el reconocimiento y pago de su pensión de vejez por ser beneficiario del régimen de transición, que el ISS hoy COLPENSIONES a través de la resolución 053482 del 30 de octubre de 2008 reconoció el derecho pensional a partir del 1° de diciembre de 2008, que el ISS hoy COLPENSIONES debió darle respuesta máximo hasta el 27 de abril de 2007, que tuvo que esperar 6 meses adicionales

para que le fuera reconocido el derecho pensional, que el día 12 de mayo de 2017 solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de intereses moratorios los cuales se negaron mediante resolución SUB 76010 del 25 de mayo de 2017.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 20 a 28), en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no ser ciertos los numerales 6 y 7; frente a los demás señaló ser ciertos, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia de cobro de indexación e intereses moratorios, buena fe, prescripción e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de septiembre de 2018 (CD – fl. 46), **absolvió** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del actor, **declaró** probadas las excepciones de prescripción e inexistencia del cobro de indexación y **condenó** en costas a la parte actora.

Fundamentó su decisión, indicando que en el presente caso eran procedentes los intereses solicitados teniendo en cuenta que la pensión se había reconocido bajo lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, señaló que en el presente caso se tenía que el demandante había solicitado el derecho pensional el 27 de diciembre de 2007 contando la entidad demandada con 4 meses para resolver positivamente el derecho, es decir, hasta el 27 de abril de 2008 y la entidad había resuelto mediante resolución No. 53482 del 30 de octubre de 2008, lo cual en efecto demostraba que había existido mora en el pago de las mesadas pensionales por parte de la entidad demandada. Sin embargo, consideró el *a quo* que el derecho se encontraba afectado por el fenómeno prescriptivo teniendo en cuenta que la reclamación tan solo se había presentado hasta el 12 de mayo de 2017.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación señalando que los intereses moratorios al ser de tracto sucesivo no era dable aplicar directamente la prescripción, en tal sentido solicita se condene a COLPENSIONES al reconocimiento de los mismos, por cuanto había quedado demostrado que efectivamente había existido mora.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante tiene derecho al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la mora en el pago de su mesada pensional y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor JORGE ARMANDO HERRERA, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la copia de la Resolución 053482 del 30 de octubre de 2008 (fls. 11 a 12), mediante la cual COLPENSIONES le reconoce la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, en cuantía de \$514.387 a partir del 1° de diciembre de 2008.

Intereses moratorios

Sobre el tema, ésta **Sala decisión ha considerado desde tiempo atrás que independientemente de la naturaleza de la pensión reconocida, es procedente el pago de los mismos**, cuando se prueba la mora injustificada por parte de la entidad pensional, pues el Decreto 758 de 1990 forma parte del antiguo régimen, el cual fue unificado en el de régimen de prima media con prestación definida y se halla incorporado igualmente, en el régimen de transición que trata la ley 100 de 1993, al referirse genéricamente a los sistemas anteriores, en el artículo 36 ibidem.

Si bien, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral anteriormente tenía la tesis de que los intereses moratorios del artículo 141 de 1993, únicamente procedían frente a pensiones reconocidas integralmente con base en las normas del sistema general de pensiones (SL12962-2017-SL4404-2018, entre otras). No obstante, a partir de la sentencia **SL 1681 del 3 de junio de 2020**, La Corte replanteo su criterio señalando que el pago oportuno de las mesadas pensionales es un derecho universal de los pensionados, que el propósito útil del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es clarificar y sentar pautas para la liquidación de todas las pensiones legales, incluidas las del régimen de transición y que las pensiones adquiridas en virtud del régimen de transición, las cuales son pensiones que hacen parte del sistema general de pensiones y, en esa medida, los pensionados tienen derecho a obtener las prestaciones y beneficios derivados de ese sistema, refiriendo textualmente lo siguiente:

“El pago puntual de la pensión es un derecho que cuenta con sustento constitucional. Al respecto, el artículo 53 de la Carta Política enuncia dentro de los principios mínimos de la legislación social «el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales».

La pensión es el ingreso periódico con el que cuentan las personas de la tercera edad, las personas con discapacidad o en estado de indefensión, y los miembros del grupo familiar, para sortear sus necesidades básicas y existenciales. Dada su conexión con el mínimo vital y existencial y los derechos de grupos especialmente protegidos, la Constitución Política le dispensa un trato especial en dos direcciones: primero, obliga al Estado y a las entidades de previsión, a reconocer y cancelar puntualmente la pensión, sin dilaciones o retardos injustificados; y, segundo, obliga a las entidades de seguridad social a reajustar las pensiones según el aumento en el costo de vida y la inflación.

*El mandato constitucional de garantizar «el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las **pensiones legales**», no distingue entre los diferentes tipos de pensiones legales. En consecuencia, tanto un pensionado con base en las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como uno que lo fue en virtud del régimen de transición, tiene el poder jurídico de reclamar los intereses moratorios por el pago impuntual de su mesada pensional a la entidad que se atrase en su cancelación.*

Aunque existen notables diferencias normativas en los tipos prestacionales (L. 33 de 1985, L. 71 de 1988, A. 049 de 1990, art. 33 de la L. 100 de 1993, entre otras), ello no significa que solo los pensionados de un régimen legal específico sufran los perjuicios derivados de la mora en el pago de las mesadas, mientras que otros no. Para todos ellos, la pensión representa su fuente de subsistencia y, desde este punto de vista, deben contar con un mecanismo legal que permita la reparación de los perjuicios ocasionados por el retardo en el pago de las mismas.

Precisamente en aras de desarrollar a nivel legal el mandato constitucional de pago a tiempo de las pensiones legales, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 señala que, en caso de mora de las mesadas pensionales, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Al analizar la constitucionalidad del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en sentencia C-601-2000, la Corte Constitucional sostuvo que el citado precepto no creaba privilegios entre grupos de pensionados que han adquirido su estatus bajo diferentes regímenes jurídicos, pues «la correcta interpretación de la norma demandada indica que a partir del 1.º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las pensiones a que se refiere la ley, esto es, las pensiones que tienen como origen el fenómeno laboral de la jubilación, la vejez, la enfermedad o la sustitución por causa de muerte, que se presente después de esa fecha, el pensionado afectado, sin importar bajo la vigencia de qué normatividad se le reconoce su condición de pensionado, tendrá derecho al pago de su mesada y sobre el importe de ella la tasa máxima del interés moratorio vigente».

La anterior reflexión la comparte esta Corporación, dado que, desde el prisma de la igualdad de trato legal, no existe una justificación objetiva y razonable para dispensar un trato favorable a unos pensionados en detrimento de otros que se encuentran en las mismas circunstancias de hecho: la mora en el pago de su mesada pensional. Por consiguiente, la fórmula adecuada para reparar el perjuicio causado por el retardo en la satisfacción de las pensiones legales debe ser el reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

La Ley 100 de 1993 tuvo como eje central la necesidad de unificar la pluralidad de regímenes pensionales preexistentes, en un sistema único y universal denominado «sistema general de pensiones». En este sentido, el artículo 15 del citado estatuto de seguridad social prescribe que son afiliados obligatorios todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo y los servidores públicos, sea que se incorporen por primera vez a la fuerza laboral o que estuvieran laborando con anterioridad.

Ahora bien, frente a ciertos segmentos de la población que tuvieran una proximidad a pensionarse –por edad o tiempo de servicios– de acuerdo con las reglas anteriores, la Ley 100 de 1993 instituyó en su artículo 36 un régimen de transición, el cual, sin aislarse de los principios y preceptos del sistema general de pensiones, otorga ciertos privilegios a esas personas en tres materias puntuales: edad, tiempo de servicios o semanas de cotización, y monto de la pensión, **dejando claro que «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 (sic)».**

De esta forma, el régimen de transición no es un cuerpo separado o excluido de la Ley 100 de 1993, sino una regulación especial englobada en la misma, a través del cual se otorga a ciertas personas la posibilidad de pensionarse con base en la edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto de la ley anterior, quedando todo lo demás sometido al imperio de aquella normativa.

Lo anterior derrumba el argumento expuesto desde la sentencia CSJ SL, 28 nov. 2002, rad. 18273 según el cual «los intereses del artículo 141 de la ley (sic) 100 de 1993 se imponen cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral», dado que, una pensión otorgada al amparo del régimen de transición, no es una prestación ajena al sistema o excluida de su campo de aplicación. Simplemente se trata de una pensión con unas exigencias específicas más favorables, de forma similar a como ocurre con

la pensión especial por hijo inválido o la pensión especial por alto riesgo, las cuales tienen condiciones pensionales más benéficas que las de la pensión de vejez ordinaria, sin que ello signifique que estas prestaciones no sean parte del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993.

En este orden de consideraciones, no existe razón para negar el derecho a los pensionados del régimen de transición (Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, entre otras) a obtener los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues, se repite, estas prestaciones hacen parte del sistema general de pensiones”.

Así mismo, tiene por sentada la Alta Corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral que éstos intereses deben ser impuestos con independencia de la buena o mala fe en el comportamiento en que haya incurrido el deudor, siempre y cuando, se demuestre el retardo injustificado en la cancelación de la prestación pensional, en cuanto se trata simplemente de un resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (Sentencia SL13388-2014, SL7893-2015 y SL5079-2018).

Aclarado lo anterior, procede la Sala a verificar si efectivamente se encuentra demostrada la mora alegada por la parte actora, frente a lo cual establecen los artículos 9° de la Ley 797 de 2003 y 4° de la ley 700 de 2001, que las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional tendrán un plazo no mayor de **6 meses** a partir del momento en que se eleve la solicitud de pensión para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes.

Apreciación ésta que encuentra sustento en el hecho que el término de 4 meses establecido en el parágrafo del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, se estableció para el reconocimiento de la prestación, mientras que los 6 meses de que trata el artículo 4° de la Ley 700 de 2001 lo es para su pago, razón por la cual no pueden asimilarse ambos conceptos, pues una cosa es que la entidad otorgue la prestación y otra que la incluya en nómina y efectúe su pago, en tanto puede ocurrir que la conceda en término pero que no la incluya en nómina inmediatamente, de ahí que tenga 4 meses para reconocer la pensión y 2 para incluirla en nómina para un total de 6 meses.

Aunado a ello, debe recordarse que los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se causan siempre que la entidad de seguridad social incurra en mora en el pago de las mesadas pensionales y no en su reconocimiento, de ahí que los mismos se generen vencidos los 6 meses de elevada la solicitud, pues es ahí cuando culminado el término para incluir la prestación en nómina si ésta no se empieza a pagar, corre a cargo del ente de seguridad social el pago de los referidos intereses, razón por la cual los intereses pretendidos deben contabilizarse 6 meses después de elevada la solicitud y no 4 meses como lo estableció la Juez de primera instancia.

Así las cosas, se observa que en el presente asunto el actor elevó reclamación el día 27 de diciembre de 2007, por lo que la entidad demandada tenía hasta el 27 de junio de 2008 para resolver positivamente el derecho pensional, lo cual tan solo ocurrió el 30 de octubre de 2008, mediante la expedición de la resolución 053482 y según consta del mismo acto administrativo el actor ya había acreditado la totalidad de los requisitos para acceder al derecho desde el mismo momento de la solicitud, por lo tanto, los intereses moratorios se causaron a partir del **28 de junio de 2008 hasta el 29 de diciembre de 2008** sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas.

Prescripción

Al respecto, encuentra la Sala que en efecto le asiste razón al sentenciador de primera instancia al considerar que los intereses moratorios solicitados se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo, pues el demandante tenía derecho a reclamarlos dentro de los 3 años siguientes al momento en que se reconoció el derecho pensional, es decir, hasta el 30 de octubre de 2011, situación que tan solo se hizo el 12 de mayo de 2017, como se observa de la expedición de la resolución SUB 76010 del 25 de mayo de 2017 (fl.16 a 18), sin que sea dable como lo pretende el recurrente de aplicarse la prescripción como sucede en los casos de mesadas pensionales, toda vez que los aludidos moratorios se encuentran afectados por el término prescriptivo que contempla el artículo 151 del CSTSS, tal y como lo ha considerado la CSJ Sala de Casación Laboral en sentencia SL 682-2020, en donde explicó:

“En este asunto, conviene resaltar que la censura equivoca y confunde los postulados de la prescripción, dado que pretende que se examine dicho fenómeno prescriptivo frente a los intereses moratorios, como se predica y analiza cuando se discute el derecho a la pensión como tal. Argumenta el recurrente que si el acceso a la prestación pensional es un derecho que jamás se extingue con el paso del tiempo y que lo único que prescribe son las mesadas que se vayan causando con el transcurrir del tiempo, dicha circunstancia debe adoptarse igualmente frente a los intereses moratorios, máxime, cuando éstos últimos son una obligación accesoria a la principal que es la pensión de invalidez; lo que no resulta acertado.

En efecto, sobre el particular, es preciso recordar que la jurisprudencia, en reiteradas oportunidades, ciertamente ha manifestado que el derecho a la pensión es irrenunciable e imprescriptible, es decir, que no se extingue con el paso del tiempo, por lo cual los afiliados podrán elevar o presentar su reclamación en cualquier momento, siendo obligación de las administradoras de pensiones otorgar tal derecho, cuando se acrediten en debida forma los requisitos.

Así mismo, se ha resaltado que en materia pensional, se ha de aplicar lo dispuesto en el artículo 151 del CPTSS, solamente frente a las mesadas causadas y no reclamadas con el pasar del tiempo, advirtiendo que dicho fenómeno extintivo no afecta el derecho a acceder a la prestación pensional como tal. Así se afirmó recientemente en la sentencia CSJ SL296-2020.

(...)

Por lo anterior, no queda duda que en el escenario pensional el fenómeno de la prescripción, contemplado en los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST, se extiende solamente frente a las mesadas pensionales que con el pasar del tiempo no fueron reclamadas, pero no como tal al derecho pensional, lo que en otras palabras significa, que si bien se garantiza al afiliado el acceso a disfrutar de su pensión, la prescripción si afecta los pagos mensuales causados con anterioridad a los tres (3) años a partir de los cuales se elevó la solicitud pensional, aplicando para ello, las reglas de interrupción reseñadas previamente.

En tales condiciones, resulta equivocado aplicar la anterior interpretación que se le ha dado al fenómeno de prescripción respecto del derecho pensional, a los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 como lo pretende la recurrente y que es el tema objeto de casación, ya que debe tenerse en cuenta que si bien el derecho pensional no se extingue con el paso del tiempo, ello obedece al carácter irrenunciable de que goza ésta prestación de seguridad social, al tenor del artículo 48 de la CN, presupuesto que de ninguna manera se puede hacer extensivo a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que se generan en caso de retardo en el pago de las mesadas pensionales.

Por el contrario, los aludidos intereses, en cuanto a su prescripción, se encuentran regulados por lo estipulado en el artículo 151 del CPTSS, en el sentido de que éstos se entienden dentro de las «acciones que emanen de las leyes sociales», las cuales según esa disposición prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho

exigible. Por lo tanto, es dable predicar que sí la reclamación sobre estos intereses no se presentó en tiempo o superó el término trienal, extinguen definitivamente el derecho, con la salvedad de que estos se causan después de vencido el término que tiene la administradora de pensiones para reconocer la pensión, para el caso cuatro (4) meses luego de radicada la solicitud pensional, lo que significa que la prescripción se contabiliza desde este momento”.

Por lo anterior, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia por las razones aquí expuestas.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante como quiera que su recurso de alzada no salió adelante.

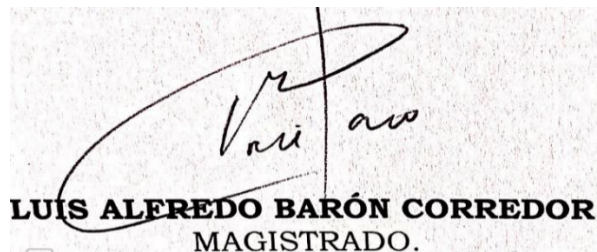
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 19 de septiembre de 2018, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: en esta instancia a cargo de la parte demandante como quiera que su recurso de alzada no salió adelante

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
Aclara voto



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
Aclara voto

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HILDA CECILIA ROJAS CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita la señora **HILDA CECILIA ROJAS** se **declare** que el señor LUIS AUGUSTO RAMÍREZ SANDOVAL fue afiliado al ISS en condición de trabajador dependiente y por ende tiene derecho a exigir los servicios prestaciones correspondientes a las contingencias que cubre la afiliación, se **declare** que el señor LUIS AUGUSTO RAMÍREZ SANDOVAL era beneficiario del régimen de transición, se declare que cotizó 500 dentro de los 20 años, es decir, entre el 15 de septiembre de 2013 al 15 de septiembre de 1993, se **declare** que en su condición de esposa del causante dependía económicamente de él. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez que en vida dejó causada el señor LUIS AUGUSTO RAMÍREZ SANDOVAL conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, se **condene** a la demandada a reconocerle la sustitución pensional, se **condene** al pago de intereses moratorios y a que las sumas adeudadas sean debidamente indexadas. De manera **subsidiaria** solicita, se **declare** que el señor LUIS AUGUSTO RAMÍREZ SANDOVAL cotizó un total de 1,100 semanas, se **condene** al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en los artículos 33, 34 y 36 de la Ley 100 de 1993 (fl.4/5).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 7 a 10 del plenario, en los cuales en síntesis se señalaron; que el señor LUIS AUGUSTO RAMÍREZ SANDOVAL nació el 15 de septiembre de 1953 y falleció el 25 de julio de 2015, que cotizó como trabajador independiente entre los años 1994 a 2012 y alguno de esos pagos se encuentra en 0 dentro de su historia laboral, los cuales corresponden a los periodos 03-1995, 08-1997, 09-1998,10-1999, 10-2001, 06-2003, 10-2003, 02-2004, 04-2004, 06-2004,11-2008 y 03-2012 al 11 de julio de 2012, que antes de entrar en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 acreditaba más de 750 semanas, que al momento del fallecimiento convivía con el señor LUIS AUGUSTO RAMÍREZ con quien contrajo matrimonio el día 5 de mayo de 1979 y dependía económicamente de él, que el 25 de julio de 2015 solicitó el reconocimiento pensional el cual se negó mediante resolución GNR 51672 del 17 de febrero de 2016, por no acreditar los requisitos exigidos en la Ley 797 de 2003 y Acto Legislativo 01 de 2005, que el día 31 de agosto de 2016 solicitó la corrección de su historia laboral, el día 10 de mayo de 2017 nuevamente solicita el reconocimiento pensional el cual se negó mediante actos administrativos SUB 72802 del 23 de mayo de 2017, SUB 130338 del 19 de julio de 2017 y DIR 12824 del 9 de agosto de 2017.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 11,2, 11, 13, 14, 16 a 19, no contarle los numerales 3, 4, 7 a 10 y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, prescripción e innominada o genérica (fls.67 a 87).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 6 de noviembre de 2018, **declaró** probadas las excepciones de cobro de lo no debido, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho para reclamar formulados por COLPENSIONES y **absolvió** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante.

Como argumento de su decisión, el *a quo* señaló que el señor LUIS AUGUSTO RAMÍREZ había nacido el 15 de septiembre de 1953, por lo que para el 1° de abril

de 1994 contaba con 40 años de edad, lo cual demostraba que era beneficiario del régimen de transición y cumplió los 60 años de edad el 15 de septiembre de 2013. En cuanto a las semanas reclamadas, señaló el *a quo* que del mes de marzo de 1995 se podían acreditar los 30 días, del mes de octubre de 1995 se podían acreditar 21 días, en el mes de febrero de 2004 se acreditaban 20 días, junio 2004 también 21 días, lo cual equivalía a 92 días, es decir, 13,14 semanas que al ser sumadas a las 714,74 semanas que aparecían reportadas en su historia laboral obtenía un total de 727,88 semanas sin que lograra completar las 750 semanas requeridas, frente a lo cual consideró el sentenciador que no era posible otorgar la pensión solicitada.

Seguidamente, procedió a estudiar el derecho con lo dispuesto en la ley 797 de 2003, indicando que tampoco cumplía con los requisitos allí establecidos, por cuanto para el momento del fallecimiento del señor LUIS AUGUSTO RAMÍREZ que lo fue en el año 2015 se requería 1,300 semanas y tan solo contaba con 1,015.46 semanas. En lo que respecta a la pensión de sobrevivientes de que trata el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, refirió que tampoco acreditaba los requisitos, pues no había cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al deceso, a su vez tampoco podía dar aplicación a la condición más beneficiosa, pues la norma inmediatamente anterior correspondía a la Ley 100 de 1993 en su texto original el cual exigía 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior, lo cual tampoco acreditaba.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación solicitando sea analizada la pretensión principal de la demanda y se tengan en cuenta los requisitos del Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta que no se incluyeron algunas semanas como trabajador independiente, lo cual le permite acceder a la pensión de sobrevivientes.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, si es posible validar los ciclos periodos 03-1995, 08-1997, 09-1998,10-1999, 10-2001, 06-2003, 10-2003, 02-2004, 04-2004, 06-2004,11-2008 y 03-2012 al 11 de julio de 2012, dentro de la historia laboral del señor LUIS AUGUSTO RAMÍREZ, así mismo, se analizará si acreditó ser beneficiario del régimen de transición y, en consecuencia, si cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, si

hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora HILDA CECILIA ROJAS, al pago de intereses moratorios, indexación y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

No son materia de controversia los siguientes aspectos: **1.)** que el señor LUIS AUGUSTO RAMÍREZ SANDOVAL falleció el 25 de julio de 2015 (fl.25), **2.)** que contrajo matrimonio con la señora HILDA CECILIA ROJAS el día 5 de mayo de 1979 (fl.26), **3)** que realizó cotizaciones a COLPENSIONES entre el 01/10/1972 al 31/07/2012.

Reconocimiento de semanas

Solicita la parte actora sean reconocidas los siguientes ciclos 03-1995, 08-1997, 09-1998,10-1999, 10-2001, 06-2003, 10-2003, 02-2004, 04-2004, 06-2004,11-2008 y 03-2012 al 11 de julio de 2012, dentro de la historia laboral del señor LUIS AUGUSTO RAMÍREZ, para lo cual se pasa a ilustrar las observaciones anotadas por la entidad demandada dentro de cada uno de los ciclos solicitados.

SEMANAS NO REPORTADAS	OBSERVACIÓN
03-1995	<i>“pago vencido como trabajador independiente”</i>
10-1995	<i>“pagó como trabajador independiente”</i>
08-1997	<i>“Pagó en proceso de verificación”</i>
09-1998	<i>“Pagó en proceso de verificación”</i>
10-1999	<i>“Pagó en proceso de verificación”</i>
10-2001	<i>“Pagó en proceso de verificación”</i>
06-2003	<i>“Pagó régimen subsidiado”</i>
10-2003	<i>“Saldo a favor del afiliado”</i>
02-2004	<i>“Pagó como trabajador independiente”</i>
04-2004	<i>“Pagó como régimen subsidiado”</i>
06-2004	<i>“Pagó como trabajador independiente”</i>
11-2008	<i>“Pagó como régimen subsidiado”</i>
03-2012 al 07-2012	<i>“no afiliado al régimen subsidiado”</i>

Teniendo en cuenta las anteriores observaciones, le asiste razón al Juez en cuanto a que deben ser reconocidos el ciclo 03-1995 correspondiente a 30 días ya que se observa que el mismo aparece con la observación *“pago vencido como trabajador independiente”*, pues se trata de un pago extemporáneo efectuado por el trabajador independiente los cuales no pueden ser nulas o ineficaces tal y como lo ha tenido por sentado la CSJ Sala de Casación Laboral en sentencia SL 16204/2014. Así como también le asiste razón a que se tomen en cuenta los ciclos 10-1995 correspondiente en 10 días, 02-2004 en 20 días y 06-2004 en 21 días, también es acertado el hecho que no deban reconocerse los ciclos con la anotación *“Pagó*

régimen subsidiado”, ya que estos se entienden aplicados y los concernientes a la anotación “no afiliado al régimen subsidiado”, pues sobre estos no se hizo aportes.

Ahora, frente a ciclos que aparecen con la observación *“Pagó en proceso de verificación”*, también debieron haber sido reconocidos por el *a quo*, toda vez que le asistía la obligación a la entidad demandada de establecer la verificación anunciada y no quedar a la deriva dicho ciclo, pues esto claramente afecta el cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho pensional, además que así también lo ha tenido por establecido la alta Corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, como en sentencias SL 9131-2014 donde se citó la sentencia con radicado 41382 del 5 de octubre de 2010, en la cual se dijo:

[...]

“En cuanto a la crítica del opositor de que el documento que acusa el cargo como erróneamente apreciado, no posee información confiable porque contiene una nota respecto a que las novedades y el total de semanas están sujetas a verificación y corrección por parte del I.S.S., se ha de anotar que si una imprecisión o error contuviera debió ser planteado como medio defensivo en las instancias. Debemos recordar que el Instituto hace parte del proceso, de él provienen las novedades sujetas a verificación, y en el trámite de la actuación no procedió a constatar el contenido de la Historia de cotizaciones, no señaló fuentes precisas de incorrecciones, ni ofreció información que él posee que pudiera desvirtuarla”.

Precisado lo anterior, se tiene entonces que al causante se le deben sumar a su historia los siguientes ciclos:

CICLO	DÍAS	SEMANAS	TOTAL
03-1995	30	4,29	
10-1995	21	3	
08-1997	30	4,29	
09-1998	30	4,29	
10-1999	30	4,29	
10-2001	30	4,29	
02-2004	20	3	
06-2004	21	3	30,45

Régimen de transición-pensión vejez Acuerdo 049 de 1990

Conforme al art. 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de los hombres debía contar para el 1º de abril de 1994, con 40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados.

Reuniendo los requisitos señalados tendrá derecho a la pensión de vejez o de jubilación cuando cumplan la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas

establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1° de abril de 1994, el cual para el caso concreto es el dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Dto. 758 del mismo año, por contar con semanas cotizadas al ISS hoy Colpensiones.

Dicho lo anterior, y conforme a la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 22 del expediente, se tiene que el señor LUIS AUGUSTO RAMÍREZ nació el **15 de septiembre de 1953**, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 40 años de edad cumplidos, reuniendo así los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el párrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone que éste no podrá extenderse más allá del **31 de julio de 2010**, excepto para las personas que estando en el mismo tengan cotizadas **750 semanas** o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto, a quienes se les mantendrá el referido régimen hasta **diciembre de 2014**.

Al constatar si el causante contaba con 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 29 de julio de 2005, de conformidad con el reporte de semanas cotizadas establecidas en su historia laboral (fl.96 a 103) se puede ver que para la entrada en vigencia de dicho acto legislativo reunió un total de **715,74** que al sumarse las semanas aquí reconocidas arroja un total de **746,19 semanas**, no cumpliendo así con las 750 semanas requeridas en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Así mismo, se procede analizar si el causante logró acreditar algunos de los requisitos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990 a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 o al 31 de julio de 2010, a fin de establecer si contaba con una **expectativa legítima** y, por lo tanto, si resulta viable acceder al reconocimiento pensional al aplicarse el **principio de la condición más beneficiosa**, frente a ello se tiene que si bien acreditó las 500 semanas de cotización **durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad**, esto es, entre el **15 de septiembre de 1993 al 15 de septiembre de 2013**, al contar con **865,62 semanas** de cotización, lo cierto es que **los 60 años de edad los cumplió hasta el 15 de septiembre de 2013**, es decir, con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005 y al 31 de julio de 2010, igualmente acreditó las 1,000 semanas de cotización posteriormente, pues para el **31 de julio de 2010 contaba con 985,92** y reunió un total de **1,045.91 semanas** solo hasta el 31 de julio de 2012, situaciones por las cuales se concluye que el causante no dejó causado el derecho a la pensión de vejez.

Pensión de Sobrevivientes

Ahora, a fin de determinar si el señor LUIS AUGUSTO RAMÍREZ reunió los requisitos para que la reclamante pueda obtener la pensión de sobrevivientes, se tiene en principio que la norma que gobierna la situación pensional aquí debatida, no es otra que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta que su **deceso ocurrió el 25 de julio de 2015** (fl.25), normatividad que dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo [12](#) de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones (...):

Así entonces, encuentra la Sala que el causante al momento de su fallecimiento no se encontraba cotizando ante la entidad demandada, tal como se corrobora de su historia laboral (fls. 96 a 103) realizando su último aporte el 31 de julio de 2012, de manera que, para acceder a la prestación conforme a la normatividad en cita, le correspondía acreditar 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento, es decir, entre el 25 de julio de 2012 al 25 de julio de 2015, en donde no solo se avizora 4 semanas.

Pasando la Sala entonces a verificar si es procedente dar aplicación al principio de la **condición más beneficiosa**, al efecto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2425-2016, Rad. N° 48.322, del 17 de febrero de 2016, manifestó que, en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, se puede acudir a la norma anterior para efectos de reconocer un eventual derecho, el cual se genera cuando se logra la densidad de cotizaciones necesarias para acceder a ella, en tal aspecto se tiene entonces, que la norma inmediatamente anterior, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su texto original, normatividad que disponía:

“ARTÍCULO 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiera cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema. Hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte”.

En el caso bajo estudio, es un hecho indiscutido que el causante no reúne la densidad de semanas allí exigidas, por carecer de aportes en ese lapso, es decir, durante el año inmediatamente anterior al deceso, al no estar cotizando al sistema. Si bien la alta Corporación de la jurisdicción ordinaria Laboral, ha señalado que el juez no puede hacer un ejercicio histórico sobre normas que regulan la materia (SL4020-2019, reiteró la sentencia CSJ SL1689-2017).

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional en la Sentencia SU 442 de 2016, analizó el caso de un afiliado a quien se le estructuró la pérdida de su capacidad laboral en vigencia de la ley 860 de 2003; sin embargo, aplicó en virtud del principio de la condición más beneficiosa no la ley 100 de 1993, sino el acuerdo 049 de 1990; si bien se analizó el caso para el reconocimiento de una pensión de invalidez, sus consideraciones son aplicables al caso en concreto, la Corte indicó:

“La Corte determinó que por haber reunido más de 300 semanas antes de entrar en vigencia el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, momento para el cual su situación estaba gobernada por el Decreto 758 de 1990, se forjó entonces para el accionante una expectativa legítima de que, en lo pertinente, este requisito le sería respetado. Si bien el legislador podía introducir ajustes o incluso reformas estructurales al sistema pensional, debía hacerlo en un marco de respeto por los derechos adquiridos y las expectativas legítimas”

En otros apartes señaló, la Corte Constitucional:

“La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional han señalado como fundamentos centrales de la condición más beneficiosa esencialmente los siguientes: (i) La seguridad social, la Constitución garantiza a todos los habitantes “el derecho irrenunciable a la seguridad social” (CP art 48). Por ser un derecho expresamente estatuido en la Carta, debe ser interpretado de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia; (ii) La protección de las personas que por sus condiciones de salud se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Cuando la condición más beneficiosa, se aplica a las solicitudes de pensión de invalidez, concurre además un grupo de principios constitucionales que protegen a las personas que –por ejemplo debido a su salud- están en circunstancias de debilidad manifiesta. La Constitución consagra el derecho de todas las personas que “se encuentren

en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva”; (iii) La confianza legítima. Aunque el riesgo que activa el acceso a la pensión de invalidez tiene por principio un carácter futuro, incierto e imprevisible, no por eso se pierde en este contexto el derecho a la protección de la confianza legítima. Quien ha reunido la densidad de semanas de cotización para pensionarse por invalidez en vigencia de un régimen, aun cuando no haya perdido aún la capacidad laboral en el grado exigido por la Ley, se forja la expectativa legítima consistente en la posibilidad de pensionarse en caso de que sobrevenga la ocurrencia del riesgo; (iv) La condición más beneficiosa. Una vez una persona contrae una expectativa legítima en vigencia de un esquema normativo alcanza entonces un derecho a que le sea protegida. Este derecho es además de raigambre constitucional, y por serlo ampara a la persona frente a una pérdida de su fuerza de trabajo o capacidad laboral. En tal virtud, le es aplicable la protección específica de la Constitución. (subrayado fuera del texto original).

Se puede caracterizar el principio de la condición más beneficiosa en pensiones de invalidez como un derecho constitucional, en virtud del cual una solicitud de reconocimiento pensional puede examinarse conforme a la condición más beneficiosa prevista en normas anteriores a la vigente al estructurarse una pérdida de 50% o más de capacidad laboral, en la medida en que la persona se haya forjado una expectativa legítima en vigencia de la normatividad anterior, y en que la reforma de esta última no se haya acompañado de un régimen de transición constitucionalmente aceptable. En la jurisprudencia se ha aplicado precisamente a la pensión de invalidez tras observar que la sucesión de regímenes y normas aplicables al aseguramiento de este riesgo ha estado desprovista de esquemas para la transición que protejan las expectativas legítimas”

La Corte UNIFICA la JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA CONDICION MÁS BENEFICIOSA, acogiendo la aplicación de la tesis “más amplia”, según la cual no existe límite temporal para determinar la norma pensional, en el sentido que no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima.

Al respecto sobre el Alcance, dice:

“El principio de la condición más beneficiosa no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, concebida conforme a la jurisprudencia. Por lo demás, una vez la jurisprudencia ha interpretado que la condición más beneficiosa admite sujetar la pensión de invalidez a reglas bajo cuya vigencia se contrajo una expectativa legítima, no puede apartarse de esa orientación en un sentido restrictivo, a menos que se ofrezcan razones poderosas suficientes que muestren que: (i) la nueva posición tiene mejor sustento en el orden legal y constitucional, (ii) los argumentos para apartarse priman sobre los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad de trato que están a la base del respeto al precedente constitucional, y

(iii) está en condiciones de desvirtuar la prohibición de retroceso injustificado en materia de derechos sociales fundamentales, establecida en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Hasta el momento no se han aportado razones de esta naturaleza, por lo cual la jurisprudencia de esta Corte, encargada de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución, se mantiene y es vinculante para todas las autoridades, incluidas las judiciales”.

Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia **SU 005 de 2018**, sobre el tema consideró que el criterio de la Corte Constitucional resultaba desproporcionado y contrario a los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, frente a la cual resulta proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar, de manera ultractiva, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 –o regímenes anteriores- en cuanto al primer requisito, semanas de cotización, para efectos de valorar el otorgamiento de dicha prestación económica, aunque el segundo requisito, la condición de la muerte del afiliado hubiese acaecido en vigencia de la Ley 797 de 2003, fundamentado en que si bien estas personas vulnerables no adquirieron el derecho a la pensión de sobrevivientes en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, los aportes del afiliado, bajo dicho régimen, dieron lugar a una expectativa que, por las circunstancias particulares del tutelante, amerita protección constitucional.

En la misma sentencia, la Corte Constitucional ajusto su jurisprudencia en cuanto al alcance del principio de la condición más beneficiosa en **materia de pensión de sobrevivientes**, de conformidad con las siguientes 6 consideraciones:

“(i) De conformidad con lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de sobrevivientes son los dispuestos en las leyes del Sistema General de Pensiones, esto es, el sistema reglado entre otras, por la Ley 100 de 1993 y modificado por la Ley 797 de 2003. Esta regla constitucional impide la aplicación ultractiva de regímenes de pensiones de sobrevivientes anteriores a la Ley 100 de 1993.

(ii) Varias Salas de Revisión han aplicado, de manera ultractiva, el régimen previsto por el Acuerdo 049 de 1990 -e incluso regímenes anteriores, en cuanto al primer requisito para la causación del derecho, esto es, el número mínimo de semanas de cotización para la obtención de la pensión de sobrevivientes.

(iii) Así mismo, en la Sentencia SU-442 de 2016 la Sala Plena aplicó de forma ultractiva el régimen del Acuerdo 049 de 1990, en cuanto al requisito del número mínimo de semanas de cotización para la pensión de invalidez. Sin embargo, debido a que la pensión de sobrevivientes tiene una finalidad distinta de aquella de la pensión de invalidez -a saber, amparar al beneficiario del riesgo de desaparición del ingreso del cotizante, y garantizar la sustitución de este emolumento por el provisto por la pensión, la Sala Plena no cambió su jurisprudencia acerca de la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990 o anteriores, en cuanto tiene que ver con la pensión de invalidez, sino que la distinguió de aquella que debe aplicarse en cuanto a la pensión de sobrevivientes.

(iv) La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado el principio de la condición más beneficiosa de una forma que lejos de resultar constitucionalmente irrazonable es acorde con el Acto Legislativo 01 de 2005. Para dicha Corte, este principio no da lugar a la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990 u otros regímenes anteriores. Por tanto, el hecho de que el cotizante hubiese realizado aportes pensionales, por lo menos por el número mínimo de semanas previsto en dicha normativa para acceder a la pensión de sobrevivientes, sumado a la muerte del cotizante tras la expedición de la Ley 797 de 2003, no genera el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes para el beneficiario. Esta regla, en todo caso, sí ha considerado la aplicación ultractiva de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, para efectos del cómputo de las semanas mínimas de cotización, únicamente en aquellos supuestos en los que la muerte del afiliado hubiese acaecido dentro de los 3 años posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003[97].

(v) No obstante, para la Corte Constitucional, la regla dispuesta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sí resulta desproporcionada y contraria a los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, cuando quien pretende acceder a la pensión de sobrevivientes es una persona vulnerable. En estos casos, los fines que persigue el Acto Legislativo 01 de 2005 -hacer viable el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en condiciones de universalidad y de igualdad para todos los cotizantes- tienen un menor peso en comparación con la muy severa afectación de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas de las personas vulnerables. Por tanto, solo respecto de estas personas resulta proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar, de manera ultractiva, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 –o regímenes anteriores- en cuanto al primer requisito, semanas de cotización, para efectos de valorar el otorgamiento de dicha prestación económica, aunque el segundo requisito, la condición de la muerte del afiliado hubiese acaecido en vigencia de la Ley 797 de 2003. Si bien estas personas vulnerables no adquirieron el derecho a la pensión de sobrevivientes en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, los aportes del afiliado, bajo dicho régimen, dieron lugar a una expectativa que, por las circunstancias particulares del tutelante, amerita protección constitucional.

(vi) Solo para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se considerarán como personas vulnerables aquellos individuos que hayan superado el Test de procedencia antes descrito. Para estas personas, las sentencias de tutela tendrán efecto declarativo del derecho y solo se podrá ordenar el pago de mesadas pensionales a partir de la presentación de la acción de tutela”.

Como se puede evidenciar de los preceptos jurisprudenciales citados, la Corte Constitucional se ha mantenido respecto de interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar, de manera ultractiva, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 –o regímenes anteriores-, conforme a los fundamentos señalados en la sentencia SU-442 de 2016 y SU 005 de 2018, aspecto sobre el cual ésta Sala de decisión se encuentra de acuerdo y se acoge a dichos criterios, toda vez que la Ley 797 de 2003 no se trata de un nuevo régimen, sino que corresponde a la misma Ley 100 de 1993, pues su nacimiento jurídico conllevó a la modificación dispuesta en el artículo 46, más no del creación de un nuevo régimen. Así mismo, se considera que respecto “**Test de procedencia**” de que trata la sentencia SU 005

de 2018, se aplica únicamente cuando el reconocimiento pensional se da a través de la acción de tutela, pero no cuando el reconocimiento se hace a través de la vía ordinaria como lo es en el presente caso, de manera que se entiende que tan solo basta dar aplicación del principio de la condición más beneficiosa de conformidad con el art. 53 Superior, pudiéndose acudir a la norma anterior, sin que tenga que ser la inmediatamente, ya que los aportes del afiliado, dieron lugar a una expectativa que amerita el reconocimiento pensional.

Así las cosas, pasa la Sala a verificar si el causante reunió los requisitos contemplados en el art. 25 del Acuerdo 049 de 1990, que, a su vez, remite al art. 6, el cual señala:

“REQUISITOS DE LA PENSION DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

(...)

b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.”

Así entonces, se tiene que el causante acreditó **180,29 semanas** entre el **01 el octubre de 1972 al 1° de abril de 1994**, fecha de entrada en vigencia la ley 100 de 1993. Por lo anterior, el causante tampoco dejó causado a favor de sus beneficiarios el derecho a la pensión de sobrevivientes bajo lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, razón por la cual habrá de **CONFIRMARSE** la decisión de primera instancia.

Adicionalmente, el causante tampoco logró acreditar los requisitos con **Ley 797 de 2003**, pues para el momento en que cumplió la edad y dejó de reportar aportes al sistema que lo fue en el año 2012 debía contar con 1,225 semanas y para el momento del deceso que lo fue en el año 2015 debía acreditar 1,300 semanas, no contando con ninguna de estas, pues como bien se ha dicho tan solo reunió 1,045.91 semanas de cotización durante toda su vida laboral.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

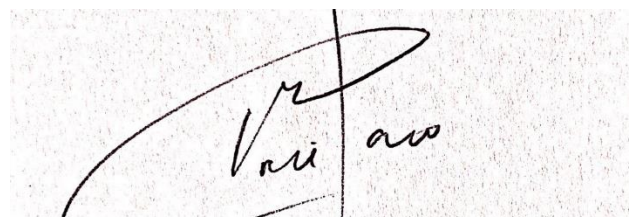
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2018, por parte del Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

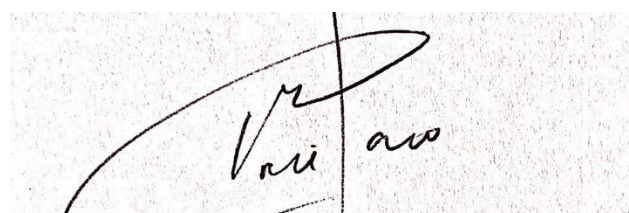


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada
Aclara voto



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$ 300.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ELBER FERNANDO MORALES CASTRO
CONTRA ALEXMA S.A.S.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Pretende el señor **ELBER FERNANDO MORALES** se **declare** que existió una relación laboral con la empresa demandada a través de un contrato verbal a término indefinido desde el 1° de agosto al 23 de septiembre de 2013, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, como consecuencia de ello, solicita se **condene** a la empresa demandada al reconocimiento y pago de la suma de \$1.041.450 que correspondiente a salarios adeudados debidamente indexado, se **condene** a la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del CST teniéndose como salario base la suma de \$589.500, se **condene** al pago de cesantías, se **condene** a la sanción por no consignación a las cesantías, se **condene** al pago de intereses a las cesantías, se **condene** al pago de prima de servicios, se **condene** al pago de seguridad social en pensión, se **condene** al reconocimiento y pago de daño moral; y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho (fls. 11 a 12).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan de fls. 7 a 9 del plenario donde en síntesis se indicaron que fue contratado por la empresa demandada a través de un contrato verbal para prestar sus servicios como auxiliar de oficina, laborando en la sede principal de la sociedad demandada en la carrera 50 No. 4A- 32 de la ciudad de Bogotá, que durante la vigencia de la relación laboral no le fue cancelado el salario pactado que correspondió a la suma de \$589.500, que la relación laboral de dio por terminada sin justa causa por parte de la empresa demandada, que ha requerido en varias oportunidades el pago de su salario sin que se de cumplimiento, no fue afiliado al sistema de seguridad social ni se le pagó prestaciones sociales, así mismo se le causó un daño moral, toda vez que fue a cobrar su salario en 7 oportunidades y no se le pagó, lo que le generó desgaste y estrés al que se vio sometido dada la necesidad que tenía para esa época.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

ALEXMA S.A.S. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 14 a 17 y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la relación laboral, inexistencia de las obligaciones demandadas, mala fe, cobro de lo no debido, pago y prescripción (fls. 25 a 36).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de evacuadas las etapas propias del proceso, el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, **declaró** probada la excepción denominada INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL propuesta por la empresa demandada, la **absolvió** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas la parte actora (CD fl. 51).

Como **argumento de su decisión**, el *a quo* hizo relación a la pruebas documentales, a los interrogatorios de parte rendidos por el representante legal de la empresa demandada y el demandante, así como la declaración rendida por NELSON ENRIQUE MORENO, JHON ANDRÉS PEÑA TORRES y la señora SIXTA TULIA CASTRO MORALES, seguidamente, indicó que la parte demandada alegaba que no había existido un contrato laboral con el actor, sino un contrato de prestación de servicios por un tiempo diferente al que se reclamaba en la demanda, indicó que analizada la declaración rendida por la testigo SIXTA TULIA CASTRO, ésta refería un tiempo

diferente a los señalados en la demanda, lo cual no se había podido establecer con certeza que el actor hubiera prestado sus servicios en los términos indicados en los hechos de la demanda y en el horario allí señalado, de manera que al no quedar acreditada la prestación personal del servicio, no se podía dar aplicación a la presunción establecida en el artículo 24 del CST, siendo que era deber de la parte actora como mínimo demostrar los extremos de la relación laboral, razón por la cual absolvió a la empresa demandada de las pretensiones reclamadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** sustentó su recurso de apelación manifestando que se encontraban demostrados los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, el salario devengado y una relación de subordinación o dependencia, debía tenerse en cuenta también que la parte demandada no había allegado el contrato de prestación de servicios, tampoco las cuentas de cobro que había allegado el demandante, teniendo en cuenta que todas las pruebas apuntaban a establecer la relación laboral, debía tenerse en cuenta que se había sido demandando solidariamente el señor Nelson Colorado como persona natural y la empresa demandada como persona jurídica, por último, también debía tenerse en cuenta que por vía jurisprudencial se ha determinado que no se necesita probar necesariamente las fechas indicadas en la demanda para determinar el tiempo de la relación laboral, pero que al probarse un periodo inferior se debe declarar la existencia de la relación laboral.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de alzada corresponde a esta Sala de decisión determinar si entre las partes existió una relación laboral, si se demandó de manera solidaria al señor Nelson Colorado, en caso afirmativo si hay lugar a reconocer las pretensiones solicitadas en la demanda.

Existencia de la relación laboral

Ha sostenido en varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, se erige como un elemento esencial del ordenamiento jurídico laboral, a partir del principio consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política. En su aplicación, los jueces deben dejar de lado las formas pactadas entre las partes de una relación contractual,

para dar prevalencia a lo que en realidad develan las condiciones en las cuales se desarrolló el nexo jurídico (SL825-2020- SL 3739-2020).

Así mismo, ha indicado que el artículo 23 del CST, preceptúa que se estructura un contrato de índole laboral cuando concurren remuneración, prestación personal del servicio y subordinación. A su vez, el artículo 24 del mismo ordenamiento, consagra la presunción de existencia de un contrato de trabajo, una vez acreditada la prestación personal del servicio de una persona natural a otra, también natural o jurídica (SL16528-2016- SL 3739-2020).

En el presente caso se tiene que la parte actora solicita en su escrito de demanda la declaración de una relación laboral entre el **1° de agosto al 23 de septiembre de 2013**, sin aportar prueba documental que lo demuestre, frente a lo cual la empresa demandada aduce en su escrito de contestación que la relación que ató a las partes lo fue a través de un contrato de prestación de servicios para el año 2011, en donde el demandante debía apoyar al conductor en la entrega de mercancías, actividad que realizaba por días, aportando como sustento a su dicho las documentales que militan a folios 38 a 44 del expediente, donde se encuentran comprobantes de pago de cada uno de los días en que se prestó el servicio para el año 2011.

En cuanto a los interrogatorios de parte rendidos ante el Juzgado, en relación al representante legal de la empresa demandada se tiene que este no dijo más allá de lo aludido en la contestación de la demanda, por su parte el actor insistió en cuanto a que la relación laboral se había dado en los extremos relacionado en el líbello introductor, como también refirió que había prestado sus servicios durante el tiempo manifestado por la accionada, momento para el cual la actividad se desarrollaba ocasionalmente. Por otro lado, declararon NELSON ENRIQUE MORENO, JHON ANDRÉS PEÑA TORRES y la señora SIXTA TULIA CASTRO, que como bien lo señaló el Juez de primera instancia, los dos primeros testigos manifestaron haber laborado para la empresa demandada y haber conocido al actor, pero durante los años 2011 y 2012, donde él prestaba sus servicios de manera esporádica como mensajero, incluso el testigo JHON ANDRÉS PEÑA TORRES refiere a ver laborado para el año 2013, oportunidad en la cual no presenció que el actor estuviera prestando algún servicio a favor de la empresa.

La señora SIXTA TULIA CASTRO quien es la mamá del demandante en efecto tampoco es clara en precisar desde cuándo fue que el demandante prestó sus servicios para la

demandada, pues si bien sostuvo que lo fue del 6 de junio al 23 de octubre de 2013, de su versión se observaron varias inconsistencias como lo referente al horario, pues en una parte dijo que el actor había laborado entre de 7:00 a.m. a 6:00 p.m. en otra parte dijo haber sido de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., también manifestó que tuvo arrendado un local de su propiedad a la empresa demandada, momento para el cual el actor no laboró para ellos, sosteniendo inicialmente que la relación laboral lo fue solo para el año 2013, pero más adelante manifiesta que les prestaba sus servicios con anterioridad de manera ocasional, no recuerda con exactitud la fecha en estuvo arrendado el local, sin embargo, en el interrogatorio de parte del actor manifestó que durante el tiempo en que estuvo arrendado el local sí prestó sus servicios y que lo fue de manera ocasional, la testigo también reconoce que firmó un comprobante de pago efectuado a favor del actor en la cual se le pagan unos días laborados del año 2011 (fl.38), todo ello lleva a la conclusión que la prestación del servicio lo fue para el año 2011.

De suerte que, es evidente que el sentenciador de primera instancia no incurrió en ningún desatino al establecer que el demandante no logró acreditar la prestación personal del servicio durante el tiempo reclamado el cual fue entre el **1° de agosto al 23 de septiembre de 2013**, tal y como se ha expuesto, por lo que no es posible dar aplicación a la presunción establecida en el artículo 24 del CST, pues no existe dentro del plenario prueba contundente que así lo demuestre, si bien se acreditó la prestación del servicio para los años 2011 y 2012, y no se aportó el contrato de prestación de servicios del cual hizo referencia la parte demandada, lo cierto es que tal extremo no fue el reclamado por el demandante, por lo que el litigio no se basó en ello, de manera que ordenarse la existencia de una relación laboral sobre extremos no reclamados afectaría el derecho de defensa de la contra parte, aunado al hecho de que tampoco existe suficiente material probatorio con el cual se pueda establecer con exactitud los extremos correspondientes a los años 2011 a 2012, pues de lo aportado al expediente se observa que la prestación del servicio no fue continua.

Nótese que si bien los jueces deben procurar por desentrañar de los medios probatorios los extremos temporales de la relación laboral, ello debe hacerse cuando se tenga seguridad de la prestación personal del servicio por un determinado periodo, para así poder calcular los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador, caso que no ocurre en el presente asunto, ya que como bien se ha dicho no está acreditada la prestación personal del servicio durante el tiempo reclamado, si bien es cierto como sostiene el promotor del proceso que si se prueba la existencia de una relación laboral por un tiempo inferior al reclamado debe ser declarada, ello se da en los casos que al

encontrarse demostrada que la relación laboral que se dio entre las partes y se no se tuvo como extremos los alegados por el actor en el escrito demandatorio, sino otros, debe establecerse si había lugar a acoger parcialmente las pretensiones, en el sentido de declararse la existencia del contrato de trabajo que se encuentre probado, a través de una sentencia *minus petita*, como se indicó por parte de la CSJ Sala de Casación Laboral en sentencias con rad. 3818222 de agosto 2008 y más reciente en la sentencia SL 5381 de 2019, en la que se citó:

*“[...] el Juez tiene el deber, no solo en los casos en los que se prueba un tiempo de servicios inferior al pretendido [...] sino en otros [...], de dictar una condena minus petita que acepte parcialmente las pretensiones de la demanda, esto es, **que si el demandante pide más, pero tan solo alcanzó a acreditar parte de lo pedido, debe reconocerse lo probado**”.*

Es decir, que para dictar una sentencia *minus petita* que es a la hace referencia el apelante se debe acreditar necesariamente parte de lo pedido, aspecto que no es el caso bajo estudio, pues no se probó la prestación del servicio dentro del tiempo alegado y el tiempo en que se probó la prestación del servicio no fue discutido en la demanda, entendiéndose que sobre el mismo no existió reparo, además debe tenerse en cuenta que las decisiones judiciales deben ser congruentes a los hechos y pretensiones de la demanda tal como lo prevé el artículo 281 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del CPTSS, la cual cita textualmente *“no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta”*.

Finalmente, sostiene el apelante que no se tuvo en cuenta que el señor Nelson Colorado también fue demandado solidariamente como persona natural, sin embargo, al verificarse la demanda se tiene que tal argumento tampoco es cierto, pues de la misma se estableció: demanda ordinaria laboral contra la empresa ALEXMA S.A.S. representada legalmente por NELSON JAIR COLORADO PARDO o quien haga sus veces, siendo así admitida la demanda por parte del *a quo* (fl.20) y si fuera como lo manifiesta el actor, tampoco se acredita la prestación del servicio a favor del señor NELSON JAIR COLORADO PARDO durante el interregno solicitado.

Por lo anterior, no tiene más esta Sala de decisión que confirmar la decisión de primera instancia.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

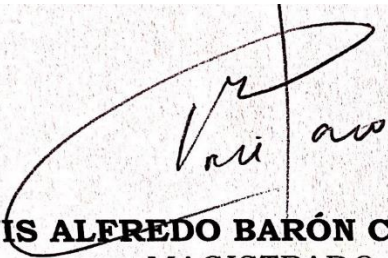
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.- SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 27 de abril de 2018, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

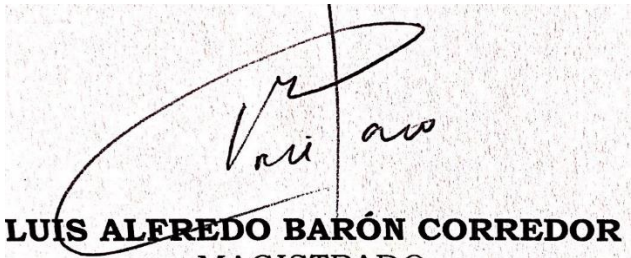


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$300.000.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ ELIO HERRERA OLIVAR CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **JOSÉ ELIO HERRERA OLIVAR** se **inaplique** dentro del presente asunto el parágrafo transitorio No. 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, se **declare** que es beneficiario del régimen de transición. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1° de febrero de 2017, junto con los aumentos legales causados año tras año, por cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 20 y 21 del Decreto 758 de 1990, se **ordene** a COLPENSIONES a incluirlo en nómina de pensionados reconociendo y pagando las mesadas pensionales ordinarias y adicionales causados a partir del 1° de febrero de 2017, se **condene** al pago de intereses moratorios, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho (**fl.2/3**).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a folio 3 del plenario, en los cuales en síntesis se señalaron; que nació el 14 de octubre de 1956 cumpliendo la edad mínima requerida el mismo día y mes del año 2016, que cotizando al sistema general de pensiones un total de 1,361 semanas desde su afiliación el 8 de julio de 1977 al 31 de enero de 2017 de las cuales 807 se cotizaron válidamente antes del 1° de abril de 1994, por lo que es beneficiario del régimen de

transición al acreditar más de 15 años de cotización. De otro lado, manifiesta que el día 27 de octubre de 2016 radicó ante COLPENSIONES los documentos necesarios para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, siendo negada mediante resolución GNR 332300 del 9 de noviembre de 2016, frente a la cual se interpuso recurso de apelación el cual se resolvió mediante resolución VPB 45037 del 16 de noviembre de 2016 con la cual se confirmó la negativa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no constarle ninguno de los hechos, propuso como excepciones de fondo cobro de lo no debido, prescripción, cobro de lo no debido e innominada o genérica (**fls 51/61**).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 4 de octubre de 2018, **absolvió** a COLPENSIONES de las pretensiones formuladas por el señor JOSÉ ELIO HERRERA OLIVAR y lo **condenó** en costas (**fl. CD 63**).

Como argumento de su decisión, señaló que el actor nació el 14 de octubre de 1956, por lo que para el 1° de abril de 1994 contaba con 37 años de edad, sin embargo, del resumen de semanas cotizadas se podía observar que contaba con 806,44 semanas de cotización, las cuales equivalen a 16,11 años cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo cual lo hace beneficiario del régimen de transición.

Paso seguido, resaltó la sentenciadora que el actor debía acreditar los requisitos contemplados en el Acuerdo 049 de 1990 antes del 31 de julio de 2010, aspecto que no acreditaba por cuanto había cumplido los 60 años de edad del 14 de octubre de 2016, aduciendo también que si bien acreditaba 750 semanas de cotización al 29 de julio de 2005, conforme lo contempla el Acto Legislativo 01 de 2005, lo cierto era que la transición solo se había extendido hasta diciembre de 2014, momento para el cual aún no reunía el requisito de edad.

En cuanto a lo pretendido por el actor de que no se de aplicación a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, argumentó la *a quo* que dicho acto legislativo había hecho modificaciones al artículo 48 de la CN estableciendo un término máximo para hacerse beneficiario del régimen de transición el cual al no cumplirse perdía

dicho derecho, situación que no podía pasarse inadvertida al tener dicho acto legislativo rango constitucional atendiendo la viabilidad financiera del sistema, razón por la cual no se estaban violando derechos fundamentales del demandante citando como referencia a su decisión la sentencia SL 57238 del 24 de julio de 2018 de la CSJ Sala de Casación Laboral.

Por último, estudio el derecho pensional bajo lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, indicando que el demandante acreditaba 1,381 semanas de cotización, pero el requisito de edad, es decir, 62 años se cumplían hasta el 14 de octubre de 2018, por lo tanto, consistía en una petición antes de tiempo.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante inconforme con la decisión interpuso recurso señalando que en este caso el demandante se encontraba beneficiado del régimen de transición siéndole aplicable el Acuerdo 049 de 1990, al haber cumplido con más de 1,000 semanas de cotización antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, de manera que contaba con una expectativa legítima y por ende se le debía aplicar la condición más beneficiosa, trae a colación lo referido en la sentencia con radicado No. 40662 del 15 de febrero de 2011 donde la CSJ Sala Laboral donde se definió la condición más beneficiosa.

Arguye, en que no cabe duda en que el actor cumple a satisfacción con los lineamientos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para hacerse beneficiario del régimen de transición, por lo que en aras de garantizar los principios constitucionales de favorabilidad, irrenunciabilidad y respeto a los derechos adquiridos, se debe instar a COLPENSIONES a revocar el acto administrativo que negó el reconocimiento pensional y en su defecto proferir un nuevo acto administrativo donde se reconozca la pensión a partir del 14 de octubre de 2016, dándole aplicación al régimen anterior. Así mismo, debe tenerse en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 no le es aplicable por cuanto al 1° de abril de 1994 ya acreditaba 807 semanas, es decir, contaba con 15 años de cotización, debiéndose tener en cuenta la sentencia con radicado 42555 del 26 de junio de 2012 y las sentencias T-534/2001, T-235/2002, T-169/2003, C-754/2004, C-789/2002 y C-1024/2010.

Refiere que también debe tenerse en cuenta la sentencia 265 del 21 de octubre de 2016 proferida por el Tribunal Superior de Cali dentro del proceso con radicado 2014-654 donde se inaplicó el Acto Legislativo 01 de 2005, en la cual se dijo que

con el fin de garantizar el derecho de igualdad y a la seguridad social del demandante se debía inaplicar el acto legislativo teniendo en cuenta que tenía un derecho adquirido, argumentando que si bien era cierto que el acto legislativo tenía como finalidad modificar la constitución, resultaba ser un acto del constituyente derivado y no del constituyente primario, lo que significaba que esos actos legislativos son infra constitucionales y por lo tanto, están sujetos al control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional y de las sentencia de la Corte al respecto han sido inhibitorias por lo que no pueden desconocerse esos derechos fundamentales, igualmente existen sentencias de la CSJ Sala Laboral en donde se ha inaplicado el acto legislativo, como por ejemplo; no dando aplicación al requisito de fidelidad en la pensión de invalidez.

En tal sentido considera, que para el reconocimiento de las prestaciones económicas al 1° de abril de 1994 todos estaban en igualdad de condiciones, siendo el régimen de transición un derecho adquirido ya que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no establece ningún limite de tiempo para su aplicabilidad no siendo dable desconocerse con el Acto legislativo, debe tenerse en cuenta también la sentencia T-758 de 2006 en donde se señaló que el principio de favorabilidad es obligatorio y su omisión configura una vía de hecho violando el debido proceso y seguridad social.

C O N S I D E R A C I O N E S

Problema jurídico

Corresponde a esta Sala determinar, si el demandante cumple con los requisitos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990, para ser beneficiario de la pensión de vejez, de ser así, se analizará si hay lugar al pago de intereses moratorios y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Régimen de transición

Al respecto, se tiene que a folio 17 obra copia de la cédula de ciudadanía del actor en donde se puede ver que nació el 14 de octubre de 1956, acreditando al 1° de abril de 1994, 37 años de edad cumplidos, empero se observa del reporte de semanas cotizadas (fls. 47/49) que para el 1° de abril de 1994, contaba con 806,44 semanas de cotización lo cual equivale a 16 años de servicios cotizados, lo cual da lugar a ser beneficiario del régimen de transición.

Ahora, en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005 dispone que éste no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para las personas que estando en el mismo tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto, a quienes se les mantendrá el referido régimen hasta el año 2014.

Al constatar si el actor cuenta con 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 esto es, al 29 de julio de 2005 se tiene que según la historia laboral de folios 47/49 **registra un total de 1,061.48 semanas para dicha data**, por lo que el régimen de transición del cual es beneficiario lo cobija hasta 31 de julio de 2010, fecha en la cual deberá acreditar los requisitos de edad y tiempo para acceder a la pensión.

Pensión de vejez

Teniendo en cuenta que el demandante es beneficiario del régimen de transición en los términos anotados, se tiene que la norma aplicable es con la que venía a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que no es otra que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, el cual exige para acceder a la pensión de vejez, acreditar 60 años de edad en el caso de los hombres y 1,000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Al verificarse si cumple con tales requisitos, se observa que el 14 de octubre de 2016 cumplió 60 años de edad y un total de **1,370.29 semanas**, luego al acreditar la edad con posterioridad al 31 de julio de 2010, en principio como lo indicó la *a quo* no sería dable acceder a la pensión en los términos de la norma en cita, pues a su vez tampoco cumplió la edad requerida con anterioridad al 31 de diciembre de 2014, fecha límite que contempló el Acto Legislativo 01 de 2005, para ser extensivo el régimen de transición.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005), el accionante acreditaba **1,061.48 semanas**, contadas desde el 08 de julio de 1977, cumpliendo en ese momento a satisfacción las 1,000 semanas que indica el Acuerdo 049 de 1990. Por lo tanto, el actor tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, por cumplir con los dos requisitos establecidos en la norma.

Frente al tema es importante señalar, que el señor JOSÉ ELIO HERRERA al momento de cumplir el requisito de densidad de semanas el cual se realizó antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con una **expectativa legítima**, por lo tanto, en el presente asunto para la Sala resulta viable acceder al reconocimiento pensional al aplicarse el principio de la condición más beneficiosa al afiliado, tal y como se solicita en el recurso de alzada.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral en sentencia con radicado 40662 del 15 de febrero de 2011, citada también por el recurrente hizo alusión al principio de la condición más beneficiosa resaltando:

*“3º) La condición más beneficiosa, tiene adoctrinado la Sala, entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia habida cuenta que **poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias** que consagraba la ley derogada. A ellos, entonces, se les debe aplicar la disposición anterior, es decir, la vigente para el momento en que las satisfizo”.*

Más adelante, dicha Corporación en el proveído en comento, indicó:

“Por último, la condición más beneficiosa, se distingue porque: (i) opera en el tránsito legislativo, y ante la ausencia de un régimen de transición; (ii) se debe cotejar una norma derogada con una vigente, y (iii) el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se le desmejora”.

Conforme a ello, como el demandante contaba con el número de semanas dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión antes del 29 de julio de 2005 (fecha en la que entró a regir el Acto Legislativo 01/05) **contando para el momento con una situación jurídica definida y concreta** es claro, que tal derecho pensional no puede verse afectado por los cambios legislativos que se presentan en el tiempo, ya que como lo expone la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicado 35319 del 8 de mayo de 2012: “los cambios legislativos no pueden aniquilar el derecho pensional de quien empezó a cotizar bajo la égida de una disposición garantista y ante la ocurrencia del riesgo en otra normativa mucho más exigente, ve frustrada su prestación”, refiriendo más adelante:

*“Es que si **el sistema pensional de reparto simple o de prima media en Colombia contiene un nuevo principio, diferente del que rige en el derecho laboral, a pesar de describirse en términos similares**, conforme*

al cual, cuando el esfuerzo económico de un afiliado ha alcanzado el mínimo de contribuciones que la ley vigente señala como necesarios para que se le reconozca una determinada pensión, un cambio legislativo no puede aniquilar la eficacia de tales cotizaciones so pretexto de que falta por cumplirse la condición señalada en la ley para hacerlo exigible. Este hecho futuro del cual pende la efectividad del derecho pensional, como, por ejemplo, la estructuración de una incapacidad suficiente para que al afiliado se le declare inválido, o por morir antes de cumplir la edad señalada para su jubilación, **no ha de frustrarse por la modificación de la ley bajo la cual cumplió con “la mutua ayuda entre las [...] generaciones”** (artículo 2º-b, Ley 100 de 1993), soporte del sistema de fondo común, administrado por el Estado, conforme al cual, una generación económicamente activa sufragó las pensiones de la otra que, simultáneamente, entra en su etapa pasiva laboral.(...)”

La Corte constitucional, al respecto, ha dicho:

“Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo. Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994) terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión”.

Sobre **los derechos eventuales** ha dicho la Corte suprema de justicia:

“En segundo término, tampoco se revalorizan los derechos eventuales. Estos, conforme a la teoría de las obligaciones, son los que emanan de un acto, hecho o negocio jurídico en formación (in nuce), o incompleto o imperfecto, como los que han reunido uno o varios de los elementos necesarios para su existencia, pero les falta otro u otros de ocurrencia futura. ...

“a) Porque el derecho a reclamar la pensión solo surge respecto de su acreedor a partir de la ocurrencia de dos elementos esenciales para su existencia: 1) El cumplimiento de una cantidad pre - establecida de cotizaciones o de un determinado número de años de labores, según se estuviera o no, cubierto por el régimen de seguridad social; y 2) el advenimiento de la edad señalada en la ley para obtenerla. **Quien, como en el caso del actor, ha satisfecho uno solo de los dos factores esenciales para alcanzar la pensión (el tiempo de servicio fijado en la ley o pactado en la convención) tiene, a no dudarlo, un derecho eventual,** apenas en ciernes, en tanto falta el otro de los componentes imprescindibles para que se pueda consolidar, con un titular del derecho, de una parte, y un obligado a su satisfacción, por la otra.

“Sostienen algunos que en caso antes referido hay más bien un derecho sometido a una condición suspensiva; pero, en rigor jurídico, se trata de un derecho in nuce, por cuanto en la relación jurídica condicionada el derecho se

8,

encuentra perfeccionado, solo que sus efectos se hallan en estado de latencia por estar pendientes de un hecho futuro e incierto, ajeno a su esencia y no requerido para su constitución. El derecho eventual y su obligación correlativa, en cambio, nacen a la vida jurídica en el momento en que se completan los requisitos exigidos en la ley, o en el contrato; tal es el caso de los derechos del nasciturus, o el del asignatario (Código Civil, art. 1215), o el de los esposos (art. 1771 y ss., ib.) los del constituyente de una hipoteca (art. 2441, ib), y, en materia laboral, entre otros, los del trabajador con derecho a la pensión de invalidez (art. 39 Ley 100/93), de vejez (art. 33 ibídem), de jubilación (art. 260 C. S. T.), por aportes (art. 7° Ley 71 de 1988), de sobrevivientes, por no citar más.

“Muchos doctrinantes van más allá, pues consideran que en el caso de que solo se hayan satisfecho uno de los componentes vitales para la existencia del derecho a obtener la pensión, lo que hay es una mera expectativa. Esto implica, por supuesto, la posibilidad de negociación y renuncia de parte del trabajador de su esperanza de adquirir un derecho fundado en una norma vigente, e incluso de modificación o extinción mediante ley de lo que hasta entonces no era un derecho por falta de los presupuestos materiales o de hecho.

“En cambio, en tanto derecho eventual, el empleador o la entidad de previsión, deudor futuro de la pensión que se le reclamaría en caso de completarse los elementos requeridos para su existencia, sabe que hay una “expectativa de derecho” y no una “mera expectativa”, expresiones que no se deben confundir, como no lo hacen la doctrina ni la ley, en la medida en que la primera comprende los derechos condicionales y los eventuales, que por su especial naturaleza confieren al futuro titular (de cumplirse la condición suspensiva, en los primeros, o completarse los elementos faltantes, en los segundos) posibilidades jurídicas de administración, conservación y disposición (artículos 575, 1215 y 1547 a 1549 del Código Civil). **(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 18 de Agosto de 1999; radicación 11818, Magistrado Ponente, Doctor Carlos Isaac Nader.)**

De manera que, en el caso del demandante al contar con una **situación jurídica definida y concreta**, para la Sala es claro, que tal derecho pensional no puede verse afectado por los cambios legislativos regresivos que se presentan en el tiempo, ya que como lo expone la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicado 35.319, del 8 de mayo de 2012, Magistrada Ponente: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN “los cambios legislativos no pueden aniquilar el derecho pensional de quien empezó a cotizar bajo la égida de una disposición garantista y ante la ocurrencia del riesgo en otra normativa mucho más exigente, ve frustrada su prestación”.

De otro, es preciso señalar que si bien el tan citado el Acto Legislativo 01 de 2005 realizó una modificación al régimen de transición dispuesto en el Art 36 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que el régimen de transición iría solamente hasta el 31 de diciembre de 2014, lo cierto es que no puede desconocerse aquella población que cotizaron al sistema un número significativo de semanas con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, cumpliendo así con parte de los requisitos de la normatividad que regía con anterioridad a la Ley 100 de 1993, estando

únicamente a la espera del cumplimiento de la edad, de manera que contaba con una expectativa legítima del derecho que no puede desconocerse, lo cual da lugar a que se haga necesaria la aplicación del principio de no regresividad, para evitar de ese modo la vulneración del derecho de manera desproporcionada e irrazonable.

Así las cosas, como quiera que la demandante cumple los requisitos para acceder a la pensión solicitada, **aplicando el principio de la condición más beneficiosa**, pues este no aparece que tenga excepciones, por sucesión de normas, ya sean de tipo constitucional, como en el presente caso, ya que se trata precisamente de omisiones de tipo legislativo, por ello **al no contemplar en forma expresa alguna excepción, no le es permitido al interprete, crearlas**, por lo tanto constituye un principio de carácter general, establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, el cual resulta aplicable en este caso. En consecuencia, se tiene que, si bien el actor no cumplió los 60 años de edad antes del 31 de diciembre de 2014, en aras del principio de favorabilidad, sí le asiste derecho en el reconocimiento de la pensión de vejez, bajo los parámetros normativos del acuerdo 049 de 1990.

En tal sentido, como quiera que el señor JOSÉ ELIO HERRERA acredita los requisitos para acceder a la pensión deprecada, la **fecha de causación** de la pensión lo será a partir del 1° de abril de 2017, esto es, desde el día siguiente a la última cotización como se desprende del reporte de semanas cotizadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

Sobre el **monto de la mesada pensional**, la misma será el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para 2017, que asciende a la suma de **\$737.717**, en la medida que la mayoría de las cotizaciones efectuadas lo fueron sobre este monto, existiendo algunos periodos en los que se aportó por debajo de éste y otros en los que si bien lo supera no alcanzan los 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Intereses moratorios

En cuanto a este concepto no es dable su imposición como quiera que la presente decisión se basó en precedentes jurisprudenciales frente a la condición más beneficiosa, lo cual implica que la entidad demandada deba ser exonerada, tal y como lo ha tenido por sentado la CSJ Sala de Casación Laboral en sentencia SL 12018 de 2016, en la cual señaló:

“Para dar respuesta al reproche del recurrente para con la sentencia del Tribunal, suficiente es con señalar que esta Corporación, ha indicado, en lo que tiene que ver con la imposición de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que los mismos no son procedentes cuando el actuar de las administradoras, a efectos de negar las prestaciones que tienen a su cargo, encuentren justificación en la norma con la que se debía resolver el derecho, pues su actuar no se puede calificar de arbitrario o caprichoso. Es así como en sentencia CSJ SL 16390 2015 Rad. 40868, se anotó:

En sentencia de 13 de junio de 2012, rad. N° 42783, la Corte trajo a colación la de 29 de mayo de 2003, rad. N° 18789, donde se asentó esa postura en los siguientes términos:

‘Cierto es que el concepto de buena o mala fe o las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional no pueden ser considerados para establecer la procedencia de los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, tal y como reiteradamente lo ha expuesto la jurisprudencia de esta Sala. En efecto, así dijo la Corte en sentencia de 23 de septiembre de 2002 (Radicación 18512)’.

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

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta no estuvo guiada por el capricho o la arbitrariedad, sino por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. (Resaltado no es de su texto original).

Teniendo en cuenta el precedente anterior, en el caso bajo examen no es viable condenar a la accionada al pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en atención a que la pensión de vejez se reconoció con sujeción al principio de la condición más beneficiosa y además, el accionado, en sede administrativa, para negar el derecho pretendido, se sometió a la norma en su contexto literal, debiéndose entonces ordenar que las mesadas adeudadas deban ser debidamente **indexadas**, como lo ha ordenado la CSJ Sala de Casación Laboral en los casos en los cuales no se impone el pago de intereses moratorios como en sentencia SL 2786 de 2020, entre otras, teniéndose en cuenta

como IBL inicial el de causación de cada diferencia y como final, el de la data en que se efectúe el pago.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que en efecto la misma no alcanzó a operar por cuanto el derecho se causó el 14 de octubre de 2016, momento en que cumplió los 60 años de edad y reclamó administrativamente el 27 de octubre del mismo año, agotamiento que finalizó con la expedición de la resolución VPB 45037 del 19 de diciembre de 2016 (fl.33/35) y la demanda se presentó el 21 de marzo de 2017 (fl.37), sin que durante dicho interregno superara los 3 años establecidos en el artículo 151 del CPTSS.

Por lo anteriormente expuesto, se **REVOCARÁ** la decisión de primer grado para en su lugar **CONDENAR** a la accionada a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez y a la indexación en los términos ya anotados.

COSTAS

En ambas instancias a cargo del COLPENSIONES de conformidad con el numeral 4 del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

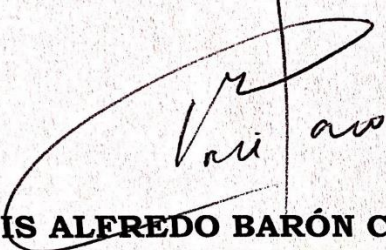
PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 1° de abril de 2017 en cuantía de \$737.717, junto con los reajustes legales y la mesada adicional de diciembre, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de intereses moratorios y en su lugar, **CONDENAR** a la entidad demandada a cancelar las mesadas correspondientes desde la fecha de exigibilidad del derecho pensional debidamente indexadas, conforme a la formula establecida por la Corte Suprema

de Justicia, tomando como IBL inicial el de causación de cada diferencia y como final, el de la data en que se efectúe el pago.

TERCERO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

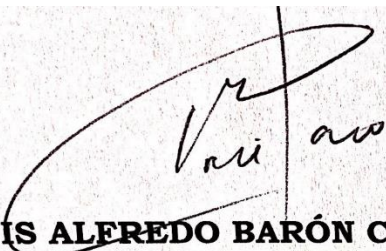


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$ 900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ERNESTO SUAREZ BERNAL CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **ERNESTO SUAREZ BERNAL** solicita se **declare** que tiene derecho bajo al principio de la condición más beneficiosa a que se le reconozca y pague la pensión anticipada de vejez contemplada en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificada por el parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, como consecuencia de lo anterior, se **condene** a la entidad demandada a reconocerle y pagarle la pensión anticipada de vejez desde el momento en que acreditó los requisitos con los aumentos legales, se **condene** a que se reconozcan y paguen las diferencias del retroactivo generado desde la fecha de causación hasta el momento del pago, se **condene** al pago de intereses moratorios, de manera subsidiaria se **condene** a que las sumas reconocidas sean debidamente indexadas, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fl.4/5).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 5/7 del plenario, en los cuales en síntesis se señalaron; que nació el 12 de octubre de 1959, por lo tanto, cumplió 55 años de edad el mismo día y mes del año 2014, refiere que fue calificado por COLPENSIONES mediante dictamen emitido el 17 de julio de 2014, en la cual se determinó una pérdida de capacidad laboral equivalente al 78,25% de origen común, con fecha de estructuración 28 de agosto de 2013, el cual tuvo como

porcentaje de deficiencia el 40%, que COLPENSIONES le reconoció la pensión por invalidez mediante resolución GNR 193237 del 26 de junio de 2015, mediante resolución GNR 50497 del 16 de febrero de 2016 le fue reliquidada la prestación en donde se le reconoció 830 semanas de cotización, que al ser revisada la historia laboral del actor se observa que acredita 1,000 semanas, razón por la cual el día 29 de abril de 2016, solicitó fueran corregidos los faltantes de aportes que se encontraban en 0 dentro de su historia laboral, corrigiéndose por parte de COLENSIONES únicamente el periodo 05-1996, reflejándose aún aportes en mora de los periodos 03-1995, 05-1996, 04-1999, 01-2003, 02-2003, 03-2003, 05-2003 a 10-2003 y 07-2015 a 01-2016, indica que en la historia laboral del 24 de noviembre de 2015 aparece el periodo comprendido 06-2015 a 10-2015 para un total de 21.43 semanas, pero en la historia laboral del 26 de mayo de 2017 dichos periodos aparecen en mora, ante las inconsistencias dichas COLPENSIONES negó el reconocimiento pensional en resolución GNR 333682 del 10 de noviembre de 2016, frente a la cual se interpuso recurso los cuales se resolvieron en resoluciones GNR 392760 del 28 de diciembre de 2016 y VPB 5564 del 10 de febrero de 2017, en las cuales se confirmaron la negativa del derecho.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales del 1 al 6, 8 al 10, 11, 18, 19, 21 a 23 y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción e innominada o genérica (fls.79 a 87).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 25 de septiembre de 2018, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor ERNESTO SUAREZ BERNAL la pensión de vejez anticipada por invalidez a partir del 1° de julio de 2015, en cuantía de \$708.056,49 por 13 mesadas al año y los reajustes anuales correspondientes, quedando únicamente vigente la pensión reconocida, toda vez que no sería posible acumular con la pensión de invalidez, condenó a COLPENSIONES a pagar la diferencia de las mesadas pensionales canceladas por concepto de pensión de invalidez y la pensión de vejez anticipada de invalidez desde el 1° de julio de 2015 hasta que se reconozca como se indicó anteriormente, sumas que deberán indexarse al momento de su pago, declaró no probada la excepción de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe, autorizó a COLPENSIONES a

descontar de la diferencia pensional las sumas correspondientes a las cotizaciones a salud las cuales deberán ser trasladadas a la EPS en donde se encuentre afiliado el demandante y condenó en costas a la demandada (fl. CD 128)

Como argumento de su decisión, indicó la *a quo* que la jurisprudencia ha establecido que es posible que una persona que tenga reconocido el derecho pensional por invalidez pueda acceder a la pensión de vejez si ha cumplido los requisitos para ello, por lo tanto, es posible acceder a la solicitud del actor teniendo en cuenta que lo pretendido no es obtener una prestación adicional sino el interés legítimo de mejorar su mesada pensional.

Agregó en cuanto a que el actor presentaba una invalidez correspondiente al 50% y tiene cumplidos 55 años de edad, en cuanto a las diferencias en relación a la pensión de invalidez con la pensión de vejez especial por invalidez, estableció que para poder acceder a la pensión especial de vejez por invalidez se requería contar con 55 años de edad y una discapacidad del 50%, sin que existiera distinción alguna entre hombre o mujer, además de exige 1,000 semanas de cotización en cualquier tiempo. En cuanto a la deficiencia física sostuvo la falladora que el demandante superaba el 25% establecido por la Corte Constitucional en sentencia T- 201/2013, ya que según dictamen de pérdida de capacidad laboral contaba con un 40%, en cuanto a las 1,000 semanas requeridas señaló que el actor tan solo contaba con 967 semanas de cotización según historia laboral.

En relación a las semanas en mora correspondientes a los ciclos 1995-03 a 1995-04, 2002-12 a 2003-11 había señalado la entidad demandada que había procedido a realizar el recobro a los empleadores, frente a los ciclos 2002-11 a 2003-11 había dicho que los mismos habían sido cancelados de manera extemporánea, sin ser reconocidos a pesar de que reconoció que los había recibido de manera extemporánea, de los ciclos 11-2002 a 10-2003 se dijo que no se reflejaba relación laboral, sin embargo, al revisarse la historia laboral no se observaba novedad de retiro, de manera que teniendo en cuenta dicho ciclos y sumados a las 967 semanas registradas lograba acreditar 1,002.17 semanas lo cual lo hacía acreedor a la pensión solicitada, tomándose como tasa de remplazo el 65%, no reconoció intereses moratorios por cuanto la entidad ya se encontraba reconociéndole una pensión por invalidez, en su lugar condenó a la indexación.

RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante

Solicita tenerse en cuenta todas las semanas en mora que aparecen en su historia laboral, en las cuales se dijo por parte de COLPENSIONES que no se tenía relación laboral, que al tomarse en cuenta arrojan un total de 1,032 semanas, lo cual da lugar a incrementar la tasa de remplazo.

Parte demandada

Argumenta que en el presente caso la norma exige una deficiencia del 50%, el cumplimiento de 55 años de edad y 1,000 semanas cotizadas, no acreditando el actor las 1,000 semanas requeridas, pues tan solo cuenta con 933 semanas, tampoco acredita 50% de deficiencia ya que solo cuenta con un 40%. Asevera que el demandante solicitó la corrección de su historia laboral donde se le hizo un requerimiento del cual se hizo caso omiso.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, si deben reconocerse los tiempos cotizados en mora dentro de la historia laboral del actor, paso seguido se establecerá si tiene derecho a que le sea reconocida la pensión de vejez especial por invalidez establecida en el parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en caso positivo, si hay lugar a la indexación y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Reconocimiento de semanas

Aduce la parte actora que la entidad demandada no le ha reportado en su totalidad las semanas cotizadas aspecto que no da lugar al reconocimiento de la pensión solicitada, frente a lo cual pidió en su debida oportunidad la corrección de su historia laboral el 29 de abril de 2016 mediante radicado No. 2016_4342965, para lo cual COLPENSIONES a través de la resolución VPB 5564 del 10 de febrero de 2017 adujo frente a dicha petición que el día 27 de noviembre de 2016, la Gerencia Nacional de Operaciones informó que se habían llevado a cabo las correcciones del caso de manera integral. Posteriormente, la Gerencia Nacional de Reconocimiento requirió a la Gerencia Nacional de Operaciones a través de radicado interno No. BZ 2016_8728142

del 1° de agosto de 2016, con el objetivo de que se adelantará actualización de la historia laboral del asegurado, obteniéndose la siguiente respuesta:

“buenos días, en respuesta a su requerimiento y revisada la historia laboral en su totalidad, se hacen los ajustes correspondientes, sin embargo, se evidencia deuda con los aportantes CRUZ SUAREZ ERNESTO para los ciclos 1995/03 a 1995/04, SANDHERZ INGENERÍA LTDA para los ciclos 2002/12 a 2003/11 e INCA FRUEHAUF -INCA S.A. para los ciclos 2016-02 a 2016-09, para lo cual se hace RI 2016_10379465 de gestión de cobro, por otra parte, se evidenció que efectivamente el afiliado tiene los ciclos 2002/11 a 2003/10 sin relación laboral con el aportante SANDHERZ INGENERÍA LTDA, pero lo que se evidenció fue que verificada la historia laboral en su totalidad e informamos que estos ciclos fueron cancelados de forma extemporánea, razón por la cual no contabilizan en la historia laboral, para solucionar dicha inconsistencia le sugerimos requerir al empleador copia de la afiliación con el ISS y copia de la liquidación de la reserva actuarial con pago expedido por el ISS o COLPENSIONES, una vez tenga los documentos deberá radicarlos en un punto de atención al ciudadano. En caso de no contar con los soportes mencionados el empleador deberá solicitar la devolución de los aportes en mención y posteriormente solicitar el cálculo actuarial a COLPENSIONES de dichos aportes, para que le sean aplicados en su historia laboral, el afiliado tiene aplicados dentro de su historia laboral 967 semanas”.

De lo anterior, es claro que entidad demandada reconoce que los periodos reclamados se encontraban en mora, tanto fue así que procedió a realizar la gestión de cobro. De otro lado, suena contradictorio que diga que frente a los ciclos 2002/11 a 2003/10, no se evidencia relación laboral con el aportante SANDHERZ INGENERÍA LTDA, pero que evidenció que dicho ciclos fueron cancelados de forma extemporánea y a su vez requiera al actor para que soporte la afiliación y la liquidación del aporte, pues es claro que dicha obligación le concernía era a la entidad y no al asegurado, más aún cuando de la misma historia laboral se logra evidenciar afiliación con dicho empleador en octubre de 2002 con novedad de retiro solo hasta febrero de 2004 (fls. 105 a 113), lo cual no puede ahora aducir que no existía evidencia de la relación laboral, así mismo, debe tenerse en cuenta que con ello se prueba la existencia de mora en el pago de los aportes por parte del empleador, pago se efectuó de manera extemporánea como lo indicó en su informe, lo cual deduce que la administradora de pensiones nunca ejerció las acciones de cobro, aspectos que dan lugar a que dichos aportes sean tenidos en cuenta dentro de la historia laboral del actor como lo ha venido reiterando la CSJ Sala de Casación Laboral en sentencia SL 984/2019 y SL 3081/2020, en donde dijo:

*“A efectos de contabilizar las semanas cotizadas por el afiliado a fin de verificar si cumple o no con los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, deben tenerse en cuenta a más de las consignadas oportunamente, **las pagadas extemporáneamente y las que se encuentran en mora, dada la falta de gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre vinculado (...).***

No se trata, como lo sugiere la censura, que la Corte avale el reconocimiento y pago de pensiones a cargo de las administradoras de pensiones, desconociendo la obligación que tiene los empleadores de efectuar las cotizaciones, pues a la conclusión cuya revisión impetra la recurrente, ha llegado la Corporación por el ejercicio hermenéutico de las normas que integran el sistema e imponen obligaciones a unas y otros para garantizar el derecho a la pensión de los trabajadores, así como para afianzar el equilibrio financiero del sistema en el que insoslayablemente tienen interés los fondos de pensiones, con el objetivo de lograr la eficiencia de su funcionamiento en beneficio propio y, además, como valor o principio supremo, para cumplirle a sus afiliados con el pago de las prestaciones a su cargo (...).

Es por lo anterior que esta Sala de la Corte ha reiterado que al concurrir las obligaciones antedichas en empleadores (pago de aportes) y administradoras (cobro de aportes en mora), su incumplimiento no puede afectar al afiliado quien cumplió con su trabajo y el aporte al sistema de pensiones previamente descontado del pago mensual de su salario”.

Así las cosas, deberán calcularse dentro de la historia laboral del actor los ciclos 1995/03 a 1995/04, 2002/11 a 2003/11 que equivalen a 65 semanas adicionales a las consignadas actualmente a favor del actor.

Pensión de vejez especial por invalidez

Para resolver, la Sala tendrá en cuenta que no se discute en el presente proceso que el actor cuenta actualmente con una pensión de invalidez reconocida por la entidad demandada mediante resolución GNR 193237 del 26 de junio de 2015, la cual se reconoció a partir del 1° de julio de 2015 en cuantía de \$646.454, lo cual se evidencia de los actos administrativos proferidos por COLPENSIONES y que militan en el expediente, sin que ello imposibilite el reconocimiento de la pensión solicitada, pues como lo indicó la *a quo* lo que persigue el actor no es obtener 2 prestaciones, sino acceder a la que le sea más beneficiosa al reunir también con los requisitos exigidos.

Ahora, frente a la pensión solicitada establece la norma que la regula lo siguiente:

“ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Artículo modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

[...]

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”.

Por consiguiente, se pasará a revisar si se dan los requisitos necesarios para el reconocimiento de la prestación pretendida.

1. Deficiencia Física:

En cuanto al requisito de deficiencia, la Corte Constitucional en sentencia T – 007 de 2009, señaló:

“A simple vista, entonces, puede apreciarse que, de los tres criterios necesarios para calificar la invalidez, la pensión especial exige la concurrencia de uno solo de ellos, y en un porcentaje igual o superior al 50%. En ese sentido, la deficiencia se convierte en una condición clave para diferenciar esta prestación de la pensión de invalidez, ya que esta última exige la pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 50%, pérdida que se determina, se reitera, con la sumatoria de los tres criterios señalados en el Manual Único.”

(...)

“Ahora bien, debe tomarse en consideración que los porcentajes asignados a la deficiencia de Raimundo Emiliani Valiente tuvieron como referente normativo lo dispuesto en el Manual Único para la Calificación de la Invalidez (Decreto 917 de 1999), de acuerdo con el cual la deficiencia física, psíquica o sensorial de una persona puede recibir un porcentaje máximo de 50. De tal suerte, según el Decreto 917 de 1999, es imposible jurídicamente que la deficiencia de una persona sea calificada con un porcentaje superior al 50. Pero, así las cosas, el fragmento que a continuación se subraya del parágrafo 4°, artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que consagra la pensión anticipada de vejez, nunca podría tener aplicación o producir efectos.”

(...)

“Así, los porcentajes atribuidos en el contexto del Decreto 917 de 1999 deben interpretarse en el sentido de que todos los términos de la Ley 100 de 1993, artículo 33, parágrafo 4°, produzcan efectos. Esto se logra si se postula que, cuando una deficiencia reciba el porcentaje máximo establecido en el Decreto, debe entenderse, para efectos de establecer si una persona tiene derecho a la pensión anticipada de vejez, que fue calificada con el 100%. En consecuencia, si en el contexto de la calificación de la invalidez, a la deficiencia de una persona se le asigna un porcentaje de 25 o más, quiere decirse con ello que reúne la condición exigida por el artículo 33, parágrafo 4° de la Ley 100 de 1993, de contar con una deficiencia igual o superior al 50%.”

(...)

En ese sentido, dado que los porcentajes asignados a la deficiencia del señor Raimundo Emiliani Valiente en los exámenes del 10 de julio de 2006 y del 12 de abril de 2007 superan el 25% en el contexto de la calificación de la invalidez, eso significa, en el contexto de la calificación exclusiva de la deficiencia, una deficiencia superior al 50%”

Así mismo, dicha Corporación en sentencia T – 462 de 2016, indicó:

“a) Desde el trámite legislativo de la Ley 797 de 2003, el Congreso manifestó su voluntad de crear una prestación social diferente a la pensión de invalidez para proteger los derechos de las personas con discapacidad;”

“b) Los únicos requisitos que se deben exigir al solicitante para el reconocimiento de la pensión anticipada de vejez son: (i) padecer de una discapacidad igual o superior al 50%; (ii) acreditar 1000 o más semanas de cotización en el Sistema General de Seguridad Social; y (iii) tener más de 55 años de edad.”

“c) No es necesario verificar si la discapacidad es de origen común o profesional para obtener el reconocimiento a la pensión anticipada de vejez.”

Criterio que también ha sido adoptado por la Corte Suprema Sala de Casación Laboral en sentencia SL 083 de 2020, en la cual dijo:

“La deficiencia consiste en toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano.

La norma exige padecer una deficiencia física, síquica o sensorial del 50 % o más; criterio que corresponde a uno de los tres componentes (deficiencia, discapacidad y minusvalía), que conforman la sumatoria para calificar la invalidez y obtener el porcentaje final de pérdida de capacidad laboral.

*Es del caso precisar que, de acuerdo con la distribución porcentual de los criterios para la calificación total de la invalidez, que establece el artículo 8° del Decreto 917 de 1999, se le asigna a la deficiencia un porcentaje máximo del 50 %, que en últimas equivale al 100 % de la misma. En ese sentido, **basta con que se obtenga un 25 % en la valoración de este componente para entender cumplido el requisito que se establece para acceder a la pensión anticipada de vejez.***

Interpretación que se respalda en el uso de un criterio hermenéutico de especial importancia, como es el principio del efecto útil de las disposiciones jurídicas, pues el texto de una norma debe ser interpretado de manera que todo cuanto ella prescribe produzca consecuencias jurídicas, logrando en la práctica una efectiva protección al derecho allí consagrado y no meramente teórica, pues, en este caso, un entendimiento diferente haría que la norma que consagra esta pensión especial no produzca plenos efectos, ya que no tendría razón de ser cuando hace referencia a una deficiencia de más del 50 %; además de que se trata una interpretación favorable de la norma”.

Conforme a ello, es claro para la Sala que para acceder a la pensión deprecada se hace necesario acreditar no una deficiencia del 50%, sino del 25% o en su defecto, una discapacidad que es el otro criterio sobre el cual se establece la pérdida de la capacidad laboral, igual o superior al 50%, revisado el dictamen de pérdida de

capacidad laboral del actor de fecha 17 de julio de 2014, se tiene que cuenta con una deficiencia del 40% (fl.71) acreditando así el requisito requerido.

2. Edad

De conformidad con la copia de la cédula de ciudadanía del actor que se encuentra a folio 17 del expediente se puede ver que nació el 12 de octubre de 1959, por lo que cumplió los 55 años de edad el mismo día y mes del año 2014.

3. Semanas de cotización

Frente a este último requisito se tiene que según el reporte de semanas cotizadas que se encuentra obran a folios 27 a 34 y de folios 104 a 107 acredita un total de 933,14 semanas de cotización. No obstante, en la resolución VPB 5564 del 10 de febrero de 2017 emitida por la entidad demandada se reconoció que el actor acreditaba un total de 967 semanas, las cuales serán las que se tendrán en cuenta, sobre cuales se deberán sumar las semanas reconocidas en la presente decisión, que corresponden a los ciclos 1995/03 a 1995/04, 2002/11 a 2003/11, incluso los efectuados con posterioridad al reconocimiento de la pensión de invalidez, pues estas precisamente perseguían el reconocimiento de una pensión de vejez, es decir, los ciclos 07/2015 al 01/2016, tal y como lo ha dicho la CSJ Sala de Casación Laboral, en donde ha precisado *“Las cotizaciones no objetadas por las entidades administradoras de pensiones, causadas y sufragadas después de la estructuración del estado de invalidez, no generan la obligación de cómputo para la pensión de invalidez; pero sí de recibirlas para el reconocimiento eventual de una pensión de vejez”* (SL 4266/2017), las cuales corresponden a un total de **95 semanas** de cotización adicionales que al ser sumadas a las **967 semanas** reconocidas por COLPENSIONES arroja un total de **1,062 semanas** de cotización, acreditando el actor más de las 1,000 semanas requeridas.

De conformidad con los antes expuesto, resulta evidente que el señor ERNESTO SUAREZ BERNAL cumplió con los requisitos para acceder a la pensión anticipada de vejez a partir del **2 de febrero de 2016**, día siguiente al último aporte al sistema y no a partir del 1° de julio de 2015, como lo sostuvo la Juez de primera instancia, pues como bien se ha dicho debió tener en cuenta todas las semanas cotizadas con posterioridad al reconocimiento pensional.

Por ende, para establecer la **cuantía inicial de la prestación** que le corresponde, se tendrán en cuenta como ingreso base liquidación, el promedio de los salarios o rentas

sobre los cuales cotizó el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y para calcular la tasa de remplazo lo dispuesto en el artículo 34 de la misma normatividad modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, arrojando una tasa reemplazo de 65 %, con lo que se obtiene como primera mesada pensional en un valor de **\$ 758.542,42**, como se observa del siguiente cuadro:

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2005	49	80,209	126,15	1,573	\$ 770.734,69	\$ 1.212.182,43	\$ 1.979.897,97
2006	354	84,103	126,15	1,500	\$ 803.779,66	\$ 1.205.622,52	\$ 14.226.345,72
2007	317	87,869	126,15	1,436	\$ 840.813,88	\$ 1.207.118,02	\$ 12.755.213,73
2008	360	92,872	126,15	1,358	\$ 992.250,00	\$ 1.347.784,25	\$ 16.173.410,94
2009	360	100,000	126,15	1,261	\$ 997.583,33	\$ 1.258.445,89	\$ 15.101.350,66
2010	360	102,002	126,15	1,237	\$ 1.056.416,67	\$ 1.306.509,99	\$ 15.678.119,92
2011	360	105,237	126,15	1,199	\$ 1.157.250,00	\$ 1.387.222,44	\$ 16.646.669,29
2012	360	109,157	126,15	1,156	\$ 1.138.500,00	\$ 1.315.725,26	\$ 15.788.703,16
2013	330	111,816	126,15	1,128	\$ 897.636,36	\$ 1.012.704,60	\$ 11.139.750,61
2014	360	113,983	126,15	1,107	\$ 682.833,33	\$ 755.721,43	\$ 9.068.657,14
2015	360	118,152	126,15	1,068	\$ 809.416,67	\$ 864.206,81	\$ 10.370.481,71
2016	30	126,149	126,15	1,000	\$ 1.110.000,00	\$ 1.110.000,00	\$ 1.110.000,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2016	\$ 140.038.600,84
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.166.988,34
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					65,00%
		Primera mesada					\$ 758.542,42
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2016	\$ 689.454,00

De lo expuesto, queda claro que la mesada aquí reconocida resulta ser superior a la que venía reconociendo COLPENSIONES con la pensión de invalidez, pues para dicho año devengaba una mesada de \$690.219 como se puede ver de la resolución GNR 50497 del 16 de febrero de 2016, de manera que le asiste el derecho a que la pensión devengada sea convertida a la pensión de vejez especial objeto de estudio, por lo anterior, se **modificarse** la decisión de primera instancia.

Indexación

Frente a este postulado, se confirmará la orden impartida por el juez de primera instancia, de indexar las diferencias de las mesadas adeudadas, por cuanto la misma tiene como finalidad la de aminorar la pérdida del poder adquisitivo que sufre la moneda como consecuencia del paso del tiempo.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que en efecto la misma no alcanzó a operar por cuanto el derecho se hizo exigible el 2 de febrero de 2016, se

reclamó administrativamente el 12 de mayo de 2016 (fl.48) y la demanda se instauró el 2 de junio de 2017 (fl.72), sin que de una fecha a otra superara los 3 años que contempla el artículo 151 del CPTSS.

Así las cosas, se **confirmará parcialmente** la decisión de primera instancia.

COSTAS

COSTAS en esa instancia a cargo de COLPENSIONES, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

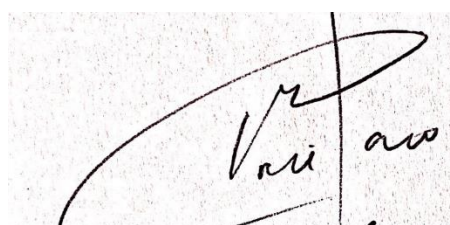
R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero y segundo de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de reconocer la pensión especial por invalidez a partir del 2 de febrero de 2016 en cuantía de \$ 758.542,42, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

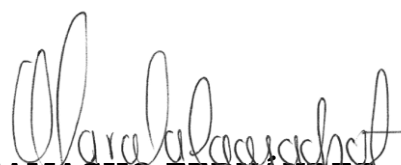
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esa instancia a cargo de COLPENSIONES, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES en la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALEXIS ROLENDO CASALLAS RUIZ contra
EMPRESA HOME PRICE LTDA**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

El señor **ALEXIS ROLENDO CASALLAS RUIZ** solicita se **declare** que entre él y la empresa HOME PRICE LTDA existió una relación laboral en las labores de jefe de ventas, se **condene** a la empresa demandada al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CSTSS y al **pago** de costas procesales (fl.3).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 2 a 3 del plenario en los cuales se señalaron en síntesis que trabajó para la empresa HOME PRICE LTDA desde el 1° de diciembre de 2010 hasta el 7 de octubre de 2016, que el día 29 de marzo de 2017 elevó derecho de petición ante la empresa con el fin de solicitar la fecha exacta, lugar y modo de pago de las acreencias laborales, frente a la cual la empresa demandada respondió que según la cláusula décima del contrato se establece responsabilidad en el caso de daños, sustracciones, faltantes y en cual se incluye responsabilidad en el caso de daño, sustracciones, faltantes y en general cualquiera acción u omisión imputable al trabajador, el trabajador autoriza al empleador para efectuar las deducciones, retenciones o compensaciones respectivas, teniendo en cuenta el anterior escrito y en concordancia con la denuncia penal que cursa en su

contra se optó por el no pago de la liquidación, el día 18 de julio de 2017 se practicó diligencia de conciliación donde el representante legal de la empresa demandada aportó acta individual de reparto y fotocopia del depósito judicial, el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá en el mes de agosto lo notificó del pago por consignación por la suma de \$2.385.084.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Notificado del auto admisorio de la demanda el día 24 de abril de 2018 (fl.46), la empresa demandada guardó silencio, por lo que mediante auto de fecha 13 de junio de 2018 se **dio por no contestada la demanda** (fl.49).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 3 de septiembre de 2018, **declaró** que entre el demandante y la sociedad demandada había existido un contrato de trabajo a término fijo con vigencia entre el 1° de diciembre de 2010 hasta el 7 de octubre de 2016, la **condenó** al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CSTSS en la suma de \$8.532.667, la **absolvió** de las demás pretensiones incoadas en su contra y la **condenó** al pago de costas procesales (CD fl. 51).

Como **argumento de su decisión**, el *a quo* señaló que de conformidad con las pruebas aportadas al expediente quedaba demostrada la existencia de la relación laboral la cual había iniciado el 1° de diciembre de 2010 conforme se podía ver del contrato de trabajo aportado, donde fue contratado para desempeñarse como asesor comercial con un salario mensual inicial de \$636.000 y finalizó por renuncia presentada por el actor el 7 de octubre de 2016

Posteriormente, argumentó el sentenciador que teniendo en cuenta la respuesta dada al derecho de petición presentado por el actor, la empresa demandada, había indicado que no cancelaba la liquidación final al actor, por cuanto en la cláusula 10 se había estipulado cláusula de responsabilidad en donde el trabajador autorizaba al empleador a efectuar deducciones, retenciones o compensaciones respectivas con los límites legales para atender la reparación o pago del daño, sustracción, faltantes y de indemnización correspondiente.

Frente a lo cual consideró el *a quo* que no estaba permitido deducir, retener o compensar suma alguna del salario del trabajador a menos que mediara autorización escrita u orden judicial, además de encontrarse establecido en el artículo 149 del CSTSS y siguientes, razón por la cual no era posible retener la suma correspondiente a la liquidación de prestaciones sociales sin mediar orden judicial, además de no existir fallo dentro de la denuncia penal instaurada por la empresa demandada, en la cual autorizará el descuento sobre la liquidación de prestaciones del actor.

En cuanto a la consignación del depósito judicial indicó el sentenciador que conforme a la jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral, ello no lo libera completamente de la sanción moratoria, concluyendo que con todos estos aspecto no se encontraba acreditada la buena fe de la demandada en la omisión del pago de la liquidación de prestaciones sociales y solo hasta la diligencia que se había llevado a cabo ante el Ministerio de Trabajo se había dado a conocer la existencia del título judicial a favor del actor, en consecuencia, condenó a la sociedad demandada al pago de esta sanción a partir del 8 de octubre de 2016 y hasta el 18 de julio de 2017, fecha en cual se puso a disposición el título judicial en cuantía diaria equivalente a \$30.333 pesos en atención al salario de \$910.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandada**, interpuso recurso de apelación manifestando que se había probado la buena fe por parte del empleador teniendo en cuenta que el señor Alexis Casallas se encontraba incurso en denuncia penal, el cual seguía activo por el presunto delito hurto de dineros que se presentaron en la empresa Home Price, por lo tanto solicita se tenga en cuenta la buena fe hasta la decisión proferida por parte de la Fiscalía para deliberar el presunto delito en contra del señor Alexis Rolando Casallas Ruiz.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

En consonancia con el recurso de alzada corresponde a esta Sala de decisión establecer si la empresa demandada desplegó conductas de buena fe ante la tardanza en el pago de las acreencias laborales que correspondían al demandante y, por lo tanto, si debe ser eximida al pago de la indemnización moratoria por la que fue condenada por parte del Juez de primera instancia.

Contrato laboral

No existe controversia en cuanto a la relación laboral que ató a las partes, pues así fue aceptado por la empresa demandada, además de corroborarse con las documentales obrantes a folios 6 a 10, en donde se encuentra contrato laboral a término fijo a un año de fecha 1° de diciembre de 2010 y renuncia presentada por el actor de fecha 7 de octubre de 2016.

Indemnización moratoria art. 65 CST

Previamente es importante señalar que en el presente asunto no hubo reparó frente a la forma de contabilizar la indemnización moratoria, ni del valor de la condena efectuada por el *a quo*, por lo que frente a dichos aspectos no se entrará a analizar.

Debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha sostenido que a fin de establecer si el empleador desplegó actos de buena fe es **al momento de la finalización del contrato de trabajo**. También ha dicho que la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando conforme a derecho, pues, en todo caso, es indispensable la verificación de *«[...] otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción»* (SL14152-2017 y SL 2714/2020)

Así las cosas, se tiene que el asunto gira a establecer si la empresa demandada obró de buena fe al haber retenido el pago de las acreencias laborales del actor por cursar denuncia penal en su contra, se observa de la documental anexa que el demandante presentó derecho de petición ante la compañía demandada a fin de que le fuera cancelada su liquidación final, sobre el cual la empresa accionada contestó señalándole lo siguiente: *“no se realizó el pago de la correspondiente liquidación ya que de acuerdo al pacto firmado (contrato) cláusula décima -RESPONSABILIDAD la cual incluye: responsabilidad en casos de daños, sustracciones, faltantes y en general por cual acción u omisión imputable al trabajador, sin perjuicio de las acciones legales y reglamentarias. El trabajador autoriza al empleador para efectuar deducciones, retenciones o compensaciones respectivas con los límites legales, para atender la*

reparación o pago del daño, sustracción, faltantes y de indemnización correspondientes si la hubiere. Por lo descrito anteriormente y en concordancia con la denuncia penal en contra del señor Casallas se optó por el no pago de la liquidación del mencionado señor” (fl.13).

De conformidad con lo expuesto y como bien lo argumentó el *a quo* el artículo 149 del CSTSS establece la prohibición que tienen los empleadores de retener los dineros que les corresponde a los trabajadores en los siguientes casos:

“ARTICULO 149. DESCUENTOS PROHIBIDOS.

<Artículo modificado por el artículo 18 de la Ley 1429 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:>

- 1. El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados o pérdidas o averías de elementos de trabajo; entrega de mercancías, provisión de alimentos y precio de alojamiento.*
- 2. Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional o la parte del salario declarada inembargable por la ley.*
- 3. Los empleadores quedarán obligados a efectuar oportunamente los descuentos autorizados por sus trabajadores que se ajusten a la ley. El empleador que incumpla lo anterior, será responsable de los perjuicios que dicho incumplimiento le ocasione al trabajador o al beneficiario del descuento”.*

Siguiendo la normatividad antes dicha es claro que la empresa demandada no podía retener el pago de las acreencias laborales que le correspondían al actor, por el hecho de existir una denuncia penal en curso, pues como bien lo indicó el recurrente aún no se ha efectuado condena alguna en contra del actor donde además se ordene la retención de los dineros correspondientes a la liquidación final de prestaciones, que sería la única posibilidad que tendría la accionada para actuar en la forma en que lo hizo, aunado al hecho de que la empresa tampoco aportó al plenario la supuesta denuncia de la cual hace relación, ni el trámite en la que está el proceso, sobre el particular la CSJ Sala de Casación Laboral ha sostenido la anterior tesis en los casos en los cuales se ha retenido el pago de cesantías conforme a lo dispuesto en el artículo 250 del CSTSS al existir denuncia penal, sosteniendo que es menester comprobar que el proceso penal se adelantó y continuó, tal y como lo refirió en la sentencia con radicado No. 30977 del 29 de enero de 2008, en la cual además dijo:

*“Efectivamente, la jurisprudencia ha sostenido en forma constante, respecto a la facultad que el artículo 250 del CST le confiere al empleador para retener el valor de las cesantías, sin embargo, **para el adecuado uso de dicha facultad no le basta con la formulación de la denuncia penal, sino que es menester comprobar que el proceso se adelantó y continuó**, porque la retención de la cesantía no puede ser indefinida, en la medida en que el trabajador tiene dos posibilidades legales frente a esa prestación, perderla o recuperarla, pero obviamente que ello depende de la decisión que finalmente emita el juez penal.*

Ahora bien, como el cargo está dirigido por la vía directa, se da por asentado que existe total conformidad con los supuestos de hecho que encontró probados el Tribunal, tal como lo admitió expresamente la censura. Así las cosas, cumple señalar que el ad quem dedujo que existía un saldo de \$11.913.480,58 por concepto de cesantías y afirmó que en el proceso no obraba “prueba de que la demandada hubiera cancelado al accionante el saldo adeudado, antes por el contrario, en la liquidación de prestaciones de folios 64 a 66 se advierte que ese valor fue deducido pero, no se probó el motivo de dicha deducción”; también sostuvo que la parte demandada, “en su recurso, alega que el valor adeudado por concepto de cesantía fue retirado mientras la justicia penal decida sobre la investigación adelantada contra el trabajador por el hecho delictuoso que desencadenó el despido”. Por último, consignó que estaba demostrada la presentación de la denuncia penal contra el trabajador, “sin embargo, no aparece acreditada la apertura de la investigación penal correspondiente.

En las anteriores condiciones de ningún modo surge que el Tribunal hubiera interpretado con equivocación la norma acusada, pues conforme con las pruebas del proceso, la aplicó en recto sentido”.

Por consiguiente, es claro que el Juez de primera instancia no incurrió en error al condenar a la empresa demandada al pago de la indemnización contenida en el artículo 65 del CSTSS, tampoco es procedente ordenar que la moratoria corra hasta la decisión proferida por parte de la Fiscalía, pues no se sabe aún si la decisión sea a favor del actor, además de ello como se ha establecido dicha retención resulta ilegal. Por lo anterior, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de la empresa demandada como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

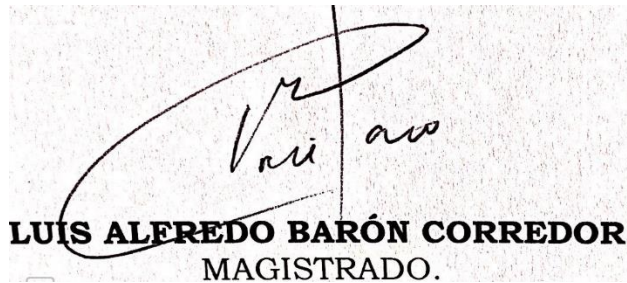
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.- SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 3 de septiembre de 2018, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la empresa demandada como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

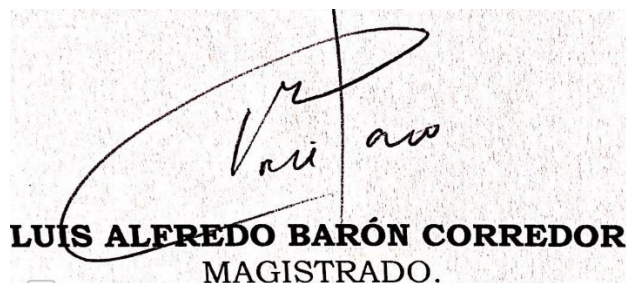


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$ 900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JULIO CÉSAR MENDEZ CAICEDO CONTRA
GATEWAY SOLUTIONS S.A.S.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

El señor **JULIO CÉSAR MENDEZ CAICEDO** pretende se **declare** que entre las partes existió un contrato laboral a término indefinido, como consecuencia de lo anterior, se **condene** a la empresa demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, liquidación del salario de la nómina 01-01-2017 al 14-01-2017, comisiones de nómina pendientes por pagar, viáticos de viajes laborales causados, reintegro de dineros de transportes a visitas a comerciantes, despido sin justa causa, indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST y el pago de costas **(fls. 3 a 4)**.

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 2 a 3 del plenario en los cuales se señalaron en síntesis que el día 12 de enero de 2015 empezó a laborar para la empresa demandada a través de un contrato laboral a término indefinido para desempeñarse en el cargo de BUSINESS DEVELOPMENT DIRECTOR devengando como salario la suma de \$4.500.000 más comisiones de ventas pagaderos mensualmente en un promedio de \$9.949.719, que la empresa demandada incumplió en el pago de los salarios devengados, cancelación de la seguridad social y pagos

parafiscales de ley, lo cual dio origen a que el actor con justa causa presentará carta de terminación del contrato a partir del 15 de enero de 2017, que las cesantías era consignadas a COLFONDOS pero según información dada por la entidad no se consignaron las de 2016, que según el contrato de trabajo inició a laborar a partir del 12 de enero de 2015, pero fue afiliado a seguridad social solo hasta el 12 de enero de 2016.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Al haberse contestado de manera extemporánea la demanda por parte de la empresa **GATEWAY SOLUTIONS S.A.S.**, mediante auto de fecha 13 de febrero de 2018 (fl.109), el Juez de primera instancia la **dio por no contestada.**

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de julio de 2018, **declaró** que entre el demandante y la demandada existió un contrato laboral a término indefinido con vigencia entre el 12 de enero de 2016 al 15 de enero de 2017, **condenó** a la empresa demandada a los siguientes conceptos:

*“-auxilio de cesantías: \$3.741.111
-Intereses a las cesantías: \$453.921.
-Prima de servicios: \$154.167.
-Compensación de Vacaciones: \$1.870.556.
-Salarios del 1 al 15 de enero de 2017: \$1.850.000
-Gastos de movilización: \$400.000
-Sub total: \$8.469.755
-menos gastos aceptados por la demandada \$2.000.000
-total a pagar: \$6.469.755”.*

Absolvió a la empresa demandada de las demás pretensiones formuladas y la condenó en costas **(CD fl.183)**

Como **argumento de su decisión**, el *a quo* hizo referencia a las pruebas documentales aportadas al proceso, así como a las pruebas declaradas de oficio aportadas por la empresa demandada, también se refirió al interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la empresa demandada e hizo relación a la prueba testimonial, concluyendo que con ello se podía establecer la existencia de una relación laboral entre el 12 de enero 2016 al 15 de enero de 2017, teniendo en cuenta principalmente la presentación de la hoja de vida y la copia de la postulación al cargo; hecha por el

señor Julio Cesar Méndez de fecha enero 2016, inicialmente en el cargo de director de desarrollo comercial y posteriormente como gerente comercial, recibiendo como último salario la suma de \$3.700.000, teniendo en cuenta la liquidación del contrato laboral, toda vez que no se aportó al proceso ninguna otra prueba que indique un salario diferente, más un valor correspondiente a la suma de \$800.000 por desplazamientos, los cuales fueron aceptados por la parte demandada, sin efectos salariales por acuerdo contractual.

En cuanto a la Indemnización por despido sin justa causa, estableció que según jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral no basta con afirmar por parte del trabajador el despido, sino que debe demostrarse con los diversos medios probatorios, además debe manifestarse a la fecha de la terminación del contrato la causal del despido, sin que posteriormente se puedan alegar causales o motivos distintos, que el caso particular el demandante manifestaba que el 13 de enero de 2017, mediante carta dirigida a la empresa, decidió dar por terminado el contrato de trabajo debido a los incumplimientos en los aportes de salud y pensión, en los pagos de las comisiones estipuladas en el contrato, en los pagos de rodamiento, viáticos y otros incentivos económicos no estipulados en el contrato de desarrolló de su actividad económica, sin embargo, al proceso no se había traído ninguna prueba concreta que indicará la existencia de dichas razones; por su parte la demandada manifestaba que el motivo de la renuncia del actor había sido de forma libre y voluntaria, para vincularse con otra empresa; que el actor no ha hecho entrega del computador el cual tenía información de la empresa, base de datos, la información de los clientes, el sistema que manejaba la empresa y que el uso de esa información tenía un costo alto y que efectivamente al mes de diciembre 2016, había existido un atraso en los pagos por la situación financiera de la empresa, motivo por el cual decidió absolver de dicho emolumento.

Sobre la Indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del CST, sostuvo que de conformidad con la Jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral la aplicación de esta sanción no era automática, por lo que debía analizarse si existió mala fe en la mora, por lo que en el caso bajo examen observaba que la demandada había realizado una liquidación al demandante de la cual no existía prueba que se hubiera pagado en su totalidad; pero sí se habían hecho pagos parciales, que el demandante había decidió dar por terminado el contrato de trabajo con la empresa demandada en un momento en el que la empresa estaba pasando por un detrimento o crisis financiera grave, debido al cambio de las condiciones comerciales a partir del

año 2016, a la que se vio abocada por culpa de la gente de china en la línea marítima hanjing shipping y se le incrementaron los fletes marítimos de los contenedores que se encontraban navegando en Colombia, razones estas que llevaron a la quiebra de la compañía motivos por los cuales no pudieron cumplir con las obligaciones y además las prestaciones económicas de sus empleados, entre estos, los del demandante, situación que se probó a lo largo del proceso, con los testimonios recibidos, quienes indicaron sobre la crisis económica, financiera y los estados financieros; por lo tanto consideró el juzgado que esta situación era una circunstancia de fuerza mayor, también se observaba por parte del despacho que el demandante al no entregar el computador y la información de la empresa, se evidenciaba que no estaba obrando de buena fe, absolviendo también frente a esta pretensión.

En relación al pago de comisiones, viáticos y reintegro de dineros por visita a comerciantes, estableció que no se había traído al proceso documentos con los cuales le permitieran al despacho corroborar la existencia de dichas acreencias y cuantificar la condena, absolviendo también sobre dicha pretensión.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación señalando que al momento en que se presentó la renuncia se había demostrado plenamente que había sido a causa del incumplimiento de las obligaciones a cargo del demandado, quien se excusaba en cuanto a los detrimentos de carácter comercial y que esa situación había sido la razón por la cual no había cancelado las prestaciones que por ley le correspondían oportunamente, teniéndose como prueba básica los testimonios del personal de la empresa que ya habían sido desvinculados, la prueba de oficio decretada por el *a quo*, documentos aquellos que no tenían validez, por cuanto a pesar de que en el balance general estaba firmado por su Revisor fiscal y contador público, también era cierto que no se había anexado una copia de la tarjeta profesional del contador.

De igual manera, se observaba que la documentación con la cual se trataba de justificar su incumplimiento eran basados en un poco de documentos sin fundamentos legales, simplemente atinaba a manifestar que le fueron retenidos unos contenedores pero según información que pudo obtener el demandante le fueron retenidos dos contenedores y no los 150 de los cuales se hacía referencia, tampoco se había establecido en el certificado de constitución y gerencia que efectivamente la

empresa estuviera en quiebra; tan solo lo hicieron el 10 de abril de 2018. En consecuencia, se observaba con claridad que no existía certeza que efectivamente el motivo de su incumplimiento hubiera la situación financiera de la empresa, no siendo justificable para el trabajador dicha situación, además de nunca habersele indicado dichos motivos. Adicionalmente, de la declaración de los testigos se había podido determinar que la empresa demandada tiene dos empresas más que actualmente están trabajando bien y que se dedican a la misma actividad, donde deducimos que dineros de la empresa demandada fueron a caer haya en detrimento, justificándose con ello el incumplimiento de aspectos laborales de personas ajenas a esta situación; por esta situación es que solicita se condene a la indemnización por el no pago de prestaciones.

También se dijo que no había existido prueba de que el demandante había renunciado por las causas de la empresa, cuando ellos mismos reconocían que efectivamente estaban debiendo salarios, parafiscales, aspectos que eran más que suficiente para determinar que existió un incumplimiento, obligándolo a renunciar.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de alzada, procederá esta Sala de decisión a determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del CPTSS y si debe reconocer indemnización por despido sin justa causa.

Existencia de la relación laboral

No existe controversia en cuanto a la relación laboral que ató a las partes, pues así fue aceptado por la parte demandada, además de corroborarse con las documentales obrantes a folios 6 a 14 y 66 a 106 del expediente, estableciéndose como extremos de la relación laboral del 12 de enero de 2016 al 15 de enero de 2017 a través de un contrato a término indefinido, devengándose como último salario la suma de \$3.700.000, de acuerdo a lo declarado por el *a quo* y frente a lo cual no hubo reparo.

Indemnización moratoria art. 65 CST

Para resolver el asunto en controversia, se observa que el Juez de primera instancia consideró que la empresa demandada debía ser eximida a la indemnización reclamada, teniendo en cuenta la situación financiera de la empresa, sobre la cual se expone en la documental obrante a folio 115 del expediente, en la que se dice lo

siguiente: “soportes de comunicaciones de prensa que confirman la quiebra de la naviera hanjin shipping fechados 2 y 6 de septiembre de 2016, 17 y 20 de febrero de 2017, razones expuestas ante el señor juez fue el causante principal de la pérdida que tuvo la empresa GATEWAY SOLUTIONS SAS porque el agente de China UNION CARGO LOGISTICS hizo cobros de contado, incrementos de los fletes marítimos de los contenedores que se encontraban navegando a Colombia y que estaban consignados en la empresa GATEWAY SOLUTIONS SAS con el fin de cubrir los embarques que tenía el agente de china con la línea marítima hanjin shipping a otros destinos del mundo, ocasionando así para GATEWAY SOLUTIONS SAS una pérdida de más de USD 300.000 para la compañía llevándola a la quiebra total”. De igual manera, la empresa accionada aportó como soporte a su dicho los documentos que militan a folios 115 a182, en los cuales hace referencia a los estados financieros de la compañía. Frente a ello, debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha sostenido que a fin de establecer si el empleador desplegó actos de buena fe es **al momento de la finalización del contrato de trabajo**.

Así mismo, la alta Corporación ha precisado que en principio los casos de insolvencia o crisis económica del empleador, no constituyen de manera automática buena fe, como tampoco situación de caso fortuito o fuerza mayor que exoneren de la indemnización moratoria, y aunque ello eventualmente pueda suceder, por tratarse de una situación excepcional deberá quien así lo alegue, demostrarlo, ya que el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, tal y como lo sostuvo en la sentencia con radicado No. 37288 del 24 enero 2012, reiterada en la sentencia SL 1595 del 21 de abril de 2020, en la cual se señaló:

“LA LIQUIDEZ DE LA EMPRESA COMO EXIMENTE DE MORATORIA:

*Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, **los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.***

*De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a un caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por si misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, **pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto***

de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N. art 333)” (subrayado y negrilla fuera del texto original).

La sentencia antes citada, trajo también como referencia la sentencia SL 16884-2016, en la que se indicó:

*“En esa misma dirección, la Sala ha dicho que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos en el momento de analizar la procedencia de dicha indemnización o de justificar la mora, pues es su deber examinar las condiciones particulares de cada caso y con arreglo a ellas definir lo pertinente. Esto es que, **además de que la sanción por mora no puede imponerse de manera automática e inexorablemente, tampoco puede excluirse o excusarse de manera mecánica, ante la presencia de ciertos supuestos de hecho** (CSJ SL360-2013). Por virtud de ello, por ejemplo, la Sala ha clarificado que la indemnización moratoria no se puede eludir irreflexiva y automáticamente, por el hecho de que se discuta la naturaleza jurídica de la relación de trabajo (CSJ SL, SL, 2 ag. 2011, rad. 39695; CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 44218; CSJ SL8077-2015 y CSJ SL17195-2015, entre otras), **o por el hecho de que la empresa se encuentre en dificultades económicas** (CSJ SL, 1 jul. 2007, rad. 28024; CSJ SL, 20 abr. 2010, rad. 33275; CSJ SL, 1 jun. 2010, rad. 34778; CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39319; CSJ SL884-2013 y CSJ SL10551-2015, entre otras), **y ha llamado la atención en la necesidad de que siempre se indaguen y analicen suficientemente las condiciones particulares de cada caso.***

Respecto de la condición económica de la empresa, la Sala ha adoctrinado que:

[...] no siempre que una empresa se halle en estado de iliquidez o crisis económica, esa sola circunstancia permite exonerarla de la condena por la sanción moratoria, porque aún de encontrarse en esa situación sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con medios para prevenir ese riesgo. (CSJ SL, 3 may. 2011, rad. 37493)”

Siguiendo los anteriores derroteros, si bien la empresa demandada justifica la mora en el pago de prestaciones a favor del actor por la quiebra ocurrida a la naviera hanjin shipping en los meses de septiembre de 2016 y febrero de 2017, situación que hizo que el agente de China UNION CARGO LOGISTICS solicite cobros de contado, incrementos de los fletes marítimos de los contenedores que se encontraban navegando a Colombia y que estaban consignados a la compañía, así mismo refiere que desde el momento en que fue fundada la empresa en el año 2009 a septiembre de 2016, generó más de 35 empleos directos y que a raíz del cambio de condiciones comerciales en septiembre de 2016 tuvo que incurrir en préstamos al sector financiero y la pérdida de ese año llegó a \$256.000.000 y para el año 2017 tuvo pérdidas de \$536.537.265 excediendo su capital social (fls. 115 a 116).

Los anteriores argumentos, si bien podrían resultar eximentes frente a la condena a la indemnización moratoria, lo cierto es que la empresa debió contar con los medios de

prevención en relación a las posibles crisis que se le pudieran presentar, pues como bien se ha expuesto los trabajadores no tiene por qué acarrear las situaciones financieras en que se vean involucrados sus empleadores, de manera que al solicitarse préstamos al sector financiero como bien lo dijo en su escrito debió priorizar el pago de acreencias laborales de sus trabajadores, pues este es un deber fundamental de todo patrono, ya que como se citó en precedencia los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás, aspectos que logran entrever que la accionada no actuó de buena fe, correspondiente a la suma de **\$123.333** pesos diarios a partir del 16 de enero de 2017 y hasta que se haga efectivo su pago, teniendo en cuenta que al haberse presentado la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la culminación del vínculo laboral, la misma corresponde a un día de salario por cada día de mora y hasta tanto las mismas sean canceladas, al tenor de lo dispuesto en el mencionado artículo 65 del CST y lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C – 781 de 2003.

Indemnización por despido indirecto

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP y lo dicho al respecto por la Corte Suprema de Justicia, corresponde al trabajador probar el despido y al empleador la justa causa para darlo por terminado y en tratándose de renuncia del trabajador por causa imputable al empleador, corresponde aquel demostrar las causas que motivaron su desvinculación.

Así mismo, el parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 ambos del CST, establecen que la parte que termina el contrato de trabajo debe manifestar a la otra al momento de la extinción del vínculo, la causal o motivo de esa determinación sin que con posterioridad puedan alegarse motivos o causales distintas.

En efecto, se tiene que a folios 13 a 14 aparece copia de la carta de renuncia presentada por el demandante, quien la fundamenta en el incumplimiento de aportes a seguridad social, al no pago de comisiones estipuladas, al no pago de rodamiento y viáticos, algunos de estos aspectos que fueron aceptados por la empresa demandada y objeto de condena en primera instancia, además de haber afirmado por parte de la accionada que no ha pagado en su totalidad la liquidación final de prestaciones, incurriendo de esta manera en una justa causa para que aquel renunciará a su cargo, lo cual da lugar a dar aplicación a lo dispuesto en el numeral 6° literal b) del artículo 62 del CST en

concordancia con el numeral 4° del artículo 57 ibídem, relacionadas con el incumplimiento por parte del empleador en sus obligaciones legales, de ahí que haya lugar al pago de la indemnización por despido indirecto suma que corresponde a **\$3.727.407** que equivalen a 1 año y 4 días laborados.

Por lo anterior, se **REVOCARÁ parcialmente** la decisión de primera instancia.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia como quiera que el recurso de alzada salió adelante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.- SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.

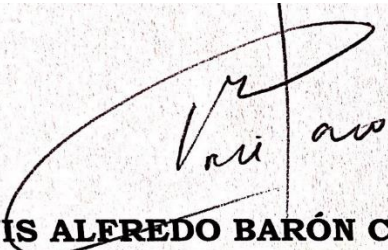
R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del circuito de Bogotá de fecha 31 de julio de 2018, para en su lugar **CONDENAR** a la empresa demandada GATEWAY SOLUTIONS S.A.S. al reconocimiento y pago a favor del demandante de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CSTSS en la suma de \$123.333 pesos diarios a partir del 16 de enero de 2017 y hasta que se haga efectivo su pago y se **CONDENA** a la indemnización por despido indirecto en la suma de \$3.727.407, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia como quiera que el recurso de alzada salió adelante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLARA INÉS RAMOS PEÑUELA contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita la señora **ELIZABETH BARRERA NAICIPA** se **declare** que es beneficiaria del régimen de transición y tiene derecho a la aplicación del Decreto 758 de 1990, se **declare** que tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez en cuantía equivalente al 75% del IBL de los últimos 10 años. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la entidad demandada a reconocerle y pagarle la pensión de vejez en cuantía de \$821.565 equivalente al 75% del IBL de los últimos 10 años, se **condene** a que sobre la cuantía reconocida practique los reajustes automáticos de Ley, se **condene** a la indexación, se **condene** al pago de intereses moratorios, se **condene** ultra y extra petita; se **condene** al pago de costas procesales (fls.3).

Los hechos fundamento de las pretensiones obran a folios 3 a 4, en los que en síntesis se señalaron que nació el 8 de enero de 1954, que la Caja Nacional le reconoció la pensión gracia mediante resolución No. 011828 del 13 de abril de 2005, que el Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la pensión de jubilación por sus servicios prestados como docente al servicio del Estado a través de la

resolución No. 02867 del 31 de agosto de 2009, que por su trabajo como docente en establecimientos privados y como trabajadora independiente estaba obligada a cotizar al sistema general de pensiones, de tal manera que durante su vinculación estuvo afiliada al ISS acreditando un total de 1,006 semanas, que para el 1° de abril de 1994 contaba con más de 15 años de aportes y más de 35 años de edad y para el entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 contaba con 750 semanas, que el día 10 de diciembre de 2014 solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez la cual fue negada mediante resolución GNR 142716 del 8 de mayo de 2015, reconociendo que cuenta con 1,003 semanas, que el 2 de julio de 2015 y el 1° de marzo de 2016 nuevamente solicitó el reconocimiento pensional solicitudes que fueron negadas en las resoluciones GNR 360071 del 17 de noviembre de 2015 y GNR 66276 del 1° de marzo de 2016, en esta última se interpusieron los recursos de Ley los cuales se negaron mediante las resoluciones GNR 66276 de 2016 y VPB 22257 del 18 de mayo de 2016.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no ser ciertos los numerales 7 y 12; y ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de intereses moratorios, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción e innominada o genérica (fls. 59 a 67).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el 20 de septiembre de 2018, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez a la demandante teniendo en cuenta el IBL de lo cotizado en los 10 últimos años y una tasa de remplazo del 75% a partir del 1° de enero de 2015, junto con los reajustes anuales y mesada adicional anual, sumas que deberán ser debidamente indexadas, **condenó** a COLPENSIONES a pagar a la demandante el retroactivo causado entre el 1° de enero de 2015 y la fecha en que sea incluida en nómina, **autorizó** a COLPENSIONES a descontar del retroactivo los aportes al sistema general en salud los cuales deben ser trasladados a la EPS en la cual se encuentra afiliada la demandante, **absolvió** a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra, declaró no

probadas las excepciones inexistencia del derecho y la obligación y cobro de lo no debido y **condenó** en costas a la entidad demandada (CD fl.108).

Como **argumento de su decisión**, señaló la *a quo* que mediante la resolución No. 011828 del 13 de abril de 2005 se había reconocido por parte de la Caja Nacional la pensión gracia de jubilación y mediante resolución No. 02867 del 31 de agosto de 2009, se había reconocido por parte del Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio pensión de jubilación como docente, frente a lo cual consideró la sentenciadora que era factible el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada teniendo en cuenta que provenían de orígenes distintos, refirió que la demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 40 años de edad, así como también había acreditado 750 semanas de cotización siendo beneficiaria del régimen de transición. Así mismo, indicó que según historia laboral acreditaba 1.006,30 semanas de cotización y había cumplido los 55 años de edad el 8 de enero de 2009, adicionalmente señaló que teniendo en cuenta que la última cotización se había realizado el 31 de diciembre de 2014, la prestación debía reconocerse a partir del 1° de enero de 2015. Sostuvo que no había operado el fenómeno prescriptivo, que no había lugar al pago de intereses moratorios en su lugar condenó a la indexación.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la parte demandada interpuso recurso de apelación señalando que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 de la CN nadie puede desempeñarse simultáneamente en más de un empleo público, recibir más de una asignación que provenga del tesoro público. Así mismo, el artículo 2° de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 17 de la Ley 541 de 1999, dispone: *“sin perjuicio de los requisitos para acceder a la pensión en el régimen de transición, todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión. Cuando algún tiempo no se incluya para el reconocimiento de la pensión y por ello no se incluya en el cálculo del bono pensional o no proceda la expedición de bono, se entregará a quien reconozca la pensión, por parte de la entidad que recibió las cotizaciones o aquella en la cual prestó servicios sin aportes, el valor equivalente a las cotizaciones para pensión de vejez que efectuó o hubiere efectuado al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte del ISS, actualizados con el DTF pensional. En estos casos, cuando los tiempos laborados con el sector público, sean anteriores a 1967, dicho valor se calculará con el porcentaje de cotización para pensión de vejez que regía para el año 1967, descontándose dicho monto del valor del bono a que haya lugar. En*

el caso de las pensiones en régimen de transición del sector público reconocidas por el ISS se descontará del valor del bono los aportes realizados al ISS, antes de la fecha de traslado, actualizados en la forma aquí prevista”, en razón a tales argumentos solicita sea revocada la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Corresponde a esta Sala de Decisión determinar si la pensión gracia reconocida por parte de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EICE y la pensión vitalicia de jubilación reconocida por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es compatible con la pensión de vejez que se reclama. En caso afirmativo, se determinará si la demandante es beneficiaria del régimen de transición y si acreditó los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 para acceder al derecho pensional, si hay lugar a la indexación y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Compatibilidad pensión gracia reconocida por parte de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EICE y la pensión vitalicia de jubilación reconocida por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES

Esta acreditado que la demandante mediante resolución 011828 del 13 de abril de 2005 le fue reconocida por parte de la Caja Nacional la pensión gracia de jubilación en su calidad de docente exigible a partir del 8 de enero de 2004 en cuantía de \$1.251.611,25 (fls. 14 a 16) y mediante resolución No. 02867 del 31 de agosto de 2009 el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le otorgó la pensión vitalicia de jubilación 9 de enero de 2009, en cuantía de \$1.812.248 (fls. 17 a 19).

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la demandante por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, le era válido prestar sus servicios en establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en COLPENSIONES, tal como lo estableció la CSJ SL en la sentencia SL 451 de 2013, en la cual además hizo referencia a la sentencia con radicado 40848 de del 6 de diciembre de 2011, mediante la cual se señaló lo consagrado en el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, norma que consagraba la

posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que adicionalmente recibieran remuneraciones del sector privado, tuvieran derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administraran en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual, lo cual podía interpretarse que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accedieran a las prestaciones propias del mismo, motivo por el cual dicha Corporación considera que no hay lugar a incompatibilidades entre las dos prestaciones, criterio sobre el cual ésta Sala de decisión se ha acogido en anteriores pronunciamientos.

De manera que, la señora ELIZABETH BARRERA NAICIPA no tenía ningún limitante para haber ejercido su profesión como docente ante una entidad privada, por ello nació la obligación por parte de su empleador de realizar los aportes respectivos ante la entidad de seguridad social escogida por ella y en consecuencia ser beneficiaria de los otorgamientos pensionales al cumplir los requisitos exigidos por la Ley.

Por otro lado, indicó COLPENSIONES en su recurso de alzada que no era viable el otorgamiento pensional solicitado por cuanto al ostentar la demandante la calidad de pensionada del Magisterio, iba a percibir dos emolumentos provenientes del erario público, aspecto que se encuentra en contravía con lo establecido en el artículo 128 de la Constitución Política, sobre el particular la alta Corporación de la Jurisdicción Laboral en las sentencias anteriormente citadas, estableció que los dineros con los cuales COLPENSIONES paga las prestaciones que concede no tiene origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por trabajadores y empleadores, estableciendo textualmente lo siguiente:

“- El fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes no resulta ser de propiedad del Instituto de Seguros Sociales, por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica del ISS, no es dable estimar a dicho fondo común como bien del tesoro haciendo parte de la prohibición del canon 128 de la Carta Política.

“- En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador.

“En este orden, la pensión legal concedida por el ISS a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública”.

De tal manera, se concluye que no existe incompatibilidad alguna entre las pensiones de jubilación oficiales reconocida a la demandante y la pensión de vejez derivada del sistema de seguridad social.

Régimen de transición

Resuelto lo anterior, pasa la Sala a verificar si la demandante en efecto cumplió con los requisitos del régimen de transición y si es acreedora a la pensión contemplada en el Acuerdo 049 de 1990. Sea lo primero señalar que el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; exige cumplir con los requisitos de edad mínimos exigidos tratándose de si es hombre o mujer (40 o 35 años respectivamente), o el de tiempo mínimo de cotización o prestación de servicios, allí contenidos verificables todos ellos al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994).

Así las cosas y de acuerdo con la fotocopia de la cédula de ciudadanía que milita a folio 13, se tiene que la demandante nació el **8 de enero de 1954**, es decir, que para el 1° de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad cumplidos, siendo entonces beneficiaria del régimen de transición.

Ahora, para establecer si en efecto preservo tal beneficio debe tenerse en cuenta lo señalado en el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual señala que el régimen de transición perdió su vigencia el pasado **31 de julio de 2010** y que éste se extendió hasta el **31 de diciembre de 2014**, para quienes acreditarán 750 semanas cotizadas al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia de dicha normatividad.

Como bien la demandante no acreditó el total de los requisitos al 31 de julio de 2010, se pasa a verificar si logró acumular las 750 semanas enunciadas anteriormente, para el efecto se tendrá en cuenta la historia laboral que obra a folios 95 a 97 del expediente, la cual fue aportada por COLPENSIONES en donde se indican un total de **1,006.30 semanas** de las cuales **871,72** fueron cotizadas al 29 de julio de 2005, conservado así el régimen de transición.

Pensión de vejez

Teniendo en cuenta que la demandante es beneficiaria del régimen de transición en los términos anotados, se tiene que la norma aplicable es con la que venía a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que no es otra que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, el cual exige para acceder a la pensión de vejez, acreditar 55 años de edad en el caso de las mujeres y 1,000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad. Al verificarse si cumple con tales requisitos, se observa que cumplió los 55 años de edad el 8 de enero de 2009 y acreditó un total de **1,006.30 semanas** cumpliendo así con la totalidad de los requisitos para acceder al derecho pensional solicitado.

En tal sentido, como quiera que la señora ELIZABETH BARRERA NAICIPA acredita los requisitos para acceder a la pensión deprecada, la **fecha de causación** de la pensión lo será a partir del **1° de enero de 2015**, esto es, desde el día siguiente a la última cotización como se desprende del reporte de semanas cotizadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

En cuanto a la **mesada pensional** se procedió a realizarse los cálculos aritméticos teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, con lo cotizado durante los últimos 10 años, para el porcentaje de la tasa de remplazo debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, lo cuales corresponde a una tasa de remplazo del 75% teniendo en cuenta la totalidad de mesadas cotizadas, como IBL arrojó la suma de **\$ 1.031.502,07** que al aplicarse la tasa de remplazo anteriormente enunciada corresponde como primera mesada pensional la suma de **\$773.626,55**, para un retroactivo al 31 de octubre de 2020 en la suma de **\$65.904.164,51**.

Indexación

Frente a este postulado, se confirmará la orden impartida por la juez de primera instancia, de indexar las diferencias de las mesadas adeudadas, por cuanto la misma tiene como finalidad la de aminorar la pérdida del poder adquisitivo que sufre la moneda como consecuencia del paso del tiempo.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que en efecto la misma no alcanzó a operar por cuanto el derecho se hizo exigible a partir del 1° de enero de 2015, la pensión fue solicitada el 10 de diciembre de 2014, la cual se resolvió en la resolución GNR 142716 del 18 de mayo de 2015 (fl.22) y la demanda se instauró el 1° de agosto de 2016 (fl.1), sin que de una fecha a otra superará los 3 años establecidos en el artículo 151 del CPTSS.

Por lo anteriormente expuesto, se **MODIFICARÁ** la decisión de primer grado en cuanto a establecer el valor de la primera mesada pensional y se confirmará en lo demás.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

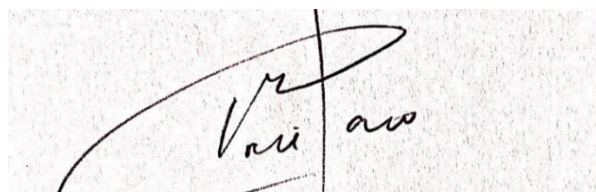
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los ordinales primero y segundo de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 20 de septiembre de 2020, en el sentido de establecer que el valor de la mesada pensional al 1° de enero de 2015 corresponde a la suma de \$773.626,55 y un retroactivo al 31 de octubre de 2020 en la suma de \$65.904.164,51.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

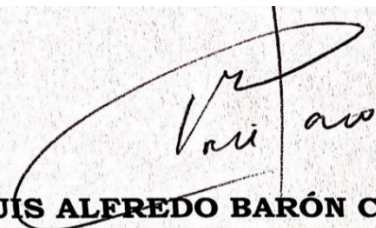


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$ 900.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL INSTAURADO POR GEMA MORA MORA contra SEVINCOC LTDA**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

La señora **GEMA MORA MORA** pretende se **declare** que entre las partes existió un contrato laboral a término indefinido por el periodo comprendido entre el 2 de junio de 2012 al 30 de diciembre de 2014, el cual terminó por causa imputable al empleador, como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la empresa demandada al reconocimiento y pago a la indemnización por despido sin justa causa, se condene al pago de salarios adeudados durante toda la relación laboral, se condene al pago de cesantías, prima de servicios y primas extralegales de toda la relación laboral, se condene a sanción por no consignación a las cesantías, se condene a la indemnización moratoria, se condene a la indexación, se condene a la sanción correspondiente por la no afiliación a la ARL, EPS y PENSIÓN, se condene a las vacaciones de toda la relación laboral, se condene al pago de aportes a seguridad social en pensión, se condene ultra y extra petita; y se condene al pago de costas procesales **(fls. 3 a 4)**.

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 2 a 3 del plenario en los cuales se señalaron en síntesis que fue contratada por parte de la empresa SEVINCOC LTDA sociedad dedicada a prestar servicios de aseo y servicios generales,

durante el periodo comprendido entre el 2 de junio de 2012 al 30 de diciembre de 2014, que devengaba como salario la suma de \$688.000, que fue vinculada para que se desempeñará en el cargo de servicios generales, que no recibió por parte del empleador la liquidación de sus prestaciones.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Una vez notificado positivamente del libelo demandatorio a la empresa demandada, ésta no compareció al proceso, por lo que el *a quo* mediante auto de fecha 6 de julio de 2017 (fl.34), decidió designar curador ad litem, quien contestó la demanda manifestando no constarle los hechos de la demanda y no propuso excepciones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 5 de septiembre de 2018, **declaró** que entre la señora EMMA MORA MORA y la sociedad demandada había existido un contrato de trabajo a término indefinido desde el 15 de junio de 2012 hasta el 30 de diciembre de 2014 y la **condenó** a las siguientes sumas y conceptos:

“Cesantías adeudadas correspondientes al periodo 15 de junio de 2012 al 30 de diciembre de 2014 en la suma de \$1.514.200.

-Intereses las cesantías correspondientes al periodo 15 de junio de 2012 al 30 de diciembre de 2014 en la suma de \$181.704.

-Vacaciones correspondientes al periodo 15 de junio de 2012 al 30 de diciembre de 2014 en la suma de \$757.100.

-Indemnización por el no pago oportuno de las cesantías, prevista en el numeral tercero del art. 99 de la Ley 50 de 1990.

-\$19.650 diarios a partir de la terminación del contrato de trabajo, esto es, 30 de diciembre de 2014 y hasta por 24 meses, es decir, hasta el 29 de diciembre de 2016, corriendo a partir de dicha fecha, esto es, 30 de diciembre de 2016, solamente intereses moratorios por el valor impago relacionado con salarios y prestaciones sociales debidas, (cesantías y primas de servicio) de acuerdo lo motivado en esta providencia.

- A pagar la totalidad de los aportes a pensiones por los periodos correspondientes 15 de junio de 2012 hasta el 30 de diciembre de 2014 servido por la trabajadora demandante, la señora GEMMA MORA MORA, previo cálculo actuarial que realice al fondo en que se encuentre afiliada la demandante, o al que elija, teniendo como base el salario mínimo legal mensual vigente, acorde a lo precedentemente expuesto.

La **absolvió** de las demás pretensiones y la **condenó** al pago de costas procesales (CD fl. 77).

Como **argumento de su decisión**, el *a quo* señaló que se logró demostrar la prestación personal del servicio por parte de la demandante a favor de la demandada ejecutando

la labor de aseadora de servicios generales, como se comprobaba con los llamados de atención aportados al proceso, refirió que también había quedado acreditado el salario percibido por la actora durante la relación laboral la cual correspondió al SMLMV, teniendo en cuenta los comprobantes de nómina aportados, también estableció que conforme a los pagos efectuados a la ARL POSITIVA se tenía que el extremo inicial de la relación laboral había sido a partir del 15 de junio 2012 y extremo final 30 de diciembre de 2014, declarando así la existencia de la relación laboral, aduciendo que la parte demandada no había logrado derruir la presunción que pesaba en su contra, procediendo de tal manera a liquidar las prestaciones solicitadas.

En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa señaló que a pesar de la demandante había indicado en su interrogatorio de parte que había sido despedida por la empresa demandada, no demostró el hecho del despido, solamente aparecía la fecha de terminación del contrato, sin establecerse con exactitud la fecha en que la demandante se retiró, aunado a que si bien a folio 10 aparece el retiro de cesantías, no se establece en dicho documento cual fue el motivo o razón que dio origen a la terminación del contrato, por ende no era posible ordenar dicha condena.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante**, la parte demandante interpuso recurso argumentando que no estaba de acuerdo en cuanto a que se debía demostrar el motivo de la terminación de contrato, pues se había establecido en la demanda que el contrato había terminado sin justa causa, por no habersele manifestado a la actora por escrito o verbalmente las causales establecidas en el CST.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de alzada, procederá esta Sala de decisión a determinar si hay lugar al reconocimiento y pago a la indemnización por despido si justa causa solicitada por la parte actora.

Contrato laboral

No es materia de controversia la relación laboral que ató a las partes conforme lo declaró el juez de primera instancia, pues frente a su decisión no existió reparo alguno por parte de demandada, por consiguiente, se tiene que la misma se llevó a cabo entre el 15 de

junio de 2012 hasta el 30 de diciembre de 2014, a través de un contrato a término indefinido devengado como salario el SMLMV.

Indemnización por despido sin justa causa

El Juez de primera instancia niega el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, bajo el argumento de que la demandante había indicado en su interrogatorio de parte que había sido despedida por la empresa demandada sin demostrar el hecho del despido, no encontrándose prueba alguna con la cual se pudiera establecer el motivo o razón que dio origen a la terminación del contrato, sobre el tema la alta Corporación ha establecido que al trabajador únicamente le corresponde demostrar el hecho del despido y ya es al empleador a quien le corresponde demostrar la justa causa, tal y como lo señaló en la sentencia con radicado 36458 del 12 noviembre de 2009, citada en la sentencia SL 163 del 29 de enero de enero de 2020, en la cual se dijo:

“Al discurrir de esa manera olvida el recurrente que la jurisprudencia laboral desde hace mucho tiempo ha explicado que, a pesar de ser un supuesto fáctico del derecho a la indemnización de perjuicios o de la pensión restringida, cuando se trate de probar la existencia de una justa causa de despido, como aquí acontece, le es suficiente al trabajador demostrar el hecho del despido, pues la prueba de la justa causa está a cargo del empleador.

Esa regla probatoria no tiene sustento exclusivo en la especial protección que amerita el trabajador como parte débil de la relación de trabajo, al facilitarle la prueba de un hecho que no le es fácil acreditar, pues, principalmente halla su justificación en consideraciones de naturaleza probatoria, atendiendo que el hecho “despido sin justa causa”, se concreta en una negación sustancial indefinida, la inexistencia de justa causa, que, como tal, y de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, no requiere de prueba; de tal manera que la carga de la prueba del hecho contrario, la existencia de justa causa, le corresponde a quien lo alegue, normalmente el empleador, presentándose en tal situación uno de los eventos jurídicos en que la doctrina habla de un desplazamiento de la carga de la prueba”.

Siguiendo los parámetros enunciados en la jurisprudencia citada, es notorio que el Juez incurrió en error en su decisión, pues revisado el material probatorio la actora siempre manifestó que fue despedida sin justa causa entendiéndose con ello el hecho del despido, razón por la cual le correspondía a la parte demandada la carga probatoria demostrando que efectivamente el finiquito contractual se dio por existir una justa causa, aspecto con el cual no se cuenta, pues ni siquiera compareció al proceso a pesar de haber sido notificada del auto admisorio de la demanda, de manera que con ello

queda más que demostrado que el motivo del despido lo fue sin que mediara una justa causa, razón por la cual deberá condenarse a la entidad demandada a indemnización contemplada en el artículo 64 del CST modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, en la suma de **\$1.250.252** que corresponde a 2 años, 6 meses y 16 días laborados.

Por lo anterior, se **REVOCARÁ** parcialmente la decisión de primera instancia.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia como quiera que el recurso de alzada salió adelante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.- SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.

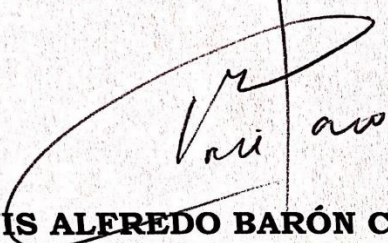
R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el ordinal tercero de la sentencia apelada proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 5 de septiembre de 2018, en su lugar CONDENAR a la empresa demandada SEVINCOC LTDA a la indemnización por despido sin justa causa contemplada en el artículo 64 del CST, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, en la suma de \$1.250.252, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia como quiera que el recurso de alzada salió adelante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.**

1

**SALA LABORAL
SENTENCIA**

ANTECEDENTES

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ JAIME MOGOLLÓN,
FERNANDO NAVARRERA LEÓN y JOSÉ IGNACIO OLARTE TRUJILLO
contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Pretenden los señores **JOSÉ JAIME MOGOLLÓN, FERNANDO NAVARRERA LEÓN y JOSÉ IGNACIO OLARTE TRUJILLO**, se **condene** a COLPENSIONES al incremento del 14% de conformidad a lo dispuesto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, se **condene** también a la entidad demandada a que el reconocimiento y pago de los mismos sea debidamente indexado y se **condene** al pago de costas del proceso (fl.10).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 10 a 11), señalaron que COLPENSIONES les reconoció la pensión de vejez de la siguiente manera: al señor JOSÉ JAIME MOGOLLÓN CORREA mediante resolución GNR 410954 del 26 de noviembre de 2014, al señor FERNANDO NAVARRERA LEÓN mediante resolución No. 22859 del año 2000 y al señor JOSÉ IGNACIO

OLARTE TRUJILLO mediante resolución No. 058036 de 2007, donde se les reconoció por ser beneficiarios del régimen de transición otorgándoles la prestación bajo lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, que la cónyuge de cada uno de los actores depende económicamente de ellos, por lo que solicitaron el reconocimiento del incremento pensional ante la entidad demandada quien respondió negativamente.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 65 a 68), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2 y 6, parcialmente cierto el numeral 5, no constarle el numeral 3 y no ser cierto el numeral 4, propuso como excepciones prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, pago e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 9 de noviembre de 2018 (CD – fl. 90), **condenó** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor del señor JOSÈ JAIME MOGOLLÓN CORREA del incremento de su mesada pensional en un porcentaje del 14% sobre la pensión mínima legal, el cual debe cancelarse a partir del 10 de julio de 2014, debidamente indexada, **absolvió** a la entidad demandada en cuanto a las pretensiones formuladas por los señores FERNANDO NAVARRERA LEÓN y JOSÉ IGNACIO OLARTE TRUJILLO declarando probada la excepción de prescripción, **condenó** en costas a los señores FERNANDO NAVARRERA LEÓN y JOSÉ IGNACIO OLARTE TRUJILLO a favor de COLPENSIONES y a COLPENSIONES a favor del señor JOSÈ JAIME MOGOLLÓN CORREA.

Fundamentó su decisión, indicando el *a quo* que en cuanto a la vigencia del incremento pensional consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, se acogía a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en donde se establecía que los mismos se encontraban vigente, en cuanto a la prescripción refirió que también se acogía a los

postulados del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral, en donde ha considerado que los mismo prescriben de manera total y no parcial, sosteniendo que bajo dichos argumentos en el caso de los demandantes FERNANDO NAVARRERA LEÓN y JOSÉ IGNACIO OLARTE TRUJILLO el derecho a acceder a los incrementos solicitados se encontraba prescrito teniendo en cuenta que el reconocimiento pensional se había otorgado con las resoluciones No. 22859 del año 2000 y No. 058036 de 2007; y la reclamación se había presentado tan solo el 22 de agosto de 2017.

Situación contraria ocurría con el demandante JOSÉ JAIME MOGOLLÓN CORREA teniendo en cuenta que la pensión había sido reconocida mediante resolución GNR 410954 del 26 de noviembre de 2014 y la reclamación presentada el mismo 22 de agosto de 2017, lo cual daba lugar al reconocimiento de los incrementos pretendidos, además de haberse acreditado que la cónyuge dependía económicamente de él, tal como lo habían sostenido los testigos, igualmente se había demostrado con la documental aportada la calidad de cónyuge.

RECURSO APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque de manera parcial la sentencia, en cuanto a que el derecho reclamado también sea reconocido a favor de los señores FERNANDO NAVARRERA LEÓN y JOSÉ IGNACIO OLARTE TRUJILLO teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, el derecho radica en la existencia de las causas y los fines específicos, en esos términos el beneficiario del régimen de transición puede pasar a un estado de viudez, momento para el cual desaparece la causa que lo origina y la consecuente pérdida del derecho, posteriormente el pensionado puede volver a iniciar una nueva relación y con ello poder nuevamente adquirir el derecho al incremento, situación que no fue analizada por la CSJ Sala de Casación Laboral, quien además señala que los incrementos prescriben en 3 años y que no forman parte de la pensión de vejez, por lo cual si no forman parte de la pensión de vejez, no es dable aplicar la prescripción, pues tienen causas jurídicas y fácticas que las diferencia, así mismo debe tenerse en cuenta la jurisprudencia que establece que no prescribe el derecho, sino las mesadas.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si los demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de los requisitos establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, para acceder al incremento solicitado, para lo cual previamente deberá estudiarse si dicha normatividad se encuentra vigente, en caso afirmativo se establecerá si operó o no el fenómeno prescriptivo.

4

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado de los demandantes por ser beneficiarios del régimen de transición y cumplir con los requisitos contemplados en el Acuerdo 049 de 1990, como se desprende de las documentales obrantes a folios 20 a 24, 33 a 35 y 44, en donde se observa que al señor JOSÈ JAIME MOGOLLÓN CORREA se le otorgó la pensión de vejez mediante resolución GNR 410945 del 26 de noviembre de 2014 a partir del 10 de julio de 2014, al señor FERNANDO NAVARRERA LEÓN mediante resolución 010797 del 20 de marzo de 2007 del 1 de agosto de 2004 y al señor JOSÉ IGNACIO OLARTE TRUJILLO mediante resolución 058036 del 28 de noviembre de 2007 a partir del 21 de septiembre de 2007.

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

“Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

(...)

“Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que

es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993.”

(...)

“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.”

Al respecto, es importante precisar que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y respecto de cuándo empieza a operar**, la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

“7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que

la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”

(...)

6

“9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones”.

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

“... 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional...”

“Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo.”

De suerte que, al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento**, lo cual

se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

“Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

"Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes"
(Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes"
(Subraya la Corte).

Destacándose nítidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como **elemento integrador**: pues en este caso, es la propia Constitución - ley suprema-, la que se aplica“(C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria

del ordenamiento jurídico y “para interpretar las leyes”, pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

“ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. *Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

- 1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***
- 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces*

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo

con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

En ese orden de ideas, se tiene que los actores adquirieron el derecho a la pensión los días **10 de julio de 2014, 1 de agosto de 2004 y 21 de septiembre de 2007**, data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994, esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de ahí que los actores no tenga derecho a los mismos.

9

En tales condiciones, no habrá lugar a estudiar los argumentos expuestos en el recurso de alzada, en consecuencia se **REVOCARÁ** parcialmente la decisión de primera instancia para en su lugar absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor JOSÈ JAIME MOGOLLÓN CORREA.

COSTAS

COSTAS en ambas instancias a cargo de JOSÈ JAIME MOGOLLÓN CORREA de conformidad con el numeral 4 del artículo 365 del CGP y en esta instancia a cargo de los demandantes FERNANDO NAVARRERA LEÓN y JOSÉ IGNACIO OLARTE TRUJILLO, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

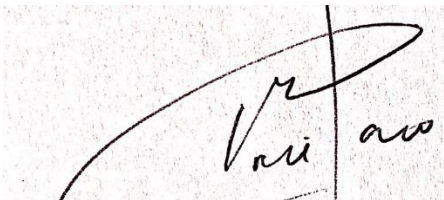
PRIMERO: REVOCAR el ordinal primero de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 9 de noviembre de 2018, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor JOSÈ JAIME MOGOLLÓN CORREA conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia en el sentido de condenar en costas en primera instancia también al demandante JOSÉ JAIME MOGOLLÓN CORREA de conformidad con el numeral 4 del artículo 365 del CGP y **REVOCAR** la condena en costas a cargo de COLPENSIONES.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: COSTAS en ésta instancia, a cargo de los demandantes FERNANDO NAVARRERA LEÓN y JOSÉ IGNACIO OLARTE TRUJILLO, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

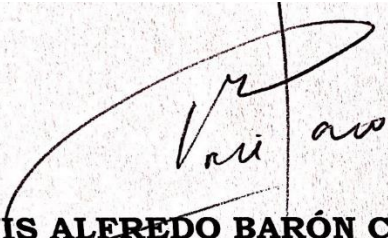


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
Aclara voto

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de FERNANDO NAVARRERA LEÓN y JOSÉ IGNACIO OLARTE TRUJILLO en la suma de \$300.000 pesos, para cada uno.


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EMERSON HOLGUIN MARIN
CONTRA HOSPITAL MEISSEN NIVEL II hoy SUBRED INTEGRAL DE
SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita el señor **EMERSON HOLGUIN MARIN** se **declare** que existió un único contrato de trabajo a término indefinido con la entidad demandada desde el 1° de marzo de 2006 al 30 de julio de 2016, se **declare** la categoría de trabajador oficial al demandante. Como consecuencia, de lo anterior se **ordene** a la demandada a pagarle las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral tales como: diferencias salariales existente entre los trabajadores de planta y las pagadas al demandante bajo la denominación auxiliar administrativo con la de auxiliar de mantenimiento código 5110 grado IV-A las cuales deben ser indexadas, al **pago** de cesantías causadas durante todo el tiempo de servicios, al **pago** de intereses a las cesantías, al **pago** de la prima de antigüedad, la **pago** de la prima de vacaciones, al **pago** de la prima de navidad, al **pago** de la prima semestral, compensación en dinero de las vacaciones, se **condene** a realizar la afiliación patronal y efectuar el pago de las cotizaciones durante todo el tiempo laborado al

sistema de seguridad social integral en salud, pensión, riesgos laborales y caja de compensación familiar con el salario que devengaban los trabajadores de planta, a la **devolución** indexada del importe de la totalidad de los descuentos realizados por la SUBRED INTEGRAL DE SERVICIOS DE SALUD E.S.E durante la prestación de los servicios por concepto de retención en la fuente debidamente indexado y se **ordene** el recobro del hospital a la DIAN de dicho valores, al **pago** del auxilio de transporte, al **pago** del auxilio de alimentación, se **ordene** a la indemnización de que trata el artículo 64 del CST por haberse terminado el contrato laboral sin justa causa, al **pago** de la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, al **pago** de la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o norma análoga por no haberse afiliado al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, al **pago** de la sanción moratoria por la falta de pago oportuno de los intereses a las cesantías Ley 52 de 1975, se **declare** que el tiempo laborado por el demandante bajo la modalidad de contratos sucesivos denominados “*arrendamiento de servicios de carácter privado*” y de “*prestación de servicios*” con la demandada se deben computar para efectos pensionales ordenando al Hospital emitir la correspondiente certificación laboral para tal efecto, se **declare** todo beneficio convencional derivado de la convención colectiva de trabajo, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho (fls. 94/95).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls.2/3) se señalaron en síntesis que laboró de manera constante e ininterrumpida para la entidad demandada desde el 1° de marzo de 2006 al 30 de julio de 2016 en el cargo de auxiliar de mantenimiento, siendo vinculado a través de contratos de arrendamiento de servicios y de prestación de servicios, según resolución No. 012 del 20 de enero de 2012 emanada por la misma entidad donde se establece que es un trabajador oficial, habida cuenta que ejerció funciones en el mantenimiento de la planta física del hospital bajo el cargo de auxiliar de mantenimiento, que devengó como último salario la suma de \$1.317.900, que sus jefes inmediatos elaboraban planillas de turnos, que debió afiliarse como trabajador independiente al sistema general de seguridad social en salud y pensión, que debía adquirir una póliza de cumplimiento de responsabilidad civil, que le era descontado mensualmente el impuesto de retención en la fuente y el impuesto ICA, que le fue expedido carné de trabajo que lo identificaba con empleado de al SUBRED INTEGRAL DE SERVICIOS

DE SALUD E.S.E, existían compañeros que ejercían las mismas funciones y se encontraban vinculados directamente con la entidad demandada, que el día 30 de julio de 2016 le fue informado de manera verbal que no podía seguir ejerciendo las funciones de auxiliar de mantenimiento por cuanto el plazo pactado en el contrato había finalizado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Al haberse contestado de manera extemporánea la demanda, mediante auto de fecha 12 de octubre de 2017 (fl.139), el Juez de primera instancia **dio por no contestada**.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 12 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 6 de junio de 2018, **declaró** la existencia de una relación laboral entre el demandante y el HOSPITAL MEISSEN indicando que por efectos de la aplicación del Acuerdo Distrital No. 641 del año 2016, el Concejo de Bogotá, dicha declaratoria se encontraba asumida por la SUBRED INTEGRAL DE SERVICIOS DE SALUD E.S.E, **condenó** a la SUBRED INTEGRAL DE SERVICIOS DE SALUD E.S.E a los siguientes conceptos:

1. *“\$10.699.942 por concepto de cesantías.*
2. *\$10.699.942 por concepto de prima de navidad.*
3. *\$5.513.613,50 por concepto de vacaciones.*
4. *\$5.513.613,50 por concepto de prima de vacaciones.*
5. *\$26.577.650 por indemnización moratoria desde el 1° de octubre de 2016, valor diario de \$43.930, sin perjuicio de que se sigan cancelando hasta el momento en que se haga efectivo el pago”.*

Absolvió a la entidad demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, **declaró** no probado ningún medio exceptivo y la **condenó** en costas (CD fl.151).

Como argumento de su decisión, señaló el *a quo* que el cargo desempeñado por el actor había correspondido al de servicios generales o auxiliar de mantenimiento, en las cuales se encontraban tipificados dentro del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, por la cual era procedente su estudio a la luz de las normas sobre contrato de trabajo, por ser trabajador oficial.

Sostuvo que durante la vigencia de la relación se suscribieron cerca de 36 contratos de prestación de servicios, los cuales sin solución de continuidad se desplegaron entre el 3 de enero de 2008 hasta el 30 de julio de 2016, hace relación a la sentencia C-614 de 2009 de la Corte Constitucional donde se ha acudido a la interpretación y la aplicación de cinco criterios, para los efectos de determinar indicios de laboralidad, estableciendo que en el presente caso se daba el criterio funcional, el criterio de igualdad, el criterio temporal o de la habitualidad y el criterio de la continuidad; en cuanto al criterio funcional, se observaba que todos los contratos tenían el mismo objeto los cuales cotejados con la resolución 012 del 12 enero de año 2012 resultaban siendo similares. Así mismo, se observa la identidad del objeto contractual, con el protocolo o manual de funciones establecidos en la resolución 019 del 2012, para un cargo de auxiliar de mantenimiento código 5110 grado IV-A, también se observaba el criterio temporal o de la habitualidad, el criterio de igualdad, dado que esta asimilación se hace frente a trabajadores de planta, con un código y grado dentro de su escalafón de personal de planta, auxiliar de mantenimiento, servicios generales, código 5110, grado IV-A, bajo ese entendido, el despacho declaró la existencia de la relación laboral, en cuanto a la prueba testimonial refirió que no le podía dar mayor credibilidad por cuanto eran personas que tienen idénticas pretensiones en otros despachos judiciales, pero que la declaratoria de la existencia de la relación laboral también se podía determinar con las piezas documentales, declarando de tal manera la relación laboral entre el 1° de marzo de 2006 y hasta el 30 de julio de 2016.

En cuanto a las acreencias de tipo convencional, señaló que teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 14 de la convención colectiva, se indicaba la continuidad de derechos que venían siendo progresivos, lo cual no se observaba frente a la prima de antigüedad o siguientes, por lo cual este tipo de pruebas debía incorporarse en donde se pudiera ver la continuidad de los derechos, por lo cual dispuesto en el artículo mencionado no podía conllevar a la suposición de la existencia de derechos antiguos a partir del texto convencional, debía acreditarse en su totalidad los cuerpos convencionales que establecían tales acreencias.

Procediendo a realizar la liquidación de acreencias consagradas legalmente, advirtiendo que no se encontraba acreditada la excepción de prescripción en

la mediada que la demanda se había dado por no contestada y que desestimaría la condena frente a prima de servicios e intereses a las cesantías, porque no existe consagración legal de estas prestaciones para trabajadores oficiales, de la misma forma la indemnización moratoria del artículo 99 de la ley 50 del año 1990, en la medida en que esta es aplicable a los trabajadores del sector privado, más no así a los trabajadores del sector público, como tampoco lo dispuesto en el artículo 65 del CSTSS; concediendo en su lugar la indemnización moratoria del artículo 1° del Decreto 797 de 1949. En cuanto a la devolución de aportes al sistema de seguridad social, adujo que la continuidad no se encontraba demostrada para efectos de establecer que estos valores debían ser compensados por el empleador.

RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante de manera parcial en cuanto a que debió condenarse a la entidad demandada al pago de las diferencias salariales existentes entre los trabajadores de planta y las pagadas al demandante, teniendo en cuenta que se aportó las diferencias salariales con el auxiliar de mantenimiento código 5110 grado IV-A año por año, solicita también se condene al pago de la prima de servicios contenida en el Decreto 1042 de 1978 modificado por el Decreto Nacional 1680 de 1991 artículo 58, en donde se indica que los funcionarios tendrán derecho a una prima de servicios anual equivalente a 15 días de remuneración que se pagará los primeros 15 días del mes de julio de cada año.

De igual manera, solicita se le reconozca el pago al subsidio de alimentación y al subsidio de transporte contenidos en la convención colectiva de trabajo, al pago de la prima de antigüedad contenida dicha disposición en el Acuerdo 8 de 1985, por el cual se establece la escala de remuneración para la clase de empleados del Distrito de Bogotá en su artículo 11, se conceda también el pago de intereses a las cesantías, al reconocimiento de los beneficios de carácter convencional derivados de dicha convención las cuales tiene derecho el demandante.

Parte demandada

Interpuso recurso argumentando que no se hizo una valoración plena de las pruebas con las que se pretendía acreditar la relación laboral y los documentos allegados no constituyen un elemento de prueba y al parte testimonial no fue objeto de estudio, que al verificarse la misma se puede concluir que nunca existió subordinación y los demás requisitos que permitan acreditar que existió un contrato de trabajo, que así mismo, debía tenerse en cuenta que la entidad demandada había procedió de buena fe en la relación contractual con el demandante, no habiendo lugar al señalamiento de intereses moratorios. Debía tenerse en cuenta que la relación contractual había existido durante bastante tiempo donde nunca se había discutido la existencia de una relación laboral y solo al final de ella se había procedido a reclamar, demostrándose que lo que realmente existió fue un contrato de prestación de servicios de carácter independiente y autónomo.

CONSIDERACIONES**PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la demandante ostentó la calidad de trabajador oficial de la demandada y, por ende, si entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 1° de marzo de 2006 y hasta el 30 de julio de 2016, en caso afirmativo, establecer si hay lugar a la nivelación salarial, prima de servicios, subsidio de alimentación, prima de antigüedad, subsidio de transporte e intereses a las cesantías, y todos los beneficios de carácter convencional.

Previamente se advierte que no se estudiará la sentencia en grado jurisdiccional de consulta en favor del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO SUR ESE, toda vez que de conformidad con lo previsto en el Acuerdo 641 de 2016 ex pedido por el Concejo de Bogotá, esta última es una entidad pública descentralizada con categoría especial, del orden Distrital, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio propio, adscrita a la Secretaría Distrital de

Salud y por ende, la Nación no es garante; de ahí que no proceda a su favor el grado jurisdiccional de consulta establecido en el artículo 69 del CPL.

Existencia de la relación laboral

Afirma la parte actora que prestó sus servicios personales al HOSPITAL MEISSEN NIVEL II hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO SUR ESE en forma ininterrumpida, cumpliendo un horario establecido por la entidad y bajo las órdenes de ésta, desde el 1° de marzo de 2006 y hasta el 30 de julio de 2016, desempeñando funciones de auxiliar de mantenimiento.

En este asunto se advierte conforme a la documental que obra en el expediente el demandante se vinculó a la accionada bajo la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios regulado en la Ley 80 de 1993; contratación ésta que si bien es válida, en su desarrollo pueden presentarse elementos y características de un contrato de trabajo, lo cual se evidencia de la realidad de la relación y que debe primar frente a los datos aparentes que ofrezcan los documentos o contratos con apoyo en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Ahora en este asunto, es de trascendental valor, determinar la calidad de servidor público que ostentaba el señor EMERSON HOLGUÍN MARIN durante la vigencia de la relación laboral pretendida con la demandada, máxime si las condenas impuestas por el *a quo*, se encuentran cimentadas en la existencia de un contrato de trabajo.

Conforme a ello, se tiene que dada la naturaleza especial del HOSPITAL CENTRO SUR ESE II NIVEL, como Empresa Social del Estado establecida por el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, las personas que se encuentran vinculadas a ella, son por regla general empleados públicos en virtud del artículo 195 de la mencionada norma y solo serán trabajadores oficiales, conforme a las reglas del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al **mantenimiento de la planta física hospitalaria** o de **servicios generales**, en las mismas instituciones.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha sido clara al señalar entre otras, en la sentencia SL 1334 de 2018, que la clasificación de los servidores públicos en trabajadores oficiales o empleados públicos es de reserva legal, luego la demandada no puede admitir o allanarse a la calidad del vínculo que el demandante afirme tener para con la administración pública, por cuanto es la Ley la que en definitiva determina la naturaleza del vínculo del servidor y no la voluntad de las partes.

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que el demandante fue contratado para desempeñar el cargo de **auxiliar de mantenimiento**, desarrollando las siguientes funciones: resanar, estucar, lijar y pintar las instalaciones del hospital de acuerdo con la especificad de cada uno de los servicios, se efectuara reparaciones y mantenimiento continuo de las zonas dañadas o deterioradas, responder por elementos entregados para el desarrollo de las actividades, realizar las demás actividades que le sean asignadas por quien ejerza la supervisión del contrato acordes con el objeto, diligenciar los formatos de actividades realizadas, realizar las demás actividades que le sean asignadas por quien ejerza el control del contrato acorde con el objeto. Funciones estas que se ajustan a los parámetros de excepción establecidos por la Ley (mantenimiento de la planta física hospitalaria o servicios generales), para ser considerado eventualmente como trabajador oficial.

El artículo 2° del Decreto 2127 de 1945 señala los **elementos del contrato de trabajo** como lo son la actividad personal del trabajador, la dependencia de este respecto del patrono y el salario como retribución del servicio y el artículo 3° de la misma norma establece que una vez reunidos esos tres elementos el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del patrono.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que dentro del plenario aparecen sendos contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes el durante 1° de marzo de 2006 y hasta el 30 de julio de 2016, de manera que **al no haber duda de la prestación del servicio por parte del actor y en favor de la demandada**, de conformidad con el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, comprobada dicha situación se debe presumir su carácter de contrato de trabajo y debe corresponder al beneficiario del servicio desvirtuar la subordinación.

Pues bien, al revisar el material probatorio encuentra la Sala que en este asunto nada hizo la demandada para desvirtuar tal presunción, tan sólo se limitó a negar el contrato de trabajo. Sin embargo, de las pruebas se desprende con total claridad que entre las partes existió un verdadero contrato de tipo laboral; no acreditó la entidad demandada que las labores del demandante representaran una labor que por su naturaleza estuviera excluida del objeto que legal y constitucionalmente le está encomendado desarrollar por representar un conocimiento especializado y la falta de personal de planta para acometerlo con suficiencia; por el contrario, dichas labores son actividades esenciales al objeto natural de la entidad y a su supervivencia, aspectos que claramente se logran ver con tan solo verificar las pruebas documentales.

Toda vez que no resulta razonable que aquellas personas que se encargan del mantenimiento físico del centro hospitalario puedan ejercer su actividad con total autonomía e independencia, característica esencial del contrato de prestación de servicios, téngase en cuenta además del mismo objeto contractual se establece la reparación y mantenimiento **continuo**, lo cual deja entrever la necesidad de la actividad desarrollada por el actor a favor de la entidad demandada, todas estas actividades que debían desarrollarse en las instalaciones de la accionada y con los implementos por ellos suministrados, pues no obra constancia de lo contrario, lo anterior da cuenta que, si bien la entidad demandada apoya su defensa con las documentales aportadas al expediente para demostrar que la vinculación del actor lo fue en calidad de contratista independiente, lo cierto es que con dicha documental lejos de desvirtuar la relación de trabajo subordinada, la reafirma, toda vez que quedó plenamente demostrado que lo que verdaderamente existió fue una relación de carácter laboral subordinada, en tanto el trabajo que desarrolló EMERSON HOLGUIN MARIN era controlado.

Ahora, en lo que tiene que ver con la prueba testimonial si bien el *a quo* consideró que no entraría analizarla por cuanto los testigos tenían intereses ya que cursa por parte de ellos procesos en contra de la demandada con iguales características, ello no determina que no se hayan valorado cabalmente el acervo probatorio a fin de que llegar a conclusión de la existencia de una relación laboral, pues como bien se ha indicado solo basta

con revisar los contratos celebrados entre las partes para llegar a la misma conclusión, donde no puede establecerse que la entidad obro de buena fe como lo sostiene el recurrente, toda vez que al darse las características de un contrato de naturaleza laboral incluso estando dentro de la misma planta hospitalaria un cargo con similares características debió procurar porque el demandante fuera vinculado en tales condiciones, tampoco resulta justificable que se diga que al no haberse reclamado por parte del actor durante la vigencia del contrato y que solo lo hizo una vez terminado el vínculo laboral se entienda su conformidad en cuanto a la vinculación contractual, ya que su actuar se debió precisamente al poder mantener la permanencia en el empleo, de manera que, efectivamente la relación jurídica que unió a las partes estuvo regida por un contrato de trabajo, dando aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formas desde el 1° de marzo de 2006 y hasta el 30 de julio de 2016.

Nivelación salarial

Solicita el actor se tenga en cuenta diferencias salariales con el auxiliar de mantenimiento código 5110 grado IV-A, teniendo en cuenta que aportó al expediente el salario mensual año a año de lo percibido en dicho cargo, al revisarse las funciones ejercidas por el auxiliar de mantenimiento código 5110 grado IV-A y las cuales se encuentran consagradas en la resolución No. 012 del 20 de enero de 2020 a folio de 141 del expediente se tiene que las mismas corresponden a: efectuar las reparaciones en el área de su especialidad, fabricar muebles y enseres de diferente tipo, de acuerdo a instrucciones dadas por el jefe inmediato, realizar los trabajos de soldadura requerido por instituciones del área de influencia, instalar, reparar y mantener el sistema hidráulico de los servicios sanitarios de la institución, instalar y reparar el sistema de agua potable, instalar y reparar cañerías, instalar y reparar calentadores, válvulas, lavamanos y otros elementos similares de construcción y albañilería, construir cimientos, muros, estructuras de concreto y otros requeridos para reparación o modificación de la planta física, instalar ventanas y puertas, cielo raso, escaleras, divisiones y otros, resanar, latinear, pulir, pintar superficies, responder por las herramientas, equipos, materiales bajo su cuidado, desenguacalar, enguacalar, armar, desarmar, montar, desmontar, ajustar, limpiar y lubricar los equipos asignados bajo la asesoría y supervisión del jefe

inmediato y estricta observación de las medidas de seguridad. Vigilar por la buena calidad de la prestación del servicio, vigilar por el correcto uso y mantenimiento del equipo y los elementos a su cargo, cumplir con las normas y procedimiento establecidos en los manuales y reglamentos de la institución, desarrollar las funciones según criterio de autocontrol, responder por el uso adecuado de los recursos y bienes asignados al servicio de su cargo, dar cumplimiento a las políticas, procesos, procedimientos establecidos por las políticas y procesos establecidos por el sistema de gestión de calidad del hospital y las demás funciones que le sean asignadas por normas legales, reglamentarias y por su superior inmediato, de acuerdo con la naturaleza del cargo y el área de desempeño.

Todas estas que como lo mencionó el Juez de primera instancia son bastante similares a las actividades ejercidas por el actor en el cargo de auxiliar de mantenimiento, lo cual conlleva a establecer que deba asemejar con dicho cargo de planta y por lo tanto, tenerse como salarios los percibidos en el cargo en mención, los cuales se encuentra discriminados a folio 145 del expediente, que corresponde para el año 2006 en la suma de \$775.614, 2007 en la suma de \$829.907, 2008 en la suma de \$887.254, 2009 en la suma de \$958.856, 2010 en la suma de \$993.759, 2011, en la suma de \$1.033.907, 2012 en la suma de \$1.101.111, 2013 en la suma de \$1.150.882 2014 en la suma de \$1.202.672, 2015 en la suma de \$1.264.730 y 2016 en la suma de \$1.369.324, por lo cual habrá de reliquidarse las prestaciones objeto de condena en primera instancia quedando así:

Cesantías: \$12.679.561.22

Prima de navidad: \$10.868.195,33

Prima de vacaciones: \$5.434.097,67

Vacaciones: \$5.434.097,67

Indemnización moratoria: desde el 1° de octubre de 2016, valor diario \$45.644.

Para mayor ilustración se adjunta la liquidación la cual se efectuó con apoyo del grupo liquidador dispuesto para esta instancia.

Beneficios convencionales

En cuanto a esta pretensión indicó el *a quo* que teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 14 de la convención colectiva aportada, se indicaba la continuidad de derechos que venían siendo progresivos, lo cual no se observaba frente a la prima de antigüedad o siguientes, por lo cual este tipo

de pruebas debía incorporarse en donde se pudiera ver la continuidad de los derechos, por lo cual frente a lo dispuesto en el artículo mencionado no podía conllevar a la suposición de la existencia de derechos antiguos a partir del texto convencional, debiéndose acreditar en su totalidad los cuerpos convencionales que establecieran tales acreencias.

Sobre tal aspecto, considera esta Sala de decisión que le asiste razón al *a quo* por cuanto se observa que a folios 76 a 82 se aportó convención colectiva vigencia 2007-2011 sin que de la misma se pueda establecer que se prorrogó durante toda la vigencia de la relación laboral, tampoco se cuenta con la convención que rigió para el año 2006 a fin de establecer si la convención aportada la modificó total o parcialmente de acuerdo a lo consagrado en el artículo 12, de manera que al no contarse con dichas probanzas no es dable concluir que los beneficios convencionales establecidos en la convención colectiva 2007-2011 se mantuvieron vigentes durante todo el vínculo contractual, bien sería dable tenerse presente los beneficios consagrados en la convención colectiva mencionada por lo menos durante la vigencia de la misma, lo cierto es que en cuanto a los beneficios solicitados, esto es, **subsidio de alimentación y subsidio de transportes** que se encuentran consagrados a folios 2 y 3, las dos hacen relación a la aplicación del porcentaje más favorable entre el IPC nacional, el incremento del SMLMV o el incremento de empleados públicos del Distrito Capital, más el 0.5%, sin que se cuente dentro del plenario con el incremento de empleados públicos del Distrito Capital al que se hace referencia a fin de poder ponderar el más favorable para el trabajador, siendo imposible calcular tales beneficios sin poder contar con ello.

En lo que respecta a la **prima de antigüedad** no se establece dicho beneficio dentro de la convención colectiva aportada, por lo que no es posible condenarse a tal emolumento, teniéndose en cuenta además que en lo que respecta a los trabajadores oficiales, se rige por lo establecido en el contrato de trabajo, la convención colectiva de trabajo, los pactos arbitrales y el reglamento interno de trabajo y en lo no previsto en dichos instrumentos se regirán por lo establecido en la Ley 6ª de 1945 y el título 30 del Decreto 1083 de 2015, en especial el artículo 2.2.30.3.5 donde dicha prima no se encuentra consagrada, no siendo dable tampoco como lo pretende el apelante tener en cuenta lo establecido en el Acuerdo 8 de 1985, ya que la clasificación, remuneración y nomenclatura allí establecida para la vigencia

presupuestal de 1986, rigió únicamente para los **empleados públicos** que se desempeñarán en las distintas series, clases y grados de empleos del Concejo de Bogotá, Personería, Contraloría, Tesorería, Alcaldía Mayor, Secretarías y Departamentos Administrativos; tal y como lo consagra su artículo 1° y el artículo 11 estableció la creación de la prima de antigüedad únicamente para los empleados del sector central, características estas que no encajan en la situación del actor.

Por último, refiere el recurrente que se reconozcan todos los beneficios de carácter convencional, frente a lo cual la Sala se detuvo únicamente en los solicitados en la demanda y no que no fueron objeto de condena, los cuales resultaron ser los mismos a los que se hizo referencia en el recurso de alzada, pues es deber de la parte actora indicar de manera precisa cuales de los beneficios convenciones son a los puede acceder.

Prima legal de servicios

En cuanto a esta solicitud a quedado adoctrinado por la CSJ SL que no se conceden las primas legales de servicios, por cuanto no hay disposición legal que establezca estas prestaciones a favor de trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado, toda vez que el Decreto 1042 de 1978 no se aplica a estos, como se desprende de su artículo 1.º que prevé: *«Del campo de aplicación. El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente Decreto regirá para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante», y el artículo 53 dispone: “Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual». (SL 2584 de 2019).*

En cuanto a los **intereses a las cesantías**, se tiene que dicho emolumento se encuentra regulado en la Ley 52 de 1975 y su Decreto reglamentario No. 116 de 1976, sin que su contenido se haga extensivo a los trabajadores oficiales, al igual que el Decreto 3118 de 1968 lo contempla solo para los trabajadores del orden Nacional, es decir, tampoco cubre ni es aplicable a los empleados oficiales.

Así las cosas, se **modificará** parcialmente la decisión de primera instancia.

COSTAS:

COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandada como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ-SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 6 de junio de 2018, en el sentido de declarar que el cargo desempeñado por el actor durante la vigencia de la relación laboral correspondió al de auxiliar de mantenimiento código 5110 grado IV-A, por lo que se condenará a la demandada SUBRED INTEGRAL DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E a pagar las siguientes sumas y conceptos:

Cesantías: \$12.679.561,22

Prima de navidad: \$10.868.195,33

Prima de vacaciones: \$5.434.097,67

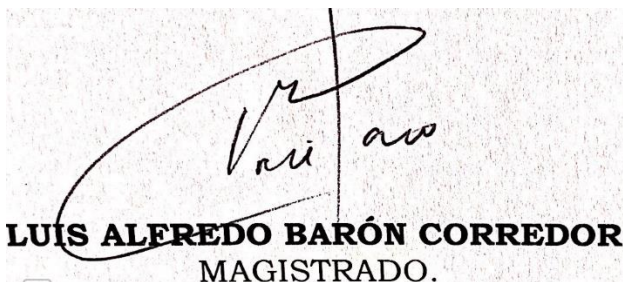
Vacaciones: \$5.434.097,67

Indemnización moratoria: desde el 1° de octubre de 2016, valor diario \$45.644.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, conforme a los expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la entidad demandada como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

Notifiquese y cúmplase



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

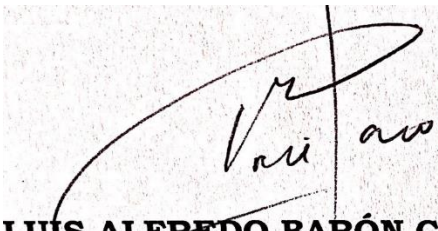


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la entidad demandada en la suma de \$ 900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ RICARDO TOLOZA PEÑA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **JOSÉ RICARDO TOLOZA PEÑA** se **declare** que la entidad demandada debe reconocerle la pensión de jubilación por aportes con una tasa de remplazo del 75% teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años de conformidad con lo establecido en la Ley 71 de 1988, como consecuencia de lo anterior, se **condene** a la entidad demandada a reconocer la prestación a partir del 25 de febrero de 2014, se **condene** al pago de intereses moratorios, se **condene** a la actualización de la base de cotización aplicando el índice de precios al consumidor a la base de cotización y a la primera mesada pensional, se **condene** al pago de costas procesales y se **condene** ultra y extra petita (fl.5).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls 2 a 3 del plenario, en los cuales en síntesis se señalaron; que prestó sus servicios como empleado del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL desde el 1° de febrero de 1966 al 16 de enero de 1968, prestó sus servicios como empleado de la FLOTA SAN VICENTE desde el 1° marzo de 1981 al 1° de octubre de 1983, presentó sus servicios a la GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA desde el 14 de agosto de 1991 al 10 de julio de 1996, prestó sus servicios para COOTRANSVILLA LTDA desde el año 2000 al 28 de febrero de 2014, que el régimen de transición para los empleados del Departamento de Cundinamarca

empezó a regir el día 5 de enero de 1995 en virtud del Decreto Departamental No. 017 de enero de 1995, que para el 25 de julio de 2005 contaba con 750 semanas, que teniendo en cuenta el número de semanas cotizadas en toda su vida laboral los mismos equivalen a 1,134, que la empresa COOTRANSVILLA LTDA omitió realizar el pago de los aportes desde el 1° de enero de 2000 al 31 de diciembre de 2005, que a través de proceso judicial llevado a cabo en el Juzgado 1° Civil del Circuito de la Mesa se condene a la empresa COOTRANSVILLA LTDA a cancelar los valores adeudados por concepto de aportes pensionales, procediendo a realizar el correspondiente aporte, que la entidad demandada no tiene en cuenta el tiempo en que prestó servicio militar, que el día 2 de diciembre de 2015 solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento pensional quien a través de resolución GNR 59307 del 26 de febrero de 2016 negó el reconocimiento a la pensión de vejez, sobre la cual se interpuso recurso el cual se resolvió mediante resolución GNR 196892 del 1° de julio de 2016, con la cual se confirmó la negativa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 5 a 7, 12, 14 a 24, parcialmente el hecho 10, no constarle los numerales 1 a 4; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración al derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción y compensación (fls.108 a 118).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de septiembre de 2018, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de jubilación por aportes al demandante a partir del 1° de marzo de 2014, en cuantía inicial de \$616.000 junto con una mesada pensional anual, más los incrementos de Ley, cuyo retroactivo causado desde el fecha de reconocimiento y hasta que se produzca la inclusión en nómina debe ser cancelado de forma indexada, **absolvió** a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra, **declaró** probada la excepción de no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y no probadas las demás.

Como argumento de su decisión, señaló la sentenciadora que para el 1° de enero de 1995 momento en que empezó a regir la Ley 100 de 1993, en su caso el actor contaba con 47 años de edad, siendo beneficiario del régimen de transición, que al revisarse la historia laboral del actor se podía ver existían unos ciclos con la anotación no registra relación laboral con el empleador COOTRANSVILLA LTDA correspondientes a los periodos 1° de enero del año 2000 al 31 de diciembre de 2005, sin embargo, al revisarse la casilla 13 denominada RA se podía ver que era aceptada, estableciéndose con ello que sí había existido afiliación, razón por la cual debía ser tenidos en cuenta esos ciclos, por cuanto era evidente la mora por parte del empleador, debiendo la entidad demandada ordenar el correspondiente recaudo.

Refirió la *a quo* que también debían tenerse en cuenta el periodo comprendido entre el 1° de febrero de 1966 al 16 de enero de 1968 en el cual se había prestado el servicio militar teniendo en cuenta lo dispuesto en la jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral, igualmente debían contabilizarse el periodo comprendido entre el 14 de agosto de 1991 al 30 de junio de 1995 donde se había prestado el servicio para la SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS quien efectuó las cotizaciones ante CAPRECOM y que no figuran en la historia laboral, teniendo en cuenta los periodos reconocidos acredita un total de 1,151.33 semanas equivalente a 22,08 años de servicios. Así mismo, a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 cuenta con 765,76 semanas de cotización, ordenando el reconocimiento de la prestación a partir del 1° de marzo de 2014, día siguiente del último aporte, en cuanto a los intereses moratorios solicitados indicó que no había lugar a ello teniendo en cuenta que conforme a la sentencia de la CSJ Sala de Casación Laboral los mismos debían reconocerse solo para las pensiones reconocidas bajo la Ley 100 de 1993 y no para las pensiones reconocidas bajo el régimen de transición.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de manera parcial solicitando le sean reconocidos los intereses moratorios teniendo en cuenta la jurisprudencia de al Corte Constitucional donde se ha dicho que la pensión con Ley 71 de 1988, su objetivo también lo es el reconocimiento de mesadas pensionales, por lo tanto, la cobija los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, además debe tenerse en cuenta las sentencias de la CSJ Sala de Casación Laboral en donde se ha dicho que debe condenarse al pago de intereses cuando existe mala fe en el reconocimiento de la prestación, evidenciándose que en cada una de las actuaciones de la entidad demandada se ha notado su mala fe al no tener en cuenta las semanas aportadas por las 2 empresas COOTRANSVILLA LTDA y FLOTA SAN VICENTE.

Parte demandada también interpuso recurso de apelación solicitando sea revocada la decisión de primera instancia teniendo en cuenta que era obligación del empleador COOTRANSVILLA LTDA realizar el pago de las cotizaciones o el pago del cálculo del periodo 1° de enero del año 2000 al 31 de diciembre de 2005, que debía tenerse en cuenta que la gestión de cobro se encuentra con la obligatoriedad que tienen los empleadores de realizar las cotizaciones al sistema de conformidad con lo establecido en el Decreto 3041 de 1966, en concordancia con el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 y artículo 4° de la Ley 797 de 2003. Así mismo, solicita que en dado caso de ser confirmada la sentencia se mantenga la decisión en costas ordenada en primera instancia

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, si es posible validar los ciclos correspondientes a los periodos comprendidos entre el 1° de enero del año 2000 al 31 de diciembre de 2005 con el empleador COOTRANSVILLA LTDA, del 14 de agosto de 1991 al 30 de junio de 1995 con la SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS y del 1° de febrero de 1966 al 16 de enero de 1968 de servicio militar, dentro de la historia laboral del demandante, si acreditó ser beneficiario del régimen de transición y, en consecuencia, si cumple los requisitos para acceder a la pensión por aportes consagrada en la Ley 71 de 1988, si hay lugar al pago de intereses moratorios y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Reconocimiento de semanas

A folios 36 a 39 obra certificación emitida por el Ministerio de Defensa Nacional en la cual se certifica que el actor prestó sus servicios a dicha entidad durante el periodo comprendido entre el 1° de febrero de 1966 al 16 de enero de 1968 como soldado, así mismo, se adjuntó los correspondientes formatos CLEBP que corroboran dicha información. Al respecto, ha sido reiterado el criterio de la CSJ Sala de Casación Laboral respecto de la posibilidad de contabilizar dichos periodos en la historia laboral del afiliado a fin de poder alcanzar las pensiones de sobrevivientes, invalidez y muerte, argumentado lo siguiente:

“Frente al punto, precisa indicar que la Ley 48 de 1993 estableció una serie de beneficios y privilegios en favor de los jóvenes que prestaran este servicio, con el propósito de estimular e incentivar el cumplimiento de ese deber ciudadano.

En esa dirección, el literal a) del artículo 40 ibidem consagró que el tiempo de servicio militar obligatorio sería computado para efectos de la «pensión de jubilación de vejez», tal y como lo ha adoctrinado esta Corporación para todas las pensiones de jubilación o vejez, e incluso para las de invalidez y sobrevivencia (CSJ SL11188-2016).

Para arribar a dicha conclusión, la Sala sostiene que aquellos tiempos de servicios, de especial consideración constitucional en razón de la importancia que reviste para la defensa de la independencia del Estado, su soberanía y el mantenimiento de la sociedad organizada, tiene una connotación claramente pública, esto es, de servicio público y, por tal razón, deben contabilizarse a efectos de verificar la densidad de semanas requeridas para acceder a los derechos pensionales, tal como lo prevé el literal a) del artículo 40 del Ley 48 de 1993 (SL 3110/2020) ”.

Conforme a lo anterior, es claro que le asiste razón a la *a quo* en cuanto a que deben ser reconocidos los periodos solicitados por el actor correspondientes al servicio militar. Ahora, en lo que respecta al tiempo laboral con la SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS entre el 14 de agosto de 1991 al 30 de junio de 1995, el cual se soporta con las documentales que militan a folios 41 a 47 también deben reconocerse, pues si bien COLPENSIONES no los tuvo en cuenta en la resolución GNR 196892 del 1° de julio de 2016, el motivo consistió en que no se había aportado los correspondientes formatos CLEBP, los cuales sí fueron allegados en esta oportunidad.

Finalmente, en lo que respecta al periodo 1° de enero del año 2000 al 31 de diciembre de 2005 con el empleador COOTRANSVILLA LTDA, se observa que COLPENSIONES en la resolución antes mencionada indicó que el demandante había aportado la documentación correspondiente para realizar el calculo actuarial con el empleador COOTRANSVILLA LTDA, sin embargo, consultado el aplicativo de recaudo se tenía que se había generado la orden pago en la suma de \$36.565.913 con fecha límite de pago 31 de marzo de 2015, pero el empleador no había procedido a realizar el respectivo pago, razón por la cual no era procedente la corrección de la historia laboral al no ser posible la recuperación de los periodos solicitados (fl. 29 v/to).

Al revisarse la historia laboral del actor y la cual obra a folios 223 a 226, se tiene que en efecto como lo mencionó la Juez de primera instancia aparece en la casilla 13 RA “SI”, lo que significa que sí existió afiliación por parte del empleador COOTRANSVILLA LTDA a partir de enero del año 2000, igualmente, se observa que dicha relación laboral se mantuvo hasta el febrero de 2014, encontrándose únicamente los ciclos 1° de enero del año 2000 al 31 de diciembre de 2005 en 0 con la observación “no registra la relación laboral en afiliación para este pago”, de manera que ello prueba que en efecto el actor se encontraba afiliado a la administradora de pensiones como dependiente de dicha empresa, por tal motivo, estaba en cabeza de la entidad

demandada la realización del correspondiente recobro, además en caso de que no hubiera sido así y por el contrario estuviera pendiente el pago del cálculo actuarial emitido a cargo de la empresa COOTRANSVILLA LTDA también le asistía la obligación de haber procedido a iniciar los trámites necesarios para recaudar dicho dinero, situación que no hizo, por tales motivos siguiendo los lineamientos de la CSJ Sala de Casación Laboral en donde reiteradamente ha dicho que al encontrarse el empleador en mora le corresponde a la administradora pensional proceder al correspondiente recobro (SL 3081/2020), indicando:

“Precisamente, en la providencia CSJ SL984-2019, la Corporación reiteró:

*A efectos de contabilizar las semanas cotizadas por el afiliado a fin de verificar si cumple o no con los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, deben tenerse en cuenta a más de las consignadas oportunamente, las pagadas extemporáneamente y **las que se encuentran en mora, dada la falta de gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre vinculado (...).***

No se trata, como lo sugiere la censura, que la Corte avale el reconocimiento y pago de pensiones a cargo de las administradoras de pensiones, desconociendo la obligación que tiene los empleadores de efectuar las cotizaciones, pues a la conclusión cuya revisión impetra la recurrente, ha llegado la Corporación por el ejercicio hermenéutico de las normas que integran el sistema e imponen obligaciones a unas y otros para garantizar el derecho a la pensión de los trabajadores, así como para afianzar el equilibrio financiero del sistema en el que insoslayablemente tienen interés los fondos de pensiones, con el objetivo de lograr la eficiencia de su funcionamiento en beneficio propio y, además, como valor o principio supremo, para cumplirle a sus afiliados con el pago de las prestaciones a su cargo (...).

Es por lo anterior que esta Sala de la Corte ha reiterado que al concurrir las obligaciones antedichas en empleadores (pago de aportes) y administradoras (cobro de aportes en mora), su incumplimiento no puede afectar al afiliado quien cumplió con su trabajo y el aporte al sistema de pensiones previamente descontado del pago mensual de su salario”.

Así las cosas, el *a quo* no incurrió en desatino alguno al considerar que las cotizaciones en mora debían tenerse en cuenta como parte de las semanas necesarias para la causación y el reconocimiento de la pensión, pues era deber de la entidad accionada adelantar en su debida oportunidad las gestiones de cobro. Por consiguiente, las semanas reconocidas corresponden a las siguientes:

EMPLEADOR	CICLO	DÍAS	SEMANAS	TOTAL
MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL	02-1966 a 16-01-1968	706	101	
SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS	14-08-1991 a 06-1995	1.397	200	
COOTRANSVILLA LTDA	01-2000 a 12-2005	2.161	309	610

Régimen de transición

Conforme al art. 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de los hombres debía contar para el 1° de abril de 1994, con 40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados.

Reuniendo los requisitos señalados tendrá derecho a la pensión de vejez o de jubilación cuando cumplan la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1° de abril de 1994, el cual para el caso concreto es el dispuesto en la Ley 71 de 1988, por contar con semanas cotizadas al ISS hoy Colpensiones y aportes en el sector público.

Dicho lo anterior, y conforme a la copia de la cédula de ciudadanía del actor (fl.54), se tiene que nació el **8 de diciembre de 1947**, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 46 años de edad cumplidos, reuniendo así los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, teniendo en cuenta que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el actor se encontraba laborando para el Departamento de Cundinamarca- Secretaría de Obras Públicas de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993, la entrada en vigencia de la mencionada Ley rigió fue a partir del 30 de junio de 1995, momento para el cual el actor acreditaba 47 años de edad, lo cual comprueba aún más que en principio era beneficiario del régimen de transición.

Ahora, en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone que éste no podrá extenderse más allá del **31 de julio de 2010**, excepto para las personas que estando en el mismo tengan cotizadas **750 semanas** o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto, a quienes se les mantendrá el referido régimen hasta **diciembre de 2014**.

En el caso del demandante se tiene que si bien cumplió los 60 años de edad el 8 de diciembre de 2007, para el 31 de julio de 2010 aún no reunía la totalidad de semanas requeridas para la pensión solicitada, de manera que debía cumplir con las 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 29 de julio de 2005, al constatarse las semanas acreditadas para dicha data se tiene que reunió **776,31 semanas**, por lo que el régimen de transición se le hizo extensivo hasta el 31 de diciembre de 2014.

Pensión de jubilación por aportes – Ley 71 de 1988

Dispone la Ley 71 de 1988, que para ser beneficiario de la pensión por aportes debe acreditar 60 años de edad en el caso de los hombre y 20 años de aportes o cotizaciones, como bien se dijo el actor acreditó los **60 años de edad el 8 de diciembre de 2007** y cuenta con **602,57 semanas** de cotización en su historia laboral (fl.223) que al ser sumadas las **610 semanas** aquí reconocidas reúne un total de **1,212.57semanas** acreditando así los 20 años de servicios necesarios para la pensión solicitada.

Monto de la pensión y disfrute

Se tiene que el monto de la pensión debe ser calculado conforme a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que para el caso del actor es con lo cotizado durante los 10 últimos años, como quiera que no alcanzó a reunir 1,250 semanas de cotización, al verificarse lo IBC reportados se tiene que en efecto como lo sostuvo la *a quo* los mismo se reportaron en su mayoría sobre el SMLMV por lo que será sobre dicho momento que deberá reconocerse la prestación, para establecer la fecha a partir de la cual deberá disfrutarse de la misma es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que dispone que será necesaria la desafiliación al sistema para entrar a disfrutar de la pensión, por lo que verificada la historia laboral se tiene que el último aporte se efectuó en febrero de 2014, razón por la cual la prestación deberá reconocerse a partir del **1° de marzo de 2014**, en 13 mesadas al año como se estableció en primera instancia ya que así lo dispone el parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 01 de 2005.

Intereses moratorios (ponencia compartida)

En el presente caso, se discute que no es procedente el reconocimiento de intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por cuanto el otorgamiento pensional se hizo con base en lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, frente al tema ésta **Sala decisión ha considerado desde tiempo atrás que independientemente de la naturaleza de la pensión reconocida, es procedente el pago de los mismos**, cuando se prueba la mora injustificada por parte de la entidad pensional, pues la Ley anteriormente mencionada también forma parte del antiguo régimen, que fue unificado en el de régimen de prima media con prestación definida y se halla incorporado igualmente, en el régimen de transición que trata la ley 100 de 1993, al referirse genéricamente a los sistemas anteriores, en el artículo 36 ibidem.

La anterior tesis no hacía parte del criterio jurisprudencial que contemplaba la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, pues en su sentir los intereses moratorios del artículo 141 de 1993, únicamente procedían frente a pensiones reconocidas integralmente con base en las normas del sistema general de pensiones (SL12962-2017-SL4404-2018, entre otras). No obstante, a partir de la sentencia **SL 1681 del 3 de junio de 2020**, La Corte replanteo su criterio señalando que el pago oportuno de las mesadas pensionales es un derecho universal de los pensionados, que el propósito útil del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es clarificar y sentar pautas para la liquidación de todas las pensiones legales, incluidas las del régimen de transición y que las pensiones adquiridas en virtud del régimen de transición, las cuales son pensiones que hacen parte del sistema general de pensiones y, en esa medida, los pensionados tienen derecho a obtener las prestaciones y beneficios derivados de ese sistema, refiriendo textualmente lo siguiente:

“El pago puntual de la pensión es un derecho que cuenta con sustento constitucional. Al respecto, el artículo 53 de la Carta Política enuncia dentro de los principios mínimos de la legislación social «el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales».

La pensión es el ingreso periódico con el que cuentan las personas de la tercera edad, las personas con discapacidad o en estado de indefensión, y los miembros del grupo familiar, para sortear sus necesidades básicas y existenciales. Dada su conexión con el mínimo vital y existencial y los derechos de grupos especialmente protegidos, la Constitución Política le dispensa un trato especial en dos direcciones: primero, obliga al Estado y a las entidades de previsión, a reconocer y cancelar puntualmente la pensión, sin dilaciones o retardos injustificados; y, segundo, obliga a las entidades de seguridad social a reajustar las pensiones según el aumento en el costo de vida y la inflación.

*El mandato constitucional de garantizar «el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las **pensiones legales**», no distingue entre los diferentes tipos de pensiones legales. En consecuencia, tanto un pensionado con base en las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como uno que lo fue en virtud del régimen de transición, tiene el poder jurídico de reclamar los intereses moratorios por el pago impuntual de su mesada pensional a la entidad que se atrase en su cancelación.*

Aunque existen notables diferencias normativas en los tipos prestacionales (L. 33 de 1985, L. 71 de 1988, A. 049 de 1990, art. 33 de la L. 100 de 1993, entre otras), ello no significa que solo los pensionados de un régimen legal específico sufran los perjuicios derivados de la mora en el pago de las mesadas, mientras que otros no. Para todos ellos, la pensión representa su fuente de subsistencia y, desde este punto de vista, deben contar con un mecanismo legal que permita la reparación de los perjuicios ocasionados por el retardo en el pago de las mismas.

Precisamente en aras de desarrollar a nivel legal el mandato constitucional de pago a tiempo de las pensiones legales, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 señala que, en caso de mora de las mesadas pensionales, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Al analizar la constitucionalidad del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en sentencia C-601-2000, la Corte Constitucional sostuvo que el citado precepto no creaba privilegios entre grupos de pensionados que han adquirido su estatus bajo diferentes regímenes jurídicos, pues «la correcta interpretación de la norma demandada indica que a partir del 1.º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las pensiones a que se refiere la ley, esto

es, las pensiones que tienen como origen el fenómeno laboral de la jubilación, la vejez, la enfermedad o la sustitución por causa de muerte, que se presente después de esa fecha, el pensionado afectado, sin importar bajo la vigencia de qué normatividad se le reconoce su condición de pensionado, tendrá derecho al pago de su mesada y sobre el importe de ella la tasa máxima del interés moratorio vigente».

La anterior reflexión la comparte esta Corporación, dado que, desde el prisma de la igualdad de trato legal, no existe una justificación objetiva y razonable para dispensar un trato favorable a unos pensionados en detrimento de otros que se encuentran en las mismas circunstancias de hecho: la mora en el pago de su mesada pensional. Por consiguiente, la fórmula adecuada para reparar el perjuicio causado por el retardo en la satisfacción de las pensiones legales debe ser el reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

La Ley 100 de 1993 tuvo como eje central la necesidad de unificar la pluralidad de regímenes pensionales preexistentes, en un sistema único y universal denominado «sistema general de pensiones». En este sentido, el artículo 15 del citado estatuto de seguridad social prescribe que son afiliados obligatorios todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo y los servidores públicos, sea que se incorporen por primera vez a la fuerza laboral o que estuvieran laborando con anterioridad.

Ahora bien, frente a ciertos segmentos de la población que tuvieran una proximidad a pensionarse –por edad o tiempo de servicios– de acuerdo con las reglas anteriores, la Ley 100 de 1993 instituyó en su artículo 36 un régimen de transición, el cual, sin aislarse de los principios y preceptos del sistema general de pensiones, otorga ciertos privilegios a esas personas en tres materias puntuales: edad, tiempo de servicios o semanas de cotización, y monto de la pensión, **dejando claro que «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 (sic)».**

De esta forma, el régimen de transición no es un cuerpo separado o excluido de la Ley 100 de 1993, sino una regulación especial englobada en la misma, a través del cual se otorga a ciertas personas la posibilidad de pensionarse con base en la edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto de la ley anterior, quedando todo lo demás sometido al imperio de aquella normativa.

Lo anterior derrumba el argumento expuesto desde la sentencia CSJ SL, 28 nov. 2002, rad. 18273 según el cual «los intereses del artículo 141 de la ley (sic) 100 de 1993 se imponen cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral», dado que, una pensión otorgada al amparo del régimen de transición, no es una prestación ajena al sistema o excluida de su campo de aplicación. Simplemente se trata de una pensión con unas exigencias específicas más favorables, de forma similar a como ocurre con la pensión especial por hijo inválido o la pensión especial por alto riesgo, las cuales tienen condiciones pensionales más benéficas que las de la pensión de vejez ordinaria, sin que ello signifique que estas prestaciones no sean parte del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993.

En este orden de consideraciones, no existe razón para negar el derecho a los pensionados del régimen de transición (Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, entre otras) a obtener los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues, se repite, estas prestaciones hacen parte del sistema general de pensiones”.

Así las cosas, y ante el nuevo criterio jurisprudencial anteriormente señalado, no cabe duda que le asiste al actor el derecho al reconocimiento de los intereses moratorios pretendidos. En tal sentido, los artículos 9° de la Ley 797 de 2003 y 4° de la ley 700 de 2001, establecen que las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional tendrán un plazo no mayor de 6 meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de pensión para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes. **Sin embargo, para la mayoría de los**

integrantes de la Sala, el término para contabilizar los mismos debe ser de 4 meses, como lo establece la primera de las normas citadas.

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que el accionante solicitó la pensión de vejez el **2 de diciembre de 2015** (fl. 23), fecha para la cual cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, por lo que la entidad tenía hasta el 2 de abril de 2016, momento en que habían vencido los 4 meses, para reconocer la prestación favorablemente, situación que no hizo, en tal sentido los intereses moratorios correrán desde el **3 de abril de 2016** sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas desde el **1° de marzo de 2014 y hasta que se haga efectivo el pago.**

Indexación

En lo que respecta a la indexación, teniendo en cuenta que fueron reconocidos el pago de intereses moratorios, se torna improcedente el pago a la indexación, al tener ambos conceptos efectos resarcitorios de la suma insoluta, tal como lo ha establecido la CSJ SL como en la sentencia SL 1039 del 27 de marzo de 2019.

Prescripción

Por último, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que la misma no alcanzó a operar, por cuanto el derecho se hizo exigible el 1° de marzo de 2014, momento en que se dejó de realizar aportes al sistema, se reclamó administrativamente el 2 de diciembre de 2015 (fl.23), reclamación que finalizó con la expedición de la resolución VPB 34244 del 31 de agosto de 2016 (fls. 33 a 35) y se presentó la demanda el 26 de enero de 2017 (fl.201), sin que de una fecha a otra superará el término de 3 años establecido en el artículo 151 del CPTSS.

COSTAS

COSTAS en esa instancia estarán a cargo de COLPENSIONES como quiera que su recurso de alzada no salió adelante.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal primero de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 28 de septiembre de 2018, en el sentido de **ABSOLVER** a la demandada al reconocimiento y pago de la indexación de mesadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal tercero de la sentencia, en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 3 de abril de 2016 sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas desde el 1° de marzo de 2014 y hasta que se haga efectivo el pago.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: COSTAS en esa instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que el recurso de alzada no salió avante.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

(Salva voto parcial por la forma de contabilizar los intereses moratorios)

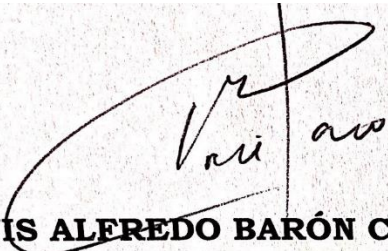


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$ 900.000.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ELSA MARÍA DUQUE CASTEÑADA
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ELSA MARÍA DUQUE CASTEÑADA**, se **declare** que nació el 29 de mayo de 1950 y cumplió los 55 años de edad el 29 de mayo de 2005, se declare a que le sea reconocida la pensión de vejez a partir del 30 de abril de 2008, como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales comprendidas entre el 30 de abril de 2008 fecha en que cumplió con los requisitos para acceder a la pensión y hasta el 1° de mayo de 2013 fecha en que empezó a pagar la mesada pensional, se condene a reconocerle el pago de intereses moratorios, se condene ultra y extra petita; y se condene al pago de costas procesales (fl. 2 a 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 5), señaló que nació el 29 de mayo de 1950 cumpliendo los 55 años de edad el mismo día y mes del año 2005, que cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez el 30 de abril de 2008, que el día 12 de enero de 2006 solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento de su pensión de vejez, la cual fue negada mediante resolución No. 005532 del 27 de febrero de 2006, frente a la cual interpuso los recursos de ley, resolviéndose el recurso de apelación mediante resolución No. 2004 del 25 de agosto de 2008 negado la prestación, que solicitó ante la entidad demandada en varias oportunidades la corrección de su historia laboral, que ante la negativa por parte del ISS siguió cotizando al sistema a través del CONSORCIO PROSPERAR, que el día 10 de abril de 2009 solicitó nuevamente el reconocimiento de la pensión la cual fue nuevamente negada en resolución No. 039778 del 17 de diciembre de 2010, solicitó también la pensión el día 13 de abril de 2013 la cual finalmente fue reconocida mediante resolución GNR 066837 del 19 de abril de 2013 a partir del 1° de mayo de 2013, sobre la cual también interpuso recurso de reposición y apelación, los cuales se resolvieron mediante actos administrativos GNR 162576 del 9 de mayo de 2014 y VPB 26288 del 19 de marzo de 2015.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 102 a 107), en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 5 a 8, 12, 14, 15 y 18; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, improcedencia de indexación e intereses moratorio e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 25 de noviembre de 2019 (CD – fl. 182), **declaró** que a la señora ELSA MARÍA DUQUE CASTAÑEDA le asistía el derecho al reconocimiento y pago de su pensión de vejez a partir del 23 de abril de 2008, **declaró** probada la excepción de prescripción respecto de todas y cada una de las mesadas

pensionales causadas con anterioridad al 4 de noviembre de 2016, **absolvió** a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y **condenó** en costas a la parte actora.

Fundamentó su decisión, indicando que de conformidad con el artículo 13 de Acuerdo 049 de 1990, es necesario la desafiliación al sistema para poder disfrutar de la pensión, que en el presente caso la actora después de cumplida la edad y semanas cotizadas siguió cotizando al sistema, pero que ello obedeció por la negativa de COLPENSIONES al reconocimiento pensional por faltarle el mínimo de semanas cotizadas, aspecto que posteriormente fue reconocido por la entidad al haberle actualizado su historia laboral, por lo que las cotizaciones realizadas por la demandante después de solicitada la pensión no buscaban incrementar la mesada pensional, ya siguió cotizando sobre el SMLMV, sin embargo, el retroactivo reclamado se encontraba prescrito, teniendo en cuenta que solicitó el reconocimiento pensional el 17 de noviembre de 2009, la cual se resolvió mediante resolución No. 039778 de 2010 negando el derecho, por lo que tenía hasta el 2013 para presentar la demanda, la cual tan solo la vino a presentar el 4 de noviembre de 2016.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** interpuso recurso de apelación argumentando que no existía duda en cuanto a que al demandante se le debió reconocer la pensión de vejez a partir del 23 de abril de 2008, momento para el cual ya acreditaba los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, siendo que la negativa del ISS se dio exclusivamente por el error en las semanas cotizadas lo cual llevo a que la demandante siguiera cotizando al sistema. Por otra parte, no se había observado que mediante acto administrativo GNR 066837 del 19 de abril de 2013 le había sido reconocida la pensión de vejez, sobre la cual se interpuso recurso de reposición y apelación que se resolvieron en las resoluciones GNR 162576 del 9 de mayo de 2014 y VPB 26288 del 19 de marzo de 2015, por lo que a partir de la última resolución debía ser exigible el reconocimiento y pago y no desde la presentación de la demanda, siendo que fue la misma entidad quien hizo reparo del error e hizo el reconocimiento en 2013, estableciendo que efectivamente tenía cotizadas las semanas al sistema de

seguridad social, no tenía porque exigirse a la demandante iniciar un proceso, sin que en la etapa administrativa se le reconociera o corrigiera la historia laboral, el derecho es oponible a partir del momento en que se le reconoce el derecho pensional y una vez agotados los recursos.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

En consonancia con el recurso de alzada, corresponde a esta Sala de decisión determinar si efectivamente la demandante dejó causado el derecho pensional a partir del 23 de mayo de 2008, en consecuencia, si debe reconocerse las mesadas causadas desde dicha data o por el contrario si las mismas se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, en caso afirmativo si hay lugar al reconocimiento y pago de intereses moratorios.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionada de la señora ELSA MARÍA DUQUE CASTAÑEDA, tal y como se corrobora con la copia de la Resolución GNR 066837 del 19 de abril de 2013 (fls. 65 a 67), mediante la cual COLPENSIONES refiere que es beneficiaria del régimen de transición y reconoce la pensión con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, en cuantía de \$589.900 a partir del 1° de mayo de 2013.

Retroactivo pensional

Solicita la parte actora le sea reconocido el disfrute de la pensión otorgada por COLPENSIONES a partir del 23 de mayo de 2008, momento en que cumplió los 55 años de edad y acreditaba la totalidad de semanas requeridas, al revisarse la historia laboral de la actora la cual milita a folios 112 a 115, se observa que el último aporte realizado al sistema lo fue para el ciclo 04-2013 y que las últimas cotizaciones se efectuaron a través del régimen subsidiado.

Sobre tal situación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha estimado, que por regla general, la desafiliación al sistema es la determinación que debe tener en cuenta el *a quo* para el otorgamiento de la pensión y solamente ha acudido a soluciones diferentes como en los casos en los que el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen de pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o **en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos** (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017).

Siguiendo los parámetros enunciados, en el presente asunto se tiene que la demandante solicitó por primera vez el reconocimiento pensional el 12 de enero de 2006, momento para el cual la entidad demandada indicó que no cumplía con la totalidad de las semanas requeridas para acceder al derecho pensional, tal y como se desprende de la resolución No. 027323 del 29 de junio de 2006 (fls.18 a 19), frente a la cual la señora ELSA MARÍA interpuso recurso de apelación insistiendo en que acreditaba las semanas requeridas, solicitud que fue nuevamente negada mediante resolución No. 2004 del 25 de agosto de 2008 (fls.21 a 24), a partir de dicho momento la actora comenzó a solicitar ante la entidad demandada la corrección de su historia laboral y nuevo estudio de su derecho pensional como se desprende de las documentales obrante a folios 25 a 29, frente a las cuales la entidad demandada expidió el acto administrativo No. 039778 del 17 de diciembre de 2010, en la cual nuevamente se niega el derecho por falta del cumplimiento de semanas (fl.30).

Así mismo, se evidencia que el actor reclamó ante el CONSORCIO PROSPERAR la anomalía presentada en su historia laboral sobre la observación “*no afiliada al régimen subsidiado*”, expidiéndose por parte de dicha entidad carta de fecha 4 de mayo de 2011, en la cual manifiesta que se encuentra afiliada vigente desde el 1º de julio de 2005 y al día en sus

aportes (fls.33 a 34), aspecto que puso en conocimiento ante COLPENSIONES el día 8 de junio de 2011 (fl.35), reconociéndose finalmente la prestación por parte de la entidad demandada a través de la resolución GNR 066837 del 19 de abril de 2013, acto administrativo en la cual se reconoce el estatus de pensionada de la señora ELSA MARÍA DUQUE el 23 de mayo de 2008, pero otorgando su disfrute a partir del día siguiente a la última cotización al sistema.

Conforme a los anteriores antecedentes, es claro que la entidad demandada fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos, pues a pesar de la insistencia de la demandante para que le fuera corregida su historia laboral ésta hizo caso omiso, incluso a pesar de habersele puesto de presente la inconsistencia presentada con el Consorcio Prosperar, aspectos que la llevaron a seguir cotizando al sistema, que como bien lo indicó la *a quo* nunca buscaron incrementar su mesada pensional, pues las mismas se hicieron a través del régimen subsidiado sobre el SMLMV, lo cual demuestra que lo que perseguía la actora era poder acceder a las semanas mínimas requeridas para su pensión ante la negativa de COLPENSIONES de no tenerlas, a pesar de todo ello la entidad demandada optó por reconocer la pensión a partir del último aporte al sistema, cuando la actora para el 23 de mayo de 2008, ya había cumplido los 55 años de edad los cuales acreditó el 29 de mayo de 2005, al haber nacido el mismo día y mes del año 1950 (fl.14) y contaba con el total de 1,000 semanas cotizadas, desconociendo de ese modo los precedentes jurisprudenciales sobre la materia.

Prescripción

Establecido en primera instancia que la actora causó el derecho a la pensión el 23 de mayo de 2008, consideró la sentenciadora que no era posible el reconocimiento del retroactivo pensional toda vez que se encontraba afectado por la prescripción, al considerar que desde la expedición de la resolución No. 039778 de 2010 la demandante contaba con 3 años para reclamar, lo cual tan solo hizo con la presentación de la demanda en el año 2016.

Sobre tal aspecto, cabe recordar que la exigibilidad del retroactivo nace desde el momento en que se reconoce la pensión, pues es ahí donde el pensionado conoce a partir de cuándo disfruta de la misma, de manera que si bien la actora solicitó en varias oportunidades el reconocimiento pensional como se citó anteriormente, lo cierto es que la misma tan solo se vino a reconocer mediante la GNR 066837 del 19 de abril de 2013, por lo cual son acertados los argumentos del recurrente en cuanto a que el término prescriptivo debía contabilizarse a partir del momento en que se agotó en su totalidad la vía gubernativa lo cual se dio con la expedición de la resolución VPB 26288 del 19 de marzo de 2015 y como quiera que la demanda se interpuso el 4 de noviembre de 2016 (fl.98), es evidente que no operó la prescripción contemplada en el artículo 151 del CPTSS frente al reconocimiento y pago del retroactivo solicitado.

No obstante, debe tenerse como fecha de reclamación la establecida por COLPENSIONES en la resolución GNR 066837 del 19 de abril de 2013 que lo fue el 15 de abril de 2013, teniendo en cuenta que sobre las reclamaciones anteriores que fueron resueltas de manera negativa por parte de la entidad debió acudir ante la jurisdicción ordinaria para el reconocimiento, pues como lo establece el artículo 151 antes mencionado el simple reclamo escrito del trabajador sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero **sólo por un lapso igual**, de suerte que la interrupción de una sola reclamación no puede darse de manera indefinida, en tal sentido se establece que las mesadas causadas con anterioridad al 15 de abril de 2010 se encuentran prescritas, por lo tanto, al actor le corresponde un retroactivo en el suma de **\$22.974.512** que equivale a las mesadas causadas y no pagadas entre el **15 de abril de 2010 al 30 de abril de 2013**, en 14 mesadas pensionales al año, por haber causado el derecho con anterioridad al 31 de julio de 2011 y por ser la mesada pensional inferior a 3 SMLMV, de conformidad con el párrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 01 de 2005.

Intereses moratorios – (ponencia compartida)

Sobre el tema, ha sido clara la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en señalar que los mismos también proceden para las pensiones

otorgadas bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, como así lo indicó en la sentencia SL – 2834 de 2018 radicado 63344 de sala de Descongestión N° 1 y en sentencia más reciente SL 1681 del 3 de junio de 2020.

Así mismo, no debe olvidarse, que el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y 4° de la ley 700 de 2001, establecen que las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional tendrán un plazo no mayor de 6 meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de pensión para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes. **No obstante, para la mayoría de los integrantes de la Sala, el término para contabilizar los mismos debe ser de 4 meses, como lo establece la primera de las normas citadas.**

En ese orden de ideas, se tiene que la demandante reclamó el derecho pensional **el 15 de abril de 2013**, de manera que COLPENSIONES tenía hasta el **15 de agosto de 2013**, para reconocer de manera correcta la prestación, esto es, otorgándola a partir del 23 de mayo de 2008, momento en que acreditó la totalidad de los requisitos legales para ello, por lo que habrá de reconocerse los mismos a partir del **16 de agosto de 2013**, sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas, y hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas adeudadas.

Así las cosas, se **REVOCARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia como quiera que el recurso de alzada prosperó.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de septiembre de 2018, en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer a la señora ELSA MARÍA DUQUE CASTAÑEDA la pensión de vejez a partir del 23 de mayo de 2008, en 14 mesadas al año, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

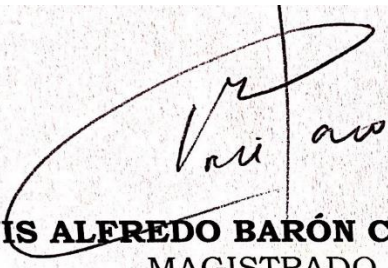
SEGUNDO: DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, de las mesadas causadas con anterioridad al 15 de abril de 2010.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer a favor de la demandante señora ELSA MARÍA DUQUE CASTAÑEDA el retroactivo de las mesadas causadas y no pagadas entre el 15 de abril de 2010 al 30 de abril de 2013 en la suma de \$22.974.512 que equivale a las mesadas causadas y no pagadas entre el 15 de abril de 2010 al 30 de abril de 2013.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 16 de agosto de 2013, sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas, y hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas adeudadas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera estarán a cargo de COLPENSIONES.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.**

1

SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA CLAUDIA SALAZAR ORTEGA
CONTRA COLPENSIONES.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARÍA CLAUDIA SALAZAR ORTEGA**, se **condene** a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez a partir del 1° de febrero de 2016, teniendo en cuenta una tasa de remplazo equivalente al 90% del IBL, se **condene** a la demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del 1° de febrero de 2016 y hasta la fecha en que se verifique su pago generados por la demora injustificada en la reliquidación de la pensión de vejez, se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento de intereses moratorios a partir del 1° de febrero de 2016 hasta la fecha en que se verifique su pago, generados por la demora injustificada en el reconocimiento del retroactivo de la pensión de vejez, esto es, sobre las mesadas pensionales dejadas de cancelar entre el 1° de febrero de 2016 al mes de enero de 2017, suma que fue pagada en febrero de 2017, que se **condene** a la demandada a que las sumas adeudadas sean debidamente indexadas, se **condene** al pago de costas y agencias en derecho y a las **condenas** ultra y extra petita (**fls. 3**).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3/6), señaló que el 11 de diciembre de 2013 radicó solicitud de pensión de vejez ante COLPENSIONES, que la entidad demandada mediante resolución GNR 50854 del 21 de febrero de 2014 negó la pensión, que ante la anterior decisión interpuso los recursos de reposición y apelación los cuales fueron resueltos negativamente en las resoluciones GNR 224804 del 18 de junio de 2014 y VPB 16569 del 25 de septiembre de 2014, que el 10 de octubre de 2014 solicitó nuevamente el reconocimiento pensional el cual fue negado en resolución GNR 16188 del 26 de enero de 2015, que presentó de nueva la solicitud el 9 de diciembre de 2016, siendo reconocida la prestación mediante resolución GNR 393498 del 29 de diciembre de 2016, que la pensión se reconoció bajo los parámetros del régimen de transición en concordancia con lo contemplado en el Decreto 758 de 1990 a partir del 1° de febrero de 2016 en cuantía inicial de \$6.939.491 generándose un retroactivo en la suma de \$73.281.392, que para liquidar el IBL la entidad tuvo en cuenta 1,255 semanas de cotización aplicándose una tasa de remplazo del 84%, que sumadas las cotizaciones de tiempos públicos y privados arroja un total de 1,257 semanas de cotización, que tiene derecho a que le sea reliquidada su mesada pensional teniendo en cuenta todo el tiempo cotizado tanto el tiempo público como privado de conformidad con lo dispuesto en la sentencia SU-769 de 2014.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (**fls. 73/77**), en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestó no ser ciertos los numerales 16 y 17, y ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 21 de junio de 2018 (CD – fl. 87), **condenó** a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez y pagarle las diferencias causadas entre la pensión

reconocida en la resolución No. GNR 393498 del 29 de diciembre de 2016, en cuantía inicial de \$6.435.169 y el monto de la pensión determinada por el Juzgado, es decir, de \$7.435.169 a partir del 1° de febrero de 2016, diferencias que deben ser pagadas debidamente indexadas, **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y la **condenó** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que según el reporte de semana de cotización en cada uno de las resoluciones proferidas por COLPENSIONES se había indicado un número de semanas diferente, sin embargo, en la resolución GNR 393498 del 29 de diciembre de 2016, se había tenido acreditado un total de cotizaciones correspondiente a 1,255 semanas, que allí mismo se había reconocido la prestación dando aplicación a lo consagrado en el régimen de transición y el Decreto 758 de 1990, tomando como tasa de remplazo de 84%, que verificado el expediente administrativo encontraba el despacho que la demandada solo había incluido dentro del reporte de semanas de cotización 1,197.01 semanas, sin embargo, dentro de la resolución de reconocimiento se había dicho *“conforme a lo anterior el interesado acredita un total de 890 días laborados correspondiente a 1,255 semanas”*. Considerando el *a quo* en relación a ello que le asistía razón a la parte actora para la reliquidación deprecada teniendo en cuenta una tasa de remplazo del 90%, que en ese sentido al realizarse la correspondiente operación aritmética se obtenía como mesada pensional la suma de \$7.435.969, en consecuencia, era claro que COLPENSIONES debía reliquidar la pensión de vejez.

En cuanto a los intereses moratorios, señaló la sentenciadora que no había lugar a su reconocimiento toda vez que se trataba de una reliquidación, tal como lo tenía por sentado la CSJ SL en sentencia 35113 del 24 de agosto de 2009, en la que se había dicho que los intereses moratorios solamente procedían cuando existía el no pago de la prestación. En cuanto a los otros intereses moratorios solicitados correspondiente al retroactivo, indicó que al verificarse el pago generado por la demora injustificada en el reconocimiento de las mesadas pensionales dejadas de cancelar entre el 1° de febrero de 2016 al 6 de enero de 2017 y pagada el 6 de febrero de 2017, se podía establecer que no se había demostrado mora frente al pago del retroactivo, pues la parte

actora había hecho la reclamación el 9 de diciembre de 2016, sin que hubiere transcurrido el término máximo de 6 meses, para el pago de la prestación.

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción indicó que la actora había interrumpido la misma con la reclamación recibida por la demandada el 2 de junio de 2017 y la demanda había sido presentada el 17 de julio de 2017.

4

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandada**, interpuso recurso de apelación argumentando que si bien a la demandante se le había reconocido la pensión de vejez mediante la resolución GNR 393498 del 29 de diciembre de 2016, conforme a lo consagrado en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, revisada la historia laboral allegada al expediente se evidenciaba que la demandante acreditaba un total de 1,197.01 semanas de cotización, por lo que teniendo en cuenta lo establecido en el art. 20 del Decreto 758 de 1990 la tasa de remplazo correspondía al 84% tal y como se había tenido en cuenta en la resolución de reconocimiento, que si bien en dicha resolución se había acreditado 1,255 semanas, las mismas no se habían tenido en cuenta para hacer el efectivo cálculo de la liquidación pensional, para ello solo se había tomado 1,197.01 semanas, esto teniendo en cuenta lo señalado por la CSJ SL en sentencia 44975 del 15 de junio de 2016, en la cual se indicaba que para el reconocimiento de la pensión con el Decreto 758 de 1990, solo se debía tener en cuenta el tiempo cotizado al ISS, es decir, para el presente asunto con 1,197.01 semanas, pues de las 1,255 semanas señaladas en dicha resolución, 58 de ellas corresponde a semanas cotizadas a otras cajas, por lo que no es procedente la reliquidación a la cual se había condenado a la demandada.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, la Sala determinará si hay lugar a la reliquidación de la pensión de vejez tenido en cuenta aportes públicos y privados en la aplicación de la sentencia SU 769 de 2014, en caso

de prosperar dicha pretensión, si hay lugar a la indexación y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionada de la señora MARÍA CLAUDIA ORTEGA SALAZAR, conforme se infiere de la Resolución GNR 393498 del 29 de diciembre de 2016 (fls. 36/40), a través de la cual COLPENSIONES le reconoce la pensión de vejez con base en el Decreto 758 de 1990 en cuantía de \$ 6.939.491 a partir del 1° de febrero de 2016, tomándose como tasa de remplazo el 84%.

5

Reliquidación pensional Acuerdo 049 de 1990- sumatoria de tiempos de servicios públicos no cotizados a COLPENSIONES

En cuanto a la inclusión de tiempos públicos no cotizados al ISS hoy COLPENSIONES a fin de poder reliquidar la mesada pensional, **esta Sala de decisión a reconocido tal postura con sustento a lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia SU - 769 de 2014**, en la cual se indicó que el Acuerdo 049 no contempla que para pensionarse con base en éste, los aportes tenían que haberse efectuado con exclusividad al ISS y por tanto, si era posible acumular el tiempo de servicios en el sector público y las cotizaciones efectuadas a dicho Instituto, en virtud del principio de favorabilidad contenido en los artículos 53 de la CN y 21 del CST el cual aplicado sobre el régimen contenido en el Acuerdo 049 de 1990, implicaba que la entidad o autoridad responsable debía acumular los tiempos cotizados a entidades públicas para realizar el cómputo de las semanas requeridas atendiendo dos razones: (i) la falta de aplicación de las normas previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, haría nugatorios los beneficios que se derivan del régimen de transición y en consecuencia, del régimen anterior al cual se encuentra afiliado el peticionario; y (ii) el artículo 12 del mencionado acuerdo no exigía que las cotizaciones se hubieren efectuado de manera exclusiva al Instituto de Seguros Sociales.

Lo anterior, en razón a que algunas personas no alcanzaban a obtener **el derecho a la pensión mínima** por no tener las 1,000 semanas en cualquier

tiempo o las 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad para pensionarse, maximizando de esa manera el goce efectivo del derecho fundamental a la seguridad social de un grupo poblacional vulnerable que se había visto disminuida en su capacidad laboral para obtener los recursos necesarios que le permitían tener una subsistencia en condiciones dignas, criterio que en su momento la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral aún no había adoptado, sin embargo, teniendo en cuenta la jurisprudencia actual la misma varió aceptando tal postura, es decir, la sumatoria de tiempos públicos no cotizados a COLPENSIONES, tal y como se observa en la sentencia **SL 1947 del 1° de julio de 2020**, en la cual se precisó:

“En este punto, es oportuno señalar que la jurisprudencia de esta Corporación ha adocrinado la improcedencia en la sumatoria de semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales con tiempos de servicios públicos a efectos de conceder la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990, bajo el entendido de que esta normatividad no previó expresamente tal posibilidad, como sí lo hizo unos años atrás la Ley 71 de 1988.

En este sentido, la Sala predicó que la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990 solo podía configurarse con el cumplimiento de las edades mínimas allí previstas y un mínimo de 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores a éstas o 1000 semanas en cualquier época, bajo el presupuesto que éstas fueran efectivamente aportadas al ISS y en los términos fijados por sus reglamentos.

Asimismo, la jurisprudencia de la casación del trabajo resaltó que el legislador en el año 1993 dispuso el cómputo de tiempos públicos y privados para el acceso a la pensión de vejez, a través de lo dispuesto en el parágrafo 1.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que éste resultaba aplicable a las pensiones gobernadas en su integridad por esta normativa

*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.

7

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 al art. 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de los hombres, debía contar para el 1º de abril de 1994, con 40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados.

De acuerdo con lo anterior, quienes reúnan los requisitos señalados tendrán derecho a la pensión de vejez o de jubilación cuando cumplan la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1º de abril de 1994". (subrayado fuera del texto original)

En consideración a lo anterior, resulta aceptable el computo de las semanas cotizadas por la actora en el sector público ante otras cajas de previsión con los aportados exclusivamente a COLPENSIONES, para poder incrementar su tasa de remplazo y de esta manera que su mesada pensional se acrecenté.

Conforme a ello, como quiera que no se discute el hecho de que la accionante es beneficiaria del régimen de transición, pues así lo reconoció en su momento COLPENSIONES al reconocerle la pensión con base en el Decreto 758 de 1990, como tampoco existe discusión en que realizó aportes ante la Superintendencia de Sociedades en el periodo comprendido entre el 11/06/1979 al 01/08/1980, que sumados a los tiempo cotizados exclusivos a COLPENSIONES arroja un total de 1, 255 semanas de cotización, tal como lo reconoció la accionada en la resolución GNR 393498 del 29 de diciembre de 2016 (fls. 36/40), dando lugar a que le sea aumentada la tasa de remplazo en un 90%, conforme lo establece el parágrafo 2° del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 y como lo sostuvo el Juez de primer grado.

Prescripción

Al respecto, se tiene que la demandante le fue reconocida la pensión de vejez a través de la Resolución GNR 393498 del 29 de diciembre de 2016 (fls. 36/40), solicitó la reliquidación pensional 6 de junio de 2017 (f.17) e instauró la demanda el 17 de julio de 2017 (fl.61), sin que durante dicho interregno superará el término prescriptivo que contempla el artículo 151 del CPTSS.

Por ende, al realizarse las operaciones aritméticas teniendo en cuenta el IBL reconocido por COLPENSIONES en resolución GNR 393498 del 29 de diciembre de 2016, que correspondió a \$ 8.261.299 y aplicándose la tasa de remplazo del 90%, arroja como mesada pensional para el 1° de febrero de 2016 la suma de **\$ 7.435.169**, tal y como lo afirmó la falladora de primera instancia, razón por la cual se **CONFIRMARÁ** su decisión.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

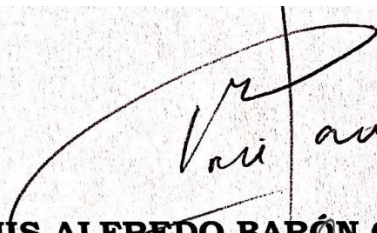
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 21 de junio de junio de 2018, conforme a lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.

10

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

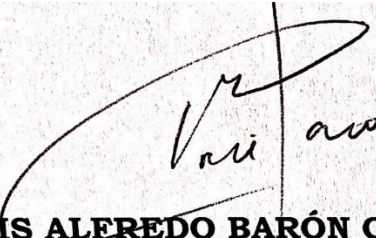


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$ 900.000.


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ROSA HELENA BELTRÁN DE NIÑO, DAISY YANETH NIÑO BELTRÁN, MARIO NELSON NIÑO BELTRÁN, MERY ROCIO NIÑO BELTRÁN, CARLOS ANDRÉS NIÑO BELTRÁN y ELSA CRISTINA NIÑO BELTRÁN contra COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende los demandantes **ROSA HELENA BELTRÁN DE NIÑO, DAISY YANETH NIÑO BELTRÁN, MARIO NELSON NIÑO BELTRÁN, MERY ROCIO NIÑO BELTRÁN, CARLOS ANDRÉS NIÑO BELTRÁN y ELSA CRISTINA NIÑO BELTRÁN** aduciendo su calidad de causahabientes del señor **MARIO NIÑO BELTRÁN**, se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas hasta la fecha efectiva de su pago, se condene a la indexación, se condene ultra y extra petita y se condene al pago de costas y agencias en derecho (fl.58).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 59/60), indicó que el señor **MARIO NIÑO BELTRÁN** (q.e.p.d) presentó solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez junto con los correspondientes intereses moratorios el

3 de enero de 2012, el 30 de julio de 2012 presentó derecho de petición pensional del 3 de enero de 2012, que ante la ausencia de respuesta por parte de COLPENSIONES el causante instauró acción de tutela, la cual correspondió al Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, despacho que mediante sentencia del 25 de septiembre de 2015 tuteló los derechos fundamentales del causante, el 19 de octubre de 2012 se solicitó fuera agilizado el reconocimiento pensional, el día 20 de diciembre de 2013 COLPENSIONES le notificó de la resolución GNR 351363 del 11 de diciembre de 2013, mediante la cual le reconoció el derecho pensional a partir del 1 de septiembre de 2011, en cuantía equivalente a un salario mínimo, refiere que entre la fecha de solicitud pensional y a la fecha en que se efectuó el pago del retroactivo transcurrieron más de 4 meses, que el causante presentó su reclamación administrativa la cual se halla agotada ante la notificación de la resolución aquí mencionada, que el señor MARIO NIÑO RAQUIRA falleció el 20 de octubre de 2016.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES fue notificada de la admisión de la demanda el 28 de febrero de 2018 (fl.84), vencido el término para contestar guardó silencio, por lo que el Juzgado mediante providencia del 13 de julio de 2018 (fl.87) tuvo **POR NO CONTESTADA LA DEMANDA.**

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de octubre de 2018 (CD – fl. 94), **declaró** probada de oficio la excepción de inexistencia del derecho a favor de COLPENSIONES en los términos del artículo 282 del CGP, **absolvió** a COLPENSIONES de todas y cada una de pretensiones y **condenó** en costas a la parte actora.

Fundamentó su decisión, indicando que se había logrado evidenciar que la demandante ROSA HELENA BELTRÁN DE NIÑO ostentaba la calidad de cónyuge del señor MARIO NIÑO RAQUIRA conforme la documental adjunta, además de haberle sido reconocido el derecho a la pensión de sobrevivientes a su favor. Así mismo, de los registro de nacimiento aportados al expediente se había podido evidenciar que, MARIO NELSON NIÑO BELTRÁN, MERY

ROCIO NIÑO BELTRÁN, y ELSA CRISTINA NIÑO BELTRÁN eran hijos del causante, no ocurriendo los mismo con los demandantes DAISY YANETH NIÑO BELTRÁN y CARLOS ANDRÉS NIÑO BELTRÁN, por cuanto no se había aportado documentos con el cual se evidenciará su parentesco con el pensionado fallecido.

Indicó la *a quo* que la solicitud al reconocimiento de la pensión de vejez se había prestado el 1 de enero de 2012 como se había podido ver de la colilla allegada el expediente y la pensión se había otorgado mediante resolución GNR 351363 del 11 de diciembre de 2013, entidad que había reconocido una pensión por aportes contemplada en la Ley 71 de 1981, frente a lo cual teniendo en cuenta la jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral lo intereses moratorios son únicamente procedentes para las pensiones reconocidas íntegramente con la Ley 100 de 1993, no procediendo frente a pensiones reconocidas con el régimen anterior, criterio que ha sido adoptado por el Juzgado, razón por la cual negó el derecho al pago de los mismos.

CONSULTA

La parte demandante no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si hay lugar al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la mora en el pago de la mesada pensional.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor MARIO NIÑO RAQUIRA (q.e.p.d.) lo cual se corrobora con la copia de la Resolución 351363 del 11 de diciembre de 2013 (fls. 16 a 19), mediante la cual COLPENSIONES

le reconoce la pensión por aportes de conformidad con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, en cuantía de \$535.600 a partir del 1 de septiembre de 2011.

Intereses moratorios

En el presente caso, se discute que no es procedente el reconocimiento de intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por cuanto el otorgamiento pensional se hizo con base en lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, frente al tema ésta **Sala decisión ha considerado desde tiempo atrás que independientemente de la naturaleza de la pensión reconocida, es procedente el pago de los mismos**, cuando se prueba la mora injustificada por parte de la entidad pensional, pues la Ley anteriormente mencionada también forma parte del antiguo régimen, que fue unificado en el de régimen de prima media con prestación definida y se halla incorporado igualmente, en el régimen de transición que trata la ley 100 de 1993, al referirse genéricamente a los sistemas anteriores, en el artículo 36 ibidem.

La anterior tesis no hacía parte del criterio jurisprudencial que contemplaba la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, pues en su sentir los intereses moratorios del artículo 141 de 1993, únicamente procedían frente a pensiones reconocidas integralmente con base en las normas del sistema general de pensiones (SL12962-2017-SL4404-2018, entre otras). No obstante, a partir de la sentencia **SL 1681 del 3 de junio de 2020**, La Corte replanteo su criterio señalando que el pago oportuno de las mesadas pensionales es un derecho universal de los pensionados, que el propósito útil del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es clarificar y sentar pautas para la liquidación de todas las pensiones legales, incluidas las del régimen de transición y que las pensiones adquiridas en virtud del régimen de transición, las cuales son pensiones que hacen parte del sistema general de pensiones y, en esa medida, los pensionados tienen derecho a obtener las prestaciones y beneficios derivados de ese sistema, refiriendo textualmente lo siguiente:

“El pago puntual de la pensión es un derecho que cuenta con sustento constitucional. Al respecto, el artículo 53 de la Carta Política enuncia dentro de los principios mínimos de la legislación social «el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales».

La pensión es el ingreso periódico con el que cuentan las personas de la tercera edad, las personas con discapacidad o en estado de indefensión, y los miembros del grupo familiar, para sortear sus necesidades básicas y existenciales. Dada su conexión con el mínimo vital y existencial y los derechos de grupos especialmente protegidos, la Constitución Política le dispensa un trato especial en dos direcciones: primero, obliga al Estado y a las entidades de previsión, a reconocer y cancelar puntualmente la pensión, sin dilaciones o retardos injustificados; y, segundo, obliga a las entidades de seguridad social a reajustar las pensiones según el aumento en el costo de vida y la inflación.

*El mandato constitucional de garantizar «el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las **pensiones legales**», no distingue entre los diferentes tipos de pensiones legales. En consecuencia, tanto un pensionado con base en las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como uno que lo fue en virtud del régimen de transición, tiene el poder jurídico de reclamar los intereses moratorios por el pago impuntual de su mesada pensional a la entidad que se atrase en su cancelación.*

Aunque existen notables diferencias normativas en los tipos prestacionales (L. 33 de 1985, L. 71 de 1988, A. 049 de 1990, art. 33 de la L. 100 de 1993, entre otras), ello no significa que solo los pensionados de un régimen legal específico sufran los perjuicios derivados de la mora en el pago de las mesadas, mientras que otros no. Para todos ellos, la pensión representa su fuente de subsistencia y, desde este punto de vista, deben contar con un mecanismo legal que permita la reparación de los perjuicios ocasionados por el retardo en el pago de las mismas.

Precisamente en aras de desarrollar a nivel legal el mandato constitucional de pago a tiempo de las pensiones legales, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 señala que, en caso de mora de las mesadas pensionales, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Al analizar la constitucionalidad del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en sentencia C-601-2000, la Corte Constitucional sostuvo que el citado precepto no creaba privilegios entre grupos de pensionados que han adquirido su estatus bajo diferentes regímenes jurídicos, pues «la correcta interpretación de la norma demandada indica que a partir del 1.º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las pensiones a que se refiere la ley, esto es, las pensiones que tienen como origen el fenómeno laboral de la jubilación, la vejez, la enfermedad o la sustitución por causa de muerte, que se presente después de esa fecha, el pensionado afectado, sin importar bajo la vigencia de qué normatividad se le reconoce su condición de pensionado, tendrá derecho al pago de su mesada y sobre el importe de ella la tasa máxima del interés moratorio vigente».

La anterior reflexión la comparte esta Corporación, dado que, desde el prisma de la igualdad de trato legal, no existe una justificación objetiva y razonable para dispensar un trato favorable a unos pensionados en detrimento de otros que se encuentran en las mismas circunstancias de hecho: la mora en el pago de su mesada pensional. Por consiguiente, la fórmula adecuada para reparar el perjuicio causado por el retardo en la satisfacción de las pensiones legales debe ser el reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

La Ley 100 de 1993 tuvo como eje central la necesidad de unificar la pluralidad de regímenes pensionales preexistentes, en un sistema único y universal denominado «sistema general de pensiones». En este sentido, el artículo 15 del citado estatuto de seguridad social prescribe que son afiliados

obligatorios todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo y los servidores públicos, sea que se incorporen por primera vez a la fuerza laboral o que estuvieran laborando con anterioridad.

*Ahora bien, frente a ciertos segmentos de la población que tuvieran una proximidad a pensionarse –por edad o tiempo de servicios– de acuerdo con las reglas anteriores, la Ley 100 de 1993 instituyó en su artículo 36 un régimen de transición, el cual, sin aislarse de los principios y preceptos del sistema general de pensiones, otorga ciertos privilegios a esas personas en tres materias puntuales: edad, tiempo de servicios o semanas de cotización, y monto de la pensión, **dejando claro que «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 (sic)».***

De esta forma, el régimen de transición no es un cuerpo separado o excluido de la Ley 100 de 1993, sino una regulación especial englobada en la misma, a través del cual se otorga a ciertas personas la posibilidad de pensionarse con base en la edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto de la ley anterior, quedando todo lo demás sometido al imperio de aquella normativa.

Lo anterior derrumba el argumento expuesto desde la sentencia CSJ SL, 28 nov. 2002, rad. 18273 según el cual «los intereses del artículo 141 de la ley (sic) 100 de 1993 se imponen cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral», dado que, una pensión otorgada al amparo del régimen de transición, no es una prestación ajena al sistema o excluida de su campo de aplicación. Simplemente se trata de una pensión con unas exigencias específicas más favorables, de forma similar a como ocurre con la pensión especial por hijo inválido o la pensión especial por alto riesgo, las cuales tienen condiciones pensionales más benéficas que las de la pensión de vejez ordinaria, sin que ello signifique que estas prestaciones no sean parte del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993.

En este orden de consideraciones, no existe razón para negar el derecho a los pensionados del régimen de transición (Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, entre otras) a obtener los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues, se repite, estas prestaciones hacen parte del sistema general de pensiones”.

Así las cosas, y ante el nuevo criterio jurisprudencial anteriormente señalado, no cabe duda que hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios pretendidos. En tal sentido, los artículos 9° de la Ley 797 de 2003 y 4° de la ley 700 de 2001, establecen que las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional tendrán un plazo no mayor de 6 meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de pensión para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes. **Sin embargo, para la mayoría de los integrantes de la Sala, el término para contabilizar los mismos debe ser de 4 meses, como lo establece la primera de las normas citadas.**

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que el accionante solicitó la pensión de vejez el **12 de enero de 2012** como se observa de la colilla visible a folio 5 del expediente, fecha para la cual ya cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de vejez tal y como se reconoce del acto administrativo de reconocimiento, por lo que la entidad tenía hasta el 12 de mayo de 2012, momento en que habían vencido los 4 meses, para reconocer la prestación favorablemente, situación que no hizo, en tal sentido los intereses moratorios correrán desde el **13 de mayo de 2012** sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas hasta el **31 de diciembre de 2013**, momento en que fue ingresado en nómina de pensionados, como se desprende de la resolución GNR 351363 del 11 de diciembre de 2013, suma que corresponde a **\$4.937.970**, cálculo que se realizó a través del grupo liquidador dispuesto para esta instancia y el cual se adjunta con la presente decisión.

Finalmente, en lo que respecta a los demandantes, es del caso advertir, que no es lo mismo la sucesión por muerte que la figura de la sucesión procesal, toda vez que la primera trata de un proceso que se hace a favor de los herederos de un causante para repartir los bienes que este dejó; mientras que la segunda, data de una figura jurídica que hace alusión a la continuación de un proceso que se cursa ante una instancia judicial por los herederos cuando una de las partes fallece, se declara ausente o interdicta.

De ahí, que las condenas impuestas a COLPENSIONES a favor del señor MARIO NIÑO RAQUIRA, solo pueden pagarse a los herederos reconocidos como tales en el proceso de sucesión, toda vez que los dineros otorgados al causante como consecuencia de la pensión de vejez reconocida hacen parte de la masa sucesoral y por ende, debe repartirse por parte de la autoridad competente, a quienes ostenten tal calidad, si bien en el presente caso la señora ROSA HELENA BELTRÁN DE NIÑO ostentó la calidad de cónyuge del pensionado fallecido y a su vez fue a quien se le sustituyó la pensión por medio de la resolución GNR 26170 del 23 de enero de 2017, lo cierto es que los intereses moratorios aquí reconocidos hacen parte de la masa sucesoral del causante, frente a los cuales podrán reconocerse también a favor de sus herederos, la parte actora allega registro

civiles de los señores MARIO NELSON NIÑO BELTRÁN, MERY ROCIO NIÑO BELTRÁN y ELSA CRISTINA NIÑO BELTRÁN de donde se puede inferir que son hijos del causante. No obstante, como lo plasmó la Juez de primera instancia no se aportó en esta oportunidad soporte de parentesco por parte de DAISY YANETH NIÑO BELTRÁN y CARLOS ANDRÉS NIÑO BELTRÁN, quienes podrían también tener derecho a los dineros objeto de condena, así como también podrían existir otras personas con igual derecho.

Sin que el hecho de ser sucesores procesales, ostentan la calidad de herederos de la sucesión y por ende, les asista derecho al pago de los dineros causados a favor del causante, pues, como se indicó, tales rubros forman parte de la masa sucesoral y es allí, donde se debe disponer su pago a quienes en el proceso de sucesión, hayan sido reconocidos como herederos de esta. En consecuencia, se ordenará el reconocimiento y pago de los intereses aludidos ante la mora en el reconocimiento de la pensión de vejez del señor MARIO NIÑO RAQUIRA (q.e.p.d) a favor de los herederos del mismo, quienes deberán acreditar tal condición ante la entidad demandada.

Por lo anterior, se **REVOCARÁ** la decisión de primera instancia por las razones aquí expuestas.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional consulta, las de primera estarán a cargo de la entidad demandada.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

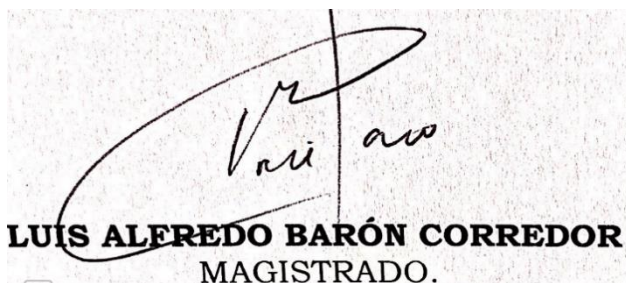
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 22 de octubre de 2018, en su lugar **CONDENAR** a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios

contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a favor de los herederos del causante MARIO NIÑO RAQUIRA para lo cual deberá acreditar tal calidad al momento de su pago, desde el 13 de mayo de 2012 sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas hasta el 31 de diciembre de 2013, momento en que fue ingresado en nómina de pensionados en la suma de \$4.937.970.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional consulta, las de primera estarán a cargo de la entidad demandada.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000201900611 01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR TULIO ENRIQUE
MONTENEGRO SÁNCHEZ contra SALUD TOTAL EPS

En Bogotá D. C., a los treinta (30) días del mes de octubre del año 2020, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN el 28 de febrero de 2019 (fls. 46/47).

ANTECEDENTES

El señor TULIO ENRIQUE MONTENEGRO SÁNCHEZ acude a la presente acción a efectos de que se condene a SALUD TOTAL EPS al reconocimiento y pago de una incapacidad médica en la suma de \$737.717 (fl.3).

Fundamenta sus pretensiones, en que el día 22 de junio de 2016 fue intervenido quirúrgicamente en la Clínica Meta de la ciudad de Villavicencio donde le practicaron un procedimiento de artroscopia de rodilla izquierda donde le expidieron una incapacidad médica por un

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000201900611 01

término de 30 días, comprendidos entre el 22 de junio de 2016 al hasta el 21 de julio de 2016, refiere que mediante comunicación del 18 de agosto de 2016 la EPS le comunicó que no era procedente pagarle la incapacidad solicitada teniendo en cuenta que al momento del suceso el usuario no presentaba semana de cotización interrumpida al sistema, ya que había radicado afiliación bajo la razón social el 1° de junio de 2016, lo cual es falso, por cuanto se encuentra afiliado desde el 10 de septiembre de 2014 (fls. 3/4).

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

SALUD TOTAL EPS contestó señalando que se estaba frente a la inexistencia de vulneración de derechos por hecho superado y carencia de objeto, teniendo en cuenta que se había procedido a reconocer y efectuar de manera prioritaria el trámite del pago de la incapacidad ordenada al demandante, razón por la cual no estaba llamado a prosperar el presente proceso toda vez que se configuraba un hecho superado (fls.33/34).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 28 de febrero de 2019 (fls. 46/47), **accedió** al reembolso deprecado, ordenando a SALUD TOTAL EPS al reconocimiento y pago de la suma de \$601.393 con las actualizaciones monetarias correspondientes a favor del demandante dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la providencia.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000201900611 01

Como sustento a su decisión, señaló que ante a la manifestación expresa del demandado éste se había allanado a los hechos y pretensiones de la demanda, sin embargo, no había allegado soporte documental del pago la incapacidad, asunto que el correspondía en la medida en que se encontraba obligado a respaldar sus afirmaciones. Asevera, que a través de correo electrónico de fecha 15 de febrero de 2019 se requirió al demandante con el fin de que certificará el pago de la incapacidad, el cual no fue contestado, por lo que ante la falta de prueba se rechazó la excepción propuesta por la accionada de carencia actual de objeto por hecho superado ordenándose el pago de la incapacidad solicitada.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **accionada** interpuso recurso de apelación (fls. 51/52), indicando que en búsqueda de la eficiencia y celeridad del sistema de salud se había procedido a reconocer y efectuar de manera prioritaria el trámite de pago de la incapacidad ordenada al demandante por un valor de \$643.491, pago que se había gestionado mediante cheque que había sido puesto a disposición del demandante en la sucursal de la ciudad de Villavicencio, siendo reclamado por él como constaba en los documentos adjuntos al recurso, razón por la cual solicita se declare hecho superado, teniendo en cuenta que el reconocimiento y pago de la mencionada incapacidad configura la inconformidad del demandante y es el objeto principal del presente proceso.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar si le asiste derecho al accionante a solicitar el pago a título de reembolso de la incapacidad médica derivada del

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000201900611 01

procedimiento quirúrgico artroscopia de rodilla izquierda por enfermedad correspondiente a 30 días, otorgada entre el 22 de junio al 21 de julio de 2016.

De acuerdo a los supuestos fácticos que se enmarcan dentro del presente litigio, los mismos se enmarcan en lo dispuesto por el literal b.) numeral 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

Solicita la apoderada de la parte demandada se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que la EPS SALUD TOTAL ya pagó la incapacidad objeto del presente litigio según cheque emitido a favor del accionante de fecha 14 de marzo de 2017 por la suma de \$643.491, el cual fue aportado con el recurso de alzada (fl.65), procediéndose por parte de esta instancia a correr traslado de la prueba allegada a través de auto de fecha 7 de octubre de 2020, una vez vencido el término establecido en dicho proveído se observa que las partes guardaron silencio.

Entendiéndose entonces que la obligación objeto de discusión en el presente asunto ya quedó satisfecho como lo pone de presente la entidad demandada de acuerdo a la documental anexa donde se observa que el pago fue recibido por el actor, pues la misma contiene su firma y huella (fls. 65 v/to y 66), lo cual da lugar a ser **revocada** la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

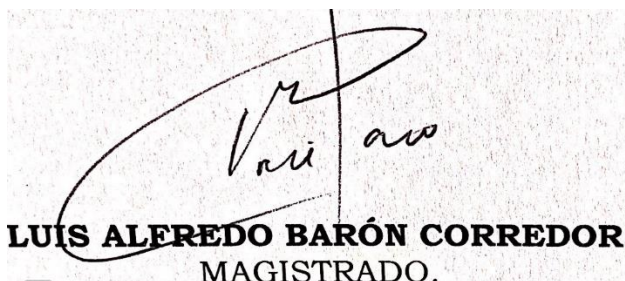
Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000201900611 01

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, de fecha 28 de febrero de 2019, conforme a lo manifestado en la parte considerativa de esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.**

1

SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE TITO NATANAEL POVEDA CAÑÓN
CONTRA COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **TITO NATANAEL POVEDA CAÑÓN**, se **ordene** el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta una tasa de remplazo del 90% del IBL, por cuanto acredita un total de 1,621 semanas de cotización al sistema de seguridad social en pensiones, se **ordene** el reconocimiento y pago de las diferencias de las mesadas atrasadas entre la fecha de efectividad de la pensión y la fecha de inclusión en nómina; y se **condene** al reconocimiento y pago de la indexación **(fls. 2/3)**.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2/3), señaló que acreditó un total de 11.350 días cotizados al sistema general de pensiones los cuales corresponden a 1,621 semanas de cotización, que es beneficiario del régimen de transición contemplados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que mediante resolución GNR 021723 del 4 de marzo de 2013, le fue reconocida la pensión de vejez con base en 7.615 días, los cuales corresponden

a 1,087 semanas de cotización en cuantía de \$1.017.328 efectiva a partir del 8 de enero de 2013, tendiendo en cuenta los parámetros establecidos en el Decreto 758 de 1990, que frente a la anterior resolución, interpuso recurso de reposición porque no le fue incluido dentro del cómputo el tiempo laborado en la Superintendencia de Sociedades desde el 10 de mayo de 1982 hasta el 30 de marzo de 1993, que mediante resolución GNR 135535 del 24 de abril de 2014 COLPENSIONES relacionó el tiempo laborado en la Superintendencia y acreditó que contaba con un total de 11.350 días laborados correspondiente a 1,621 semanas, pero no los tuvo en cuenta para incrementar el monto de la pensión de vejez, que en razón a lo anterior, presentó petición de fecha 20 de mayo de 2015, en la cual solicitó la reliquidación de su pensión para que se tuviera en cuenta una tasa de remplazo del 90%, que la entidad negó la petición mediante resolución GNR 338577 del 28 de octubre de 2015, frente a lo cual interpuso recurso de apelación el cual se resolvió mediante acto administrativo No. VPB 14323 del 31 de marzo de 2016, que confirmó la negación a la reliquidación pretendida.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (**fls. 44/50**), en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 3 a 10 y no ser cierto el numeral 2, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de junio de 2018 (CD – fl. 73), **absolvió** a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas por el demandante, **declaró** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y obro de lo no debido y **condenó** en costas a la parte actora.

Fundamentó su decisión, indicando que estaba demostrado que al demandante le había sido reconocida la pensión de vejez conforme a lo estipulado en el art. 36 de la ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990,

sosteniendo que en el presente asunto el actor solicitaba se diera aplicación a la sentencia de unificación de la Corte Constitucional 769 de 2014, frente a cual el Despacho tenía como criterio que la aplicación de dicha sentencia lo era únicamente para acceder a la pensión de vejez, pero que no podía utilizarse a efectos de acceder de la reliquidación pensional, de manera que no era dable acceder a las pretensiones del actor teniendo en cuenta que ya tenía reconocida la pensión conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, por lo tanto, el hecho de que se le hubiere reconocido la pensión con una tasa de remplazo del 78% no implicaba que estuviera en riesgo su derecho pensional, considerando que lo que le correspondía era reclamar la indemnización sustitutiva de los tiempos públicos cotizados.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante**, interpuso recurso de apelación el cual sustentó en los siguientes términos: que era evidente que dentro del reconocimiento de la pensión se había tenido en cuenta el régimen de transición. Así mismo, COLPENSIONES había reconocido la pensión conforme a lo dispuesto en Acuerdo 049 de 1990, que al observarse los artículos 12 y 20 de dicha normatividad, en la misma se había establecido el cumplimiento de semanas de cotización, más no hacía diferencia alguna entre tiempos de servicio y semanas de cotización, o que se hubiere establecido que solamente se tendrían en cuenta las cotizaciones realizadas en el sector privado, por lo que el término de cotización, correspondía tanto para lo público como para lo privado.

Motivo por el cual el tiempo que había laborado para la Superintendencia de Sociedades entre el año 1982 y 1993, debían tenerse en cuenta para acrecentar la tasa de remplazo. Además, debía darse aplicación al principio de favorabilidad, el cual había estudiado en su oportunidad la entidad demandada al analizar el tipo de pensión que le era más favorable al demandante, estudiándose lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, considerado que dicha normatividad no le era más favorable por corresponderle una tasa de remplazo del 75%, en razón a ello no podía perderse el tiempo público cotizado, pues al hacerse de dicha manera se estaría vulnerando el principio citado, a pesar de que con ello aumentaría la tasa de remplazo del 78% al

90%, de igual manera, no podía pasarse por alto que si se daba aplicación a la sentencia SU 769 de 2014 para el reconocimiento de la pensión, por qué no darse para la reliquidación cuando el derecho principal era la pensión de vejez.

CONSIDERACIONES

4

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, la Sala determinará si hay lugar a la reliquidación de la pensión de vejez tenido en cuenta aportes públicos y privados, en la aplicación de la sentencia SU 769 de 2014, en caso de prosperar dicha pretensión, si hay lugar a la indexación y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor TITO NATANAEL POVEDA CAÑÓN, conforme se infiere de la Resolución 021723 del 04 de marzo de 2013 (fls. 28/31), a través de la cual COLPENSIONES le reconoce la pensión de vejez con base en el Decreto 758 de 1990, en cuantía de \$ 1.017.328 a partir del 8 de enero de 2013, tomándose como tasa de remplazo el 78%.

Reliquidación pensional Acuerdo 049 de 1990- sumatoria de tiempos de servicios públicos no cotizados a COLPENSIONES

En cuanto a la inclusión de tiempos públicos no cotizados al ISS hoy COLPENSIONES a fin de poder reliquidar la mesada pensional, **esta Sala de decisión a reconocido tal postura con sustento en lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia SU - 769 de 2014**, en la cual se indicó que el Acuerdo 049 no contempla que para pensionarse con base en éste, los aportes tenían que haberse efectuado con exclusividad al ISS y por tanto, si era posible acumular el tiempo de servicios en el sector público y las cotizaciones efectuadas a dicho Instituto, en virtud del principio de favorabilidad contenido en los artículos 53 de la CN y 21 del CST el cual aplicado sobre el régimen contenido en el Acuerdo 049 de 1990, implicaba que la entidad o autoridad responsable debía acumular los tiempos cotizados a entidades públicas para realizar el cómputo de las semanas requeridas atendiendo dos razones: (i) la

falta de aplicación de las normas previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, haría nugatorios los beneficios que se derivan del régimen de transición y en consecuencia, del régimen anterior al cual se encuentra afiliado el peticionario; y (ii) el artículo 12 del mencionado acuerdo no exigía que las cotizaciones se hubieren efectuado de manera exclusiva al Instituto de Seguros Sociales.

Lo anterior, en razón a que algunas personas no alcanzaban a obtener **el derecho a la pensión mínima** por no tener las 1,000 semanas en cualquier tiempo o las 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad para pensionarse, maximizando de esa manera el goce efectivo del derecho fundamental a la seguridad social de un grupo poblacional vulnerable que se había visto disminuida en su capacidad laboral para obtener los recursos necesarios que le permitían tener una subsistencia en condiciones dignas, criterio que en su momento la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral aún no había adoptado, sin embargo, teniendo en cuenta la jurisprudencia actual la misma varió aceptando tal postura, es decir, la sumatoria de tiempos públicos no cotizados a COLPENSIONES, tal y como se observa en la sentencia **SL 1947 del 1° de julio de 2020**, en la cual se precisó:

“En este punto, es oportuno señalar que la jurisprudencia de esta Corporación ha adoctrinado la improcedencia en la sumatoria de semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales con tiempos de servicios públicos a efectos de conceder la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990, bajo el entendido de que esta normatividad no previó expresamente tal posibilidad, como sí lo hizo unos años atrás la Ley 71 de 1988.

En este sentido, la Sala predicó que la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990 solo podía configurarse con el cumplimiento de las edades mínimas allí previstas y un mínimo de 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores a éstas o 1000 semanas en cualquier época, bajo el presupuesto que éstas fueran efectivamente aportadas al ISS y en los términos fijados por sus reglamentos.

Asimismo, la jurisprudencia de la casación del trabajo resaltó que el legislador en el año 1993 dispuso el cómputo de tiempos públicos y privados para el acceso a la pensión de vejez, a través de lo dispuesto en el parágrafo 1.° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que éste resultaba aplicable a las pensiones gobernadas en su integridad por esta normativa

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.

6

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 al art. 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de los hombres, debía contar para el 1° de abril de 1994, con 40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados.

De acuerdo con lo anterior, quienes reúnan los requisitos señalados tendrán derecho a la pensión de vejez o de jubilación cuando cumplan la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1° de abril de 1994". (subrayado fuera del texto original)

En consideración a lo anterior, resulta aceptable el computo de las semanas cotizadas por el actor en el sector público ante otras cajas de previsión con los aportados exclusivamente a COLPENSIONES, para poder incrementar su tasa de remplazo y de esta manera que su mesada pensional se acrecenté.

Conforme a ello, como quiera que no se discute el hecho de que el accionante es beneficiario del régimen de transición, pues así lo reconoció en su momento COLPENSIONES al reconocerle la pensión con base en el Decreto 758 de 1990, como tampoco existe discusión en que realizó aportes ante la Superintendencia de Sociedades en el periodo comprendido entre el 10/05/1982 al 30/03/1993, que sumados a los tiempos cotizados exclusivos a COLPENSIONES arroja un total de 1,619 semanas de cotización, tal como lo reconoció la accionada en la resolución VPB 14323 del 31 de marzo de 2016 (fls. 16/19), dando lugar a que le sea aumentada la tasa de remplazo en un 90%, conforme lo establece el parágrafo 2° del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

Prescripción

Al respecto, se tiene que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez a través de la Resolución GNR 021723 del 4 de marzo 2013 (fls. 28/31), solicitó la reliquidación pensional 28 de mayo de 2015, la cual fue negada mediante resolución GNR 338577 del 28 de octubre de 2015 (fl.10/12), frente a la cual se interpuso recurso de apelación siendo resuelta en resolución VPB 14323 del 31 de marzo de 2016 (fls. 15/19) y la demanda se presentó el 01 de junio de 2017 (fl. 36), sin que durante dicho interregno superará el término prescriptivo que contempla el artículo 151 del CPTSS, por lo que se declarará no probada la excepción propuesta por la demandada.

Por ende, al realizarse las operaciones aritméticas teniendo en cuenta el IBL reconocido por COLPENSIONES en resolución GNR 021723 del 4 de marzo de

2013, que correspondió a \$1.304.267 y aplicándose la tasa de remplazo del 90%, arroja como mesada pensional para el 8 de enero de 2013 la suma de **\$1.173.840**, por lo que COLPENSIONES deberá cancelar las diferencias correspondientes desde dicha fecha debidamente indexadas, conforme a la formula establecida por la Corte Suprema de Justicia, tomando como IBL inicial el de causación de cada diferencia y como final, el de la data en que se efectúe el pago.

9

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia y en su lugar se **CONDENARÁ** a la demandada a reliquidar la pensión de vejez del demandante en los términos ya anotados.

COSTAS

COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

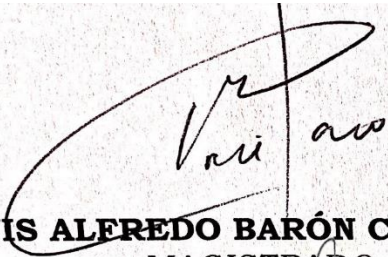
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 13 de junio de 2018, y en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez otorgada al demandante, aplicándose como tasa de remplazo el 90% al IBL reconocido por la entidad mediante resolución GNR 021723 del 04 de marzo de 2013, a partir del 8 de enero del 2013, en cuantía de \$1.173.840, para lo cual la demandada deberá pagar la diferencia entre la pensión inicialmente reconocida y la que resultó de la reliquidación aquí efectuada, al igual que deberá indexar el retroactivo que se genere, conforme a lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

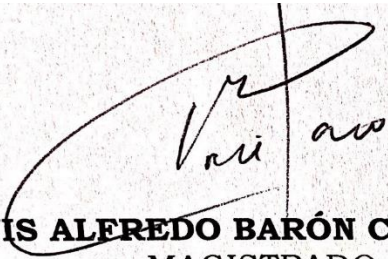


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$ 900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALEXANDER VILLARAGA VARON CONTRA PEDRO JOSÉ QUINTERO GARAVITO como persona natural y como propietario del establecimiento de comercio PROIMPAN INDUSTRIAL

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Pretende el señor **ALEXANDER VILLARAGA VARON** se **declare** que existió un vínculo laboral de carácter verbal a término indefinido con el señor PEDRO JOSÉ QUINTERO GARAVITO el cual tuvo vigencia entre el 15 de enero de 2001 al 25 de mayo de 2015, desempeñándose como ensamblador y soldador. Como consecuencia de ello, se **condene** al demandado al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, sanción por no consignación a las cesantías, indemnización moratoria, a que las sumas adeudadas sean debidamente indexadas y a las condenas ultra y extra petita (**fls. 19 a 21**).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan de fls. 15 a 19 del plenario en donde se señaló que el señor PEDRO JOSÉ QUINTERO GARAVITO es propietario del establecimiento denominado PROIMPAN INDUSTRIAL, que comenzó a laborar para él el día 15 de enero de 2001, designándose como funciones las de ayudar

a los trabajadores más antiguos, hacer los mandados e ir a comprar materiales de bajo costo, cumpliendo un horario de 7:30 a.m. a 6:00 p.m., que el salario acordado correspondió a la suma de \$316.000, incluido el auxilio de transporte, que a partir del año 2002 se le encomendó la labor de ensamblador, soldador y elaboración de vitrinas, acordándose un nuevo salario por trabajo elaborado y cumplimiento de metas, que por la elaboración de 4 vitrinas percibí la suma de \$800.000 mensuales, que el empleador no le hizo el incremento salarial durante los años 2002, 2003, 2004 y 2005, que en el año 2006 solicitó un aumento de salario petición que fue atendida favorablemente por el empleador por lo que empezó a devengar la suma de \$1.000.000, para el año 2008 la suma de \$1.200.000, 2012 la suma de \$1.400.000 suma que se mantuvo hasta el año 2014 y para el año 2015 el salario se incrementó en \$450.000 semanales devengando un salario mensual de \$1.800.000, que en el año 2015 se vio obligado a renunciar por el incumplimiento del demandado en sus obligaciones y por lo malos tratos de su parte.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El señor **PEDRO JOSÉ QUINTERO GARAVITO como persona natural y como propietario del establecimiento de comercio PROIMPAN INDUSTRIAL** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser cierto el numeral 1 y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la relación laboral, inexistencia de la obligación prestacional a cargo de la demandada y ausencia de causa legal y suficiente para reconocer las pretensiones de la demanda, prescripción y buena fe (fls. 73 a 79).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de evacuadas las etapas propias del proceso, el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, **declaró** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que se rigió desde el 15 de enero de 2001 al 25 de mayo de 2015, en la que fungió en calidad de trabajador del señor PEDRO JOSÉ QUINTERO GARAVITO y lo **condenó** a los siguientes valores y conceptos:

- *Auxilio de cesantías: \$15.027.833*
- *Intereses a las cesantías: \$756.510*
- *Prima de servicios: \$3.363.889*
- *Compensación en dinero de vacaciones \$2.352.778.*
- *Al pago de aportes a seguridad social en pensión teniendo en cuenta como salarios 2001 la suma de \$302.833, 2002 a 2005 la suma de \$800.000, 2006 a 2007 la*

suma de \$1.000.000, 2008 a 2011 la suma de \$1.200.000, 2014 a 2015 la suma de \$1.400.000.

- *Indemnización moratoria en la suma de \$33.600.000 que equivale a 24 meses de mora, causados hasta el 25 de mayo de 2017 y a partir del mes 25, es decir, a partir del 26 de mayo de 2017, pagar los intereses moratorios generados sobre los valores por prestaciones sociales condenados conforme a la tasa de intereses establecida en la norma.*
- *Indemnización moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en la suma de \$33.600.000”.*

Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y la **condenó** en costas procesales **(CD fl. 87)**.

Como **argumento de su decisión**, el *a quo* sostuvo que el demandado había aceptado a través de su interrogatorio de parte la prestación personal del servicio por parte del demandante, confesando que el actor había laborado en su negocio, pero que no se encontraba contratado por nómina como sucedía con otros trabajadores de la empresa quienes debían cumplir un horario, aceptando la prestación del servicio para el año 2007 e indicando que con anterioridad lo llamaba de vez en cuando a realizar tareas, que también había reconocido la elaboración de las certificación allegadas al proceso por parte de su secretaría, considerando frente a ello el Juzgador que las mismas demostraban el extremo inicial de la relación laboral, indicó también que tales aspectos también eran corroborados con la prueba testimonial, en donde se había establecido como fecha inicial el año 2001, quedando así beneficiado el actor de la presunción contenida en el artículo 24 del CST

Adujó también el *a quo* que los testigos que declararon tanto para la parte demandante como para la parte demandada concordaban en cuanto a que la labor desarrollada por el actor consistía en la elaboración de vitrinas al servicio de la parte demandada, que esa siempre había sido su labor a excepción del primer tiempo, resalta que la parte accionada no aportó prueba documental con la cual se pudiera desvirtuar la presunción legal y que tan solo contaba con el interrogatorio de parte y los testimonios, tampoco se demostró cual era el vínculo contractual que había tenido el actor y frente al cual se indicaba que no lo era de carácter laboral, no demostrándose tampoco que fuera un contrato civil de prestación de servicios. De la prueba testimonial a favor del demandado indicó que sus expresiones resultaban ser genéricas y vagas, concluyendo que el actor había logrado demostrar la existencia de la relación laboral, procediendo a reconocer las pretensiones solicitadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** sustentó su recurso de apelación manifestando que hubo una indebida apreciación del objeto probatorio, por lo cual no puede darse por sentado la existencia de una verdadera prestación personal del servicio contrario a lo dicho por el despacho, como quiera si se valora correctamente el interrogatorio de las partes y el mismo interrogatorio del demandado, éste manifestó que la prestación personal del servicio no la desarrollaba del tal manera, sino que en muchas ocasiones se valía de otras personas como del señor Armando Martínez, situación está que desvirtúa la apreciación del señor juez en lo que tiene que ver con la prestación del servicio. De ahí que no solamente el señor Villarraga, sino que los testigos LINDERMAN FONTECHA y el señor JOSÉ GABRIEL GONZALES declararon también en ese sentido.

También existe una indebida apreciación del elemento probatorio no solamente por lo dicho, si no que el señor LINDERMAN FONTECHA y el señor JOSÉ GABRIEL GONZÁLEZ manifestaron que no hubo una verdadera subordinación y que por el contrario la relación que pudieron tener era de otra índole distinta al contrato de trabajo y como lo advirtió el Juez pudo ser a través de un contrato civil de prestación de servicios o bien podría decirse para la fabricación de vitrinas, que no debía pedir permiso para desatender las labores, que no había una instrucción general, que como bien quedó demostrado se dedicaba era a producir o a fabricar vitrinas por su cuenta y riesgo en favor de señor Pedro Quintero, vitrinas que las entregaba de acuerdo a unas especificaciones normales y técnicas.

De la misma manera, no está de acuerdo en cuanto a que se debía aplicar el indicio del contra al demandado por la postura que tomó en su interrogatorio de parte, no existiendo ninguna pregunta evasiva por no contestar sobre los extremos, por el contrario tenía la convicción de que verdaderamente no estaba en curso en un contrato de trabajo sino por el contrario lo que existió fue un contrato civil de prestación de servicios o más bien un contrato de suministro si lo queremos ver como un contrato comercial, los cuales no requieren una solemnidad de que deban constar por escrito o similares. En cuanto a las certificaciones también existió una indebida apreciación del elemento probatorio, si bien no fueron tachadas de falsas, ni se desconoció el documento según voces del artículo 72 del CGP, esta situación quedó decantada en la contestación de la demanda, sobre la cual no se hizo inferencia alguna al respecto, solicitó sea revocada la sentencia y sean concedidas las excepciones de mérito

planteadas como la presunción de buena fe en el actuar, dejando de presente que no se probó la existencia de la relación laboral y por el contrario, los testimonios presentados por el extremo demandado es claro que no existió dicha relación laboral.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Debe la Sala determinar si las partes estuvieron ligadas por una relación laboral dependiente y subordinada, o si, por el contrario, lo que existió fue un contrato de otra índole diferente a la laboral, ejecutado en forma autónoma e independiente por el demandante.

Existencia de la relación laboral

Al respecto, se tiene que el artículo 24 del CST establece “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”. Así pues, bastaría al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral.

Es así, como en el presente asunto, obra plena operancia de la presunción del antedicho artículo 24 CST, teniendo en cuenta que como bien lo indicó el *a quo* el demandado aceptó en su interrogatorio de parte que el actor prestó sus servicios en las instalaciones de su propiedad elaborando vitrinas, por lo cual era su obligación desvirtuar la existencia de un contrato laboral, cabe recordar que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios o de otro tipo de contratación civil o comercial es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, por lo tanto, es al empleador es a quien le corresponde desvirtuarlo, así lo señaló la CSJ SL en la sentencia SL 2171-2019.

Así mismo, la CSJ Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 225 del 2020, adujo que la Corte Constitucional al declarar la inexigibilidad del inciso 2° del artículo 2° de la Ley 50 de 1990, indicó: “*quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la*

subordinación jurídica fue la prevista en el literal b) del artículo 1o. de esta ley y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada", estableciendo textualmente:

“Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser éste quien deba demostrar la subordinación jurídica.

Advierte la Corte que la presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza (inciso 1 de la norma demandada) implica un traslado de la carga de la prueba al empresario”.

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

Precisado lo anterior, pasa la Sala analizar las pruebas aportadas al proceso a fin de verificar la forma en que se ejecutó el contrato existente entre las partes, esto es, si el actor actuaba con total autonomía técnica y directiva, o si por el contrario se encontraba subordinado, al respecto se tiene que el señor JOSÉ QUINTERO GARAVITO en su interrogatorio de parte confesó que el actor había trabajado para él en la elaboración de vitrinas, que su secretaria eran quien hacía la orden de como debía hacerse la vitrina que debía entregarle, que las vitrinas que el demandante realizaba lo debía hacer por encargos que hacían sus clientes, que la elaboración de las vitrinas se hacían en las instalaciones de su propiedad y que la materia prima era suministrada por él.

Con ello resulta más que suficiente para establecer que el *a quo* no hizo una indebida apreciación del objeto probatorio como lo sostiene el recurrente, de hecho lo manifestado por el demandado se acompasa con las declaraciones rendidas por parte de los testigos LINDERMAN FONTECHA y el señor JOSÉ GABRIEL GONZÁLEZ quienes también prestaron sus servicios para él, pues estos fueron contestes en señalar que la forma en como el demandante debía realizar las vitrinas provenía del señor JOSÉ QUINTERO GARAVITO y que debían asistir todos los días al lugar donde se encontraba ubicada la empresa para desarrollar la labor contratada bajo las directrices propias del

demandado.

En relación al cumplimiento de un horario, la parte demandada arguye una situación distinta como lo manifestó el señor JOSÉ DOMINGO RAVELO ARDILA en su declaración, pues éste manifestó prestar sus servicios para el demandado, asegurando que no existe el cumplimiento de un horario, que él es contratista así como lo era el actor, por lo que ellos llegan a la empresa y se les pasa un pedido, se trabaja medio día y si se tiene un ayudante a quien se le delegue la función pueden ir a trabajar a otro lado, tal como lo hacía el promotor del proceso durante su vinculación, sin embargo, reconoce que la actividad debía desarrollarse en la empresa con la materia prima suministrada por el “patrón” refiriéndose al señor JOSÉ QUINTERO GARAVITO.

De manera que, no existe certeza en cuanto al horario que debía cumplir el actor. No obstante, ello no conlleva a determinar que no se den los demás elementos del contrato de trabajo, toda vez que de las declaraciones antes dichas es evidente que no existía total independencia en la labor desarrollada, pues era deber del señor ALEXANDER VILLARAGA cumplir con las labores encomendadas por el demandado en el momento específico en que él las necesitará y bajo sus propias directrices, de igual manera, la labor se debía desarrollar en sus instalaciones y con los materiales por él suministrados, de manera que ello necesariamente implicaba una dependencia para con el accionado. Ahora, si bien se dijo que se podían delegar las funciones encomendadas no se demostró que lo fuera de manera constante o que ese motivo conllevará desvirtuar a las órdenes que recibía del señor JOSÉ QUINTERO GARAVITO, téngase en cuenta además que la labor realizada por el actor era propia del objeto contractual de la empresa de propiedad del señor QUINTERO, pues como bien lo manifestó el testigo JOSÉ GABRIEL GONZÁLEZ la empresa se dedica a todo lo concerniente a negocios de panadería, lo que es vitrinas y muebles, siendo entonces evidente que la labor desarrollada por el actor era indispensable para el objeto social de la empresa, por lo que no podría considerarse que la elaboración de las vitrinas se hiciera de manera esporádica.

De otro lado, se discute el tema sobre el valor probatorio de los certificados laborales sobre tal aspecto ha de tenerse en cuenta la reiterada jurisprudencia del CSJ Sala de Casación Laboral al respecto como se puede ver de las sentencias con radicado 38666 del 30 abril de 2013 y SL17514-2017, en donde se señaló:

“El Juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se

exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el Juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el Juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral”.

Lo anterior es suficiente para establecer que el *a quo* valoró de manera correcta los certificados allegados al proceso y que obran a folios 2 a 4 del expediente, empezando porque se reconoció por parte del demandando que fueron expedidas por la empresa a través de su secretaria, incluso una de ellas firmada por él mismo, certificaciones que contienen el extremo inicial, salario y cargo ejecutado por el demandante, las cuales se expidieron los días 26 de julio de 2007, 29 de marzo de 2008 y 4 de agosto de 2014, sin que las razones expuestas en la contestación de la demanda conlleven a derruir las mismas, pues no fueron plenamente probadas.

Así las cosas, habrá de **CONFIRMARSE** la sentencia de primera instancia.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada como quiera que su recurso de alzada no salió adelante.

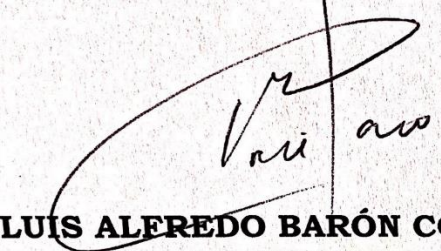
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.- SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 7 de septiembre de 2018, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

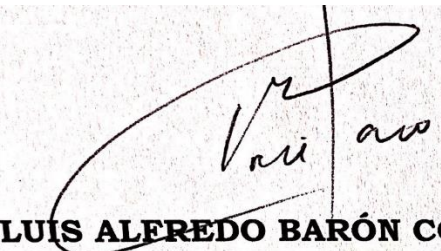


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandado en la suma de \$ 900.000.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SEGUNDO GUILLERMO AGUILAR SAENZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **SEGUNDO GUILLERMO AGUILAR SAENZ** se **condene** a COLPENSIONES a reconocerle la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 a partir de la fecha en que cumplió los 60 años de edad, se condene al retroactivo, se **condene** al pago de intereses moratorios, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho (fl. 38 a 39).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a folios 39 del plenario, en los cuales en síntesis se señalaron; que nació el 22 de febrero de 2004, que durante los 20 años comprendidos entre 1984 a 2004 cotizó 500 semanas, que su historia laboral presenta inconsistencias las cuales no han sido corregidas motivo por el cual le ha sido negado su pensión de vejez, solicitando la prestación en múltiples oportunidades.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 y 5, parcialmente cierto el numeral 4 y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (**fls 64 a 67**).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 10 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de septiembre de 2018, **declaró** probada la excepción de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, en consecuencia, **absolvió** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante y **condenó** en costas a la parte actora (**fl. CD 93**).

Como argumento de su decisión, el *a quo* señaló que de los hechos de la demanda no se indicaba porque condiciones era beneficiario del régimen de transición, encontrando el Despacho del reporte de semanas cotizadas que había existido un traslado de régimen pensional, que a partir del año 1995 se hacía la entrega de los pagos provenientes del régimen de ahorro individual, aduce la sentenciadora que en algunos de los actos administrativos expedidos por COLPENSIONES se hacía referencia a una multifiliación, que al revisarse el expediente administrativo se podía ver una carta de fecha 28 de diciembre de 2004 en donde se había resultó los casos de multifiliación por parte del ISS relacionándose los afiliados en tal condición, no encontrándose allí el demandante y por el contrario de su historia laboral se encontraba la observación traslado de régimen, por lo cual debía seguirse a los derroteros de la Corte Constitucional donde se ha establecido que solamente puede recuperar el régimen de transición aquellos que al 1° de abril de 1994 contarán con 15 años de servicio, aspecto que el actor no cumplía.

Sin embargo, argumentó que si en gracia de discusión se tuviera por cierto lo dicho en los actos administrativos frente a la multifiliación, el demandante tampoco reunía los requisitos para acceder al derecho pensional conforme al Acuerdo 049 de 1990, resaltó que dentro de la demanda no se hacía relación en donde radicaba la inconsistencia en su historia laboral, que revisada la demanda se podía ver que se habían reclamados ante COLPENSIONES los periodos 08-1997, 09-1999, 01-

1998 a 05-1999, que al ser revisada la historia laboral obrante a folio 18 se podía ver que aparecía una mora de los ciclos 07-1997 a 09-1999 con el empleador COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS, pero al verificarse con el expediente administrativo se encontraba que dicho empleador solo había cotizado entre los ciclos 05-1995 a 08-1997 con la respectiva novedad de retiro, sin que se acreditará una nueva vinculación laboral, lo anterior también se desvirtuaba por el hecho de que el actor reclamaba los ciclos 01-1998 a 05-1999 con el consorcio prosperar.

En cuanto los ciclos con el CONSORCIO PROSPERAR señaló que obraba certificado emitido por COLOMBIA MAYOR en el cual se establecía afiliación del demandante entre los periodos 10-1998 a 05-1999, pero los mismos aprecian en mora por parte del demandante, de manera que no podían ser tenidos en cuenta, citando como referencia la sentencia SL 13542 de 2014, paso seguido advirtió la *a quo* que contabilizadas semanas reportadas en la historia laboral el actor tan solo acreditaba 445,93 semanas, no contando así con las 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, tampoco reunía 1,000, puesto que solo acreditaba 709,54 semanas, lo cual tampoco daba lugar a reconocer la prestación bajo lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, pues para el 2004 debía contar con 1,000 semanas cotizadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante inconforme con la decisión interpuso recurso señalando que COLPENSIONES en todos sus actos administrativo había reconocido que el demandante era beneficiario del régimen de transición. Así mismo, solicita se verifiquen los tiempos 1985-1990 ya que existen periodos en los cuales aparece el empleador en mora.

También argumenta que, si bien de acuerdo a los certificados expedidos por COLOMBIA MAYOR puede presumirse que el demandante se encontraba en mora, lo cierto era que COLOMBIA MAYOR había seguido realizando los mismos aportes, sin que hubiera hecho el requerimiento al actor, por lo cual no es dable importársele la falta de previsión de dicha entidad al señor SEGUNDO GUILLERMO, por lo cual al sumarse las anteriores semanas logra acreditar las 500 semanas requeridas.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Corresponde a esta Sala determinar, si existen aportes en mora por parte de algunos empleadores y, por lo tanto, si deben reconocerse dentro de la historia laboral del demandante. Así mismo, se establecerá si deben reconocerse también los ciclos subsidiados por el Estado, si el demandante acreditó ser beneficiario del régimen de transición y, en consecuencia, si debe reconocerse la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, si hay lugar al pago de intereses moratorios y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Reconocimiento de semanas

Debe resaltarse en primer lugar que le asiste razón a la *a quo* en cuanto a que el demandante no especificó de manera concreta dentro del escrito de demanda, donde radican las inconsistencias frente a su historia laboral, razón por la cual se entrará a analizar todas las probanzas allegadas a fin de establecerse donde se encuentran las mismas, por lo cual se empezará por los ciclos reclamados en el recurso de alzada, los cuales corresponden a los tiempos 1985 a 1990, frente a lo cual revisado el reporte de semanas cotizadas y visibles a folios 68 a 70 no se evidencia ciclos en mora durante dicho interregno, además los reportados coinciden con los establecidos en las semanas detalladas expedido en su oportunidad por el ISS, como se corrobora con el expediente administrativo visible a folio 92 del expediente, sin que medie ciclos en 0, por lo cual no hay lugar a ordenar reconocimientos adicionales en relación a los ciclos mencionados.

También se puede ver de la documental que milita a folio 18 que obra una historia laboral de COLPENSIONES expedida en abril de 2010, en la cual aparecen unos ciclos en mora con el empleador COMAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS desde el 07-1997 al 09-1999, sin embargo, tal y como señaló la Juez de primera instancia, al revisarse el expediente administrativo y en especial el reporte de semanas detalladas expedido por el ISS y el cual se encuentra en el archivo 12901A que aparece una relación con dicho empleador desde enero de 1995 a septiembre de 1997 con la correspondiente novedad de retiro, con 1 solo día de cotización para el mes de septiembre de 1997. Adicionalmente, se encuentra aportes efectuados por el consorcio prosperar durante los ciclos 10-1998 a 05-1999 en el archivo 12801A, lo cual demuestra que en efecto la relación laboral con el empleador COMAÑÍA

SURAMERICANA DE SEGUROS no se mantuvo hasta septiembre del 1999, motivo por el cual no existió la obligación por parte de COLPENSIONES de efectuar el correspondiente recobro, también es cierto que no se aportó al plenario certificado alguno en donde se acreditará la vinculación laboral con dicho empleador más allá de septiembre de 1997.

Ahora, en lo que respecta a los ciclos reclamados por el régimen subsidiado encuentra la Sala que existen 2 certificaciones expedidas por COLOMBIA MAYOR una expedida el 24 de febrero de 2010 (archivo 9601A), en la cual se indica como fecha de afiliación **1° de enero de 1998 y desafiliación 31 de mayo de 1999** y otra expedida en julio de 2017 la cual se encuentra visible a folio 85 del expediente en la cual se indica como fecha de afiliación **1° octubre de 1998 y desafiliación 31 de mayo de 1999**, al encontrarse 2 fechas distintas de afiliación se procedió a verificarse el reporte detallado anteriormente mencionado, donde se pudo ver que los aportes subsidiados se hicieron a partir de **octubre de 1998**, acreditándose con ello que la información correcta es la contenida en la certificación expedida en el año 2017 por COLOMBIA MAYOR.

De otro lado, se aprecia que el motivo de desvinculación al régimen subsidiado conforme a las certificaciones aludidas refiere a “*voluntario*”, también se observa que el Estado aportó las cotizaciones correspondientes, pero no así lo hizo el demandante como se constata de la documental a folio 86, por lo cual COLPENSIONES al contestar las múltiples solicitudes presentadas por el actor para la corrección de su historia laboral bajo el radicado BZ 2015_6886572 del 30 de julio de 2015, señaló: “*respecto a los periodos 1998-10 a 1999-05, le comunicamos que no se observa registro de cotizaciones a su favor al régimen subsidiado o como aportante independiente, adicionalmente le informamos que se evidencian aportes realizados por el CONSORCIO PROSPERAR a su favor, no obstante, ello le recordamos que para los afiliados al régimen subsidiado, la cotización se compone de dos partes, la primera es el aporte que realiza el afiliado, la segunda es el valor del subsidio a pensión que otorga el Estado, teniendo en cuenta que para dichos periodos no se observa pago de su aporte, los valores girados a su favor por el consorcio prosperar serán devueltos a dicha entidad (...)*”

De acuerdo a lo antes dicho, se trata de una mora por parte del afiliado respecto de la cotización que le correspondía en el régimen subsidiado, en relación a ello la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha establecido “*que no resulta procedente contabilizar los aportes efectuados, en la medida en que esa es una obligación de la exclusiva responsabilidad del afiliado por no estar subordinado a*

ningún empleador”, así se dijo en la sentencia SL 9320-2016, en la que se rememoró la sentencia SL 16440-2015, en tal sentido se tiene que el *a quo* no incurrió en error al dejar de contabilizar dicho ciclo dentro de la historia laboral del demandante.

Régimen de transición-pensión vejez Acuerdo 049 de 1990

En cuanto al régimen de transición sostuvo la *a quo* que en el caso del actor existió fue un traslado de régimen más no una multifiliación como se establecen en los actos administrativos de COLPENSIONES, teniendo en cuenta que no se encontraba inmerso en la carta del 28 de diciembre de 2004, en donde se había resuelto los casos de multifiliación, por lo cual debía darse aplicación a las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, que establecen como requisito 15 años de servicio para recuperar el régimen de transición, los cuales no cumplía el actor, en relación a tal argumento considera ésta Sala de decisión que al haber aceptado la entidad pensional en sus actos administrativos que el actor es beneficiario del régimen de transición en cuanto a que se probó una multifiliación, sin que se ratificará sobre ello, da lugar a considerarse en tal condición, no siendo dable entonces analizar las condiciones establecida por la Corte Constitucional en los casos de traslado de régimen pensional.

En tal sentido, se tiene que art. 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de los hombres debía contar para el 1° de abril de 1994, con 40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados.

Reuniendo los requisitos señalados tendrá derecho a la pensión de vejez o de jubilación cuando cumplan la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1° de abril de 1994, el cual para el caso concreto es el dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Dto. 758 del mismo año, por contar con semanas cotizadas al ISS hoy Colpensiones.

Dicho lo anterior, y conforme a la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el archivo 00201 A del expediente administrativo se puede ver que el señor SEGUNDO GUILLERMO AGUILAR nació el **22 de febrero de 1944**, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 50 años de edad cumplidos, reuniendo así los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone que éste no podrá extenderse más allá del **31 de julio de 2010**, excepto para las personas que estando en el mismo tengan cotizadas **750 semanas** o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto, a quienes se les mantendrá el referido régimen hasta **diciembre de 2014**.

Al constatar si el demandante reunió con los requisitos del régimen anterior antes del **31 de julio de 2010**, es decir, los dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, se tiene que dicha normatividad exigía el cumplimiento de 60 años de edad en el caso de los hombre y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo, en cuanto a **la edad se tiene que la misma se acreditó el 22 de febrero de 2004**, al revisarse si acredita 500 semanas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es, entre el **22 de febrero de 1984 al 22 de febrero de 2004** se tiene que el señor SEGUNDO GUILLERMO AGUILAR cuenta con **437,85 semanas**, que comprenden los aportes desde febrero de 1984 al 31 de agosto de 1997 de acuerdo a la historia laboral obrante a folios 68 a 70 no acreditando así las 500 semanas requeridas, tampoco cuenta el actor con las 1,000 semanas, ya que cuenta con un total de **709,54 semanas** aspecto por el cual habrá de **confirmarse** la decisión de primera instancia.

COSTAS

COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte actora como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

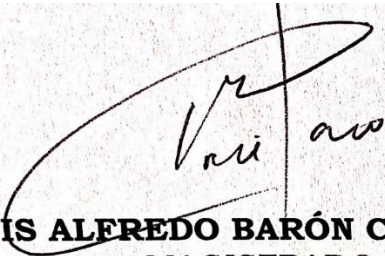
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 13 de septiembre de 2018, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

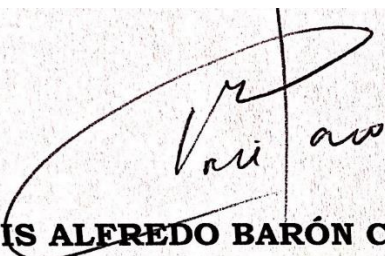


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – LUZ ANDREA ARGUELLO
FORERO contra FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **LUZ ANDREA ARGUELLO FORERO**, se **declare** que existió un contrato de trabajo a término indefinido con la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN entre el 1° de noviembre de 2000 y el 17 de diciembre de 2014 y que la demandada debe reintegrarla al mismo cargo que venía desempeñando u a otro de mejores condiciones, más el pago de salarios y demás prestaciones dejadas de percibir entre el 1° de septiembre y el 17 de diciembre de 2014. Como pretensiones subsidiarias solicita se **ordene** el reconocimiento y pago de los salarios dejados de cancelar entre el 1° de septiembre y el 17 de diciembre de 2014, vacaciones, prima de servicios, prima de vacaciones, intereses a las cesantías y aportes a la seguridad social integral por todo el tiempo trabajado, más la sanción por no consignación de las cesantías e intereses sobre las mismas, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso (fls. 135 y 136).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 136 a 140), señaló que se vinculó a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN en el cargo de coordinadora de egresados y prácticas empresariales, desarrollándose la relación laboral entre el 1° de noviembre de 2000 y el 17 de diciembre de 2014, fecha en la que le fue entregada la carta de terminación del contrato. Refiere que sus actividades laborales al igual que las órdenes las ejecutó y recibió dentro del claustro, como también durante la vigencia del vínculo, le efectuaron incrementos al salario de forma esporádica, no le se le canceló los aportes a la seguridad social integral, primas de servicio, cesantías e intereses sobre las mismas y desde el mes de septiembre de 2014 no se le volvió a pagar el salario. Sostiene que cumplía un horario de 8:00 am a 5:00 pm y para retirarse de la fundación tenía que pedir permiso e informar por escrito que entraba en licencia de maternidad para que le asignaran un funcionario que la reemplazara, además, las directrices le eran dadas mediante circulares en las que le indicaban las funciones a realizar. Afirma que el 19 de diciembre de 2014, el Decano le envió una carta a su casa, en la que le dio a conocer la terminación del vínculo laboral. Finalmente, aduce que agotó la vía gubernativa, a través de derecho de petición radicado el 13 de marzo de 2015.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN contestó el introductorio (fls. 162 a 166), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 73 y 74 y niega los demás. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, inexistencia de las obligaciones cuyo cumplimiento se demanda y falta de causa, cobro de lo debido, falta de objeto y causa para demandar, falta de fundamento legal para demandar, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés y Tres Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 18 de junio de 2018 (CD – fl. 238), **declaró** que entre la demandante y la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN existió un

contrato de trabajo entre el 1° de noviembre de 2000 y el 17 de noviembre de 2014, en virtud del cual se desempeñó como asesora en el área de coordinación de egresados y prácticas empresariales, devengando los siguientes salarios: \$800.000 del 1° noviembre y el 1° de abril de 2001, \$840.000 del 1° de mayo al 31 de diciembre de 2001, \$1.700.000 del 1° de enero de 2002 al 28 de febrero de 2003 y \$1.836.000 del 1° de marzo de 2003 y el 17 de diciembre de 2014, **condenó** a la demandada a pagar a la demandante, las siguientes sumas y conceptos: salarios \$4.712.400, cesantías \$24.639.033, intereses a las cesantías \$873.324, sanción por no pago de los intereses a las cesantías \$873.324, prima de servicios \$5.441.700, vacaciones \$3.592.950 indexadas al momento de su pago, \$17.904.060 de indemnización por despido injusto, \$61.200 diarios desde el 17 de diciembre de 2014 al 17 de diciembre de 2016 y a partir del 18 de diciembre de 2016 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta que el pago de salarios y prestaciones sociales se verifique por concepto de indemnización moratoria, aportes a pensión durante la vigencia del contrato de trabajo, teniendo en cuenta los salarios establecidos, los cuales deberán ser calculados por el fondo de pensiones al que se encuentre afiliada, **absolvió** a la accionada de las demás pretensiones de la demanda, **declaró** probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las prestaciones sociales y sanción por no consignación de las cesantías causadas con antelación al 19 de enero de 2012 y de las vacaciones causadas con anterioridad al 19 de enero de 2011 y no probados los demás medios exceptivos y **condenó** en costas a la demandada.

Fundamentó su decisión, indicando que de pruebas documentales obrantes en el proceso, junto con los testimonios recaudados, se puede establecer que existió la prestación personal de un servicio en beneficio de la demandada, desempeñando la actora como último cargo el de asesor del área de coordinación de egresados y prácticas empresariales, sin que la accionada hubiere desvirtuado la presunción de que esos servicios se ejecutaban en virtud de un contrato de trabajo, por el contrario, señala que se puede concluir que los servicios prestados por la demandante lo fueron en atención a una vinculación de carácter laboral, por lo que

acreditada la prestación personal del servicio, se presume la existencia de una subordinación laboral, correspondiendo al empleador desvirtuarla, sin que esta, acreditara que la vinculación entre las partes hubiese obedecido a una contratación diferente a la laboral y si bien en algunos documentos se enuncia que la actora se encontraba vinculada mediante contrato de prestación de servicios, no se evidencia la autonomía e independencia que caracteriza ese tipo de contratos. Aduce que con base en ello, se denota la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1° de noviembre de 2000 y el 17 de noviembre de 2014, según se infiere de las certificaciones expedidas por la demandada. Respecto al salario, menciona que de acuerdo con el contrato de prestación de servicios, certificaciones y comprobantes de pago, se colige que devengó las siguientes sumas: \$800.000 desde el 1° de noviembre del 2000 al 30 de abril de 2001, \$840.000 del 1° de mayo al 31 diciembre del 2001, \$1.700.000 del 1° de enero de 2002 al 28 de febrero del 2003 y \$1.836.000 del 1° de marzo de 2003 al 17 diciembre 2014.

En lo atinente a la excepción de prescripción, manifiesta que dado a que la vinculación laboral culminó el 17 de diciembre de 2014, la accionante elevó reclamación el 19 de enero de 2015 y la demanda la presentó el 10 de septiembre de 2015, se declararan prescritas las prestaciones sociales e indemnizaciones causadas con anterioridad al 19 de enero de 2012 y las vacaciones causadas antes del 19 de enero de 2011, sin que tal medio exceptivo cobije las cesantías, por cuanto las mismas se hacen exigibles a la terminación del contrato de trabajo, como tampoco se ven afectados los aportes a pensión, pues por tratarse de un derecho pensional es imprescriptible.

Sobre el reintegro, asegura que este es improcedente ya que su reclamación se fundamenta en la terminación del contrato de trabajo, sin que se presente alguna de las circunstancias dadas para este tipo de eventos, tales como la estabilidad laboral reforzada, fuero sindical o de maternidad, entre otros. Respecto a las demás prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión se ordenará su pago, excepto la prima de vacaciones la cual no está dada para los trabajadores particulares.

En lo que se refiere a la indemnización por despido injusto, indica que la accionada lo por terminado con fundamento en la cláusula quinta del contrato de prestación de servicios, esto es, que el contrato durará mientras subsistan las causas que le dieron origen, por lo que al establecerse la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, no es posible aceptar esa causal de terminación, concluyendo que se trató de una decisión unilateral del empleador. Finalmente, en cuanto a la indemnización moratoria, señala que la demandada desconocido sin justificación alguna, su obligación legal de reconocer y pagar remuneración y prestaciones sociales causadas a favor por de un trabajador, por el tiempo que esté prestó sus servicios personales, más aún cuando es una relación de más de 14 años, mediante contratos de prestación de servicios, efectuándose una práctica indebida de esta clase de contratación, lo que demuestra la mala fe de la fundación, pese a que asegure que el no pago devino como consecuencia de la intervención del Ministerio de Educación, pues tal circunstancia como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, no la eximia del pago de las prestaciones causadas a favor del trabajador

APELACIÓN

La demandada interpuso recurso de apelación, manifestando que si bien de forma correcta el despacho declaró la excepción de prescripción, es importante indicar que lo dispuesto en los artículos 488 y 489 del CST, frente a la declaratoria del término prescriptivo indica que este es de un término trienal y no cuatrienal, que contempla el artículo 186 de la referida norma, cuando habla de las vacaciones qué si bien indica que las mismas se generan por un término máximo de 4 años, hay que tener en cuenta que ello solo aplica para los trabajadores de dirección confianza y manejo, el cual no es el de este asunto, al igual que ese término se cuenta durante la vigencia del contrato laboral y no la terminación; de ahí que el término prescriptivo que se ha de alegar sea de 3 años contados hasta 2012 y no hasta 2011 como se indica en la sentencia.

Respecto a la sanción de que trata el artículo 65 del CST, sostiene que el Ministerio de Educación a finales de diciembre de 2014, a través de la Ley

1740 y la resolución 1702 del 10 de febrero 2015, ordenó a través de unas medidas de salvamento, suspender los pagos que se habían ocasionado con anterioridad a esa fecha, por lo que al ser intervenida por orden del estado, debe ser eximida del pago de la sanción. Finalmente, refiere que en el evento de existir una supuesta mala fe, la indemnización se debió liquidar del 17 de septiembre de 2014 al 9 o 10 de febrero de 2015, dado que es a partir de la Resolución 1702 del 10 de febrero de 2015, que se ordena la suspensión de los pagos que se hayan generado con anterioridad, la cual, en la actualidad sigue vigente, encontrándose impedida de realizar cualquier tipo de pago.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el término de prescripción de las vacaciones es de cuatro años y si la demandada actuó de buena fe al sustraerse en el pago de las acreencias laborales determinadas a favor de la actora a fin de ser exonerada de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST.

De otro lado, se advierte que como quiera que no se presentó reparo alguno en cuanto a las prestaciones sociales objeto de condena, su monto, como tampoco en lo relativo a la prescripción de estas y a los aportes a pensión, la Sala no se pronunciará al respecto.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que declarada por el a quo en la sentencia de primer grado, en tanto las partes no presentaron reparo alguno al respecto, la cual data del 1° de noviembre de 2000 al 17 de diciembre de 2014, desempeñando como último cargo el de asesora en el área de coordinación de egresados y prácticas empresariales de la demandada.

Tampoco se discute, el salario devengado el cual data de \$800.000 del 1° noviembre y el 1° de abril de 2001, \$840.000 del 1° de mayo al 31 de

diciembre de 2001, \$1.700.000 del 1° de enero de 2002 al 28 de febrero de 2003 y de \$1.836.000 del 1° de marzo de 2003 y el 17 de diciembre de 2014.

Prescripción de las vacaciones

Sobre el tema, el artículo 488 del CST, consagra:

“...Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto...”

Así mismo, el artículo 151 del CPL señala:

“...Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual...”

De donde se colige, que el término prescriptivo es de tres años.

Ahora, en lo que se refiere a las vacaciones, el inciso primero del artículo 187 del CST, establece: *“La época de vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año subsiguiente, y ellas deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador, sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso.”* Luego es claro, que las vacaciones son exigibles un año después de su causación.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 2149 de 2020 y 46704 del del 26 de octubre de 2016 en lo que a la forma de contabilizar el término prescriptivo de las vacaciones se refiere, en esta última, indicó:

“... no se encuentran afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción salvo las vacaciones cuya reclamación implica la pérdida del derecho del trabajador a disfrutar o compensar las correspondientes a los años que excedan de cuatro, pues las mismas son exigibles hasta cuando venza el año que tiene el empleador para concederlas.”

En ese orden de ideas, es claro que para revisar la prescripción de las vacaciones se deben contabilizar 4 años, pues se reitera, son 3 años de prescripción y un año que tiene el empleador para concederlas, por tanto, al haber reclamado la demandante ante la fundación el pago de las prestaciones sociales y vacaciones el 19 de enero de 2015 (fls. 38 a 42), se encuentran prescritas las vacaciones causadas con anterioridad al 19 de enero de 2011, tal y como lo indicó el juzgador de primera instancia.

Indemnización moratoria

Sobre el tema, debe señalarse que estas sanciones son inexorables y automáticas salvo que el demandado demuestre hechos que constituyan buena fe, evento en el cual podrá eximirse de su pago.

Dicho lo anterior, se tiene que el actuar de la accionada no se ajusta a los parámetros eximentes de este tipo de sanciones, pues quedó demostrado que el contrato de prestación de servicios que celebró con la accionante no era más que una forma de ocultar la relación laboral que existió entre las partes, máxime si se acreditó que la actora estaba bajo una labor subordinada, ocupando un cargo que por su esencia, dista de aquella clase de contratos.

Ahora, pese a que la accionada manifieste que el no pago de los emolumentos objeto de condena devino por la intervención efectuada por el Ministerio de Educación, es claro que previo a esa vigilancia la Fundación venía sustrayéndose en el pago de las prestaciones sociales y acreencias a que tenía derecho la actora, tan así, que el contrato culminó antes de la intervención; luego no es de recibo que alegue su propia culpa en beneficio cuando ese hecho aconteció por culpa de la institución dado el mal manejo de sus recursos y cuando el incumplimiento, data de tiempo atrás, sin que se evidencie justificación alguna al respecto, máxime cuando de plano sabía que la accionante se encontraba regida bajo una relación de índole laboral.

De manera que, no existe duda que la accionada debe ser condenada al pago de la indemnización moratoria hasta el día en que efectúe el pago de

las prestaciones sociales objeto de condena, tal y como lo indicó el a quo en la sentencia de primer grado, sin que sea dable ordenar su pago hasta la fecha en que fue intervenida, esto es, febrero de 2015, ya que la intervención no le impide cumplir con sus obligaciones labores y en ese sentido, acceder as lo pretendido, sería avalar su irresponsabilidad en el manejo de sus recursos lo que conllevó, además de la intervención, a efectuar contrataciones alejadas de la realidad con el único fin de sustraerse en el pago de los emolumentos prestacionales de sus trabajadores y de ahí, que deba asumir las consecuencias de actuar de mala fe.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia objeto de alzada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN.

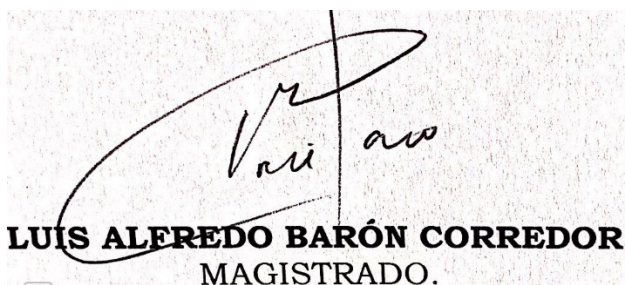
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

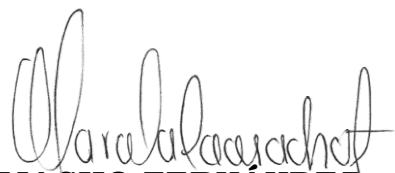
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN, la suma de \$900.000.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – FREDDY ANDRÉS CARDONA CAMPUZANO contra CONEXIÓN LABORAL LTDA Y EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTÁ S.A. ESP – ETB

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **FREDDY ANDRÉS CARDONA CAMPUZANO**, se **declare** que existió un contrato de trabajo de duración de tres meses con CONEXIÓN LABORAL LTDA desde el 7 de diciembre de 2012 hasta el 6 de marzo de 2013 y desde el 7 de marzo de 2013 hasta el 10 de junio de 2010 a término indefinido, el cual culminó sin justa causa y que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTÁ S.A. ESP – ETB como usaria de la empresa de tercerización, es su empleadora directa y responsable del pago de todos los salarios y prestaciones adeudadas. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la ETB y solidariamente a CONEXIÓN LABORAL LTDA al pago de la diferencia salarial desde el 6 de diciembre de 2012 hasta el 10 de junio de 2014, de acuerdo a la escala salarial fijada por la empresa usuaria vigente para cada anualidad, junto con la diferencia por concepto de primas de servicio, vacaciones y demás prestaciones sociales, indemnización moratoria,

indexación de las sumas adeudadas, indemnización por despido injusto, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 86 a 88).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 81 a 86), señaló que con la empresa SOLUCIONES COLOMBIA SAS empresa usuaria de la ETB existió un contrato de trabajo del 18 de abril al 6 de diciembre de 2012 en el que fungió como trabajador en misión para la ETB, desempeñándose como conductor. Refiere que con la empresa CONEXIÓN LABORAL LTDA existió un contrato de trabajo a término fijo del 7 de diciembre de 2012 al 6 de marzo de 2013 y posteriormente suscribió con esta un contrato de trabajo de duración por la obra o labor contratada, el cual se extendió hasta el 10 de junio de 2014, fecha en cual la sociedad terminó el contrato de trabajo sin justa causa. Expone que durante la vigencia de la relación laboral con CONEXIÓN LABORAL LTDA, se desempeñó como conductor transportando personal de planta, equipos y materiales de la empresa usuaria ETB, fungiendo como trabajador en misión. Expone que de acuerdo con la escala salarial fijada por la ETB el cargo de conductor equivale a categoría VII, cuya labor es inherente y propia del objeto social de la empresa de telecomunicaciones. Menciona que la ETB mediante memorandos le daba instrucciones para aparcas los vehículos que conducía de propiedad de esta. Aduce que siempre se le canceló el salario mínimo legal mensual vigente, desconociendo que los trabajadores en misión tienen derecho al salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma función, por lo que se le dejó de cancelar las diferencias salariales a que tenía derecho, sumado a que no disfrutó de vacaciones y estas le fueron canceladas con base en el salario mínimo legal mensual vigente. Señala que el 10 de junio de 2014 fue llamado a rendir versión libre y despedido ese mismo día, como tampoco a la terminación del vínculo se le informó sobre el estado de los aportes a la seguridad social. Finalmente, afirma que el 29 de abril de 2016, solicitó a las accionadas el pago de salarios y prestaciones sociales, sin obtener respuesta alguna.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CONEXIÓN LABORAL LTDA contestó el introductorio (fls. 232 a 250), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 5 a 9, 17, 19 a 21, 28, 29, 34 y 37 y niega y no le constan los demás. Como excepciones de fondo propuso las de justa causa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, compensación y prescripción.

A su turno, la **ETB S.A. ESP** contestó la demanda (fls. 148 a 163), en la que se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 11, 34, 35 y 38 y niega y no le constan los demás. Presentó las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de solidaridad, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, ausencia de causa, compensación y prescripción.

De otro lado, en auto del 1° de diciembre de 2016 (fls. 226 a 228), se admitió el llamamiento en garantía formulado por la ETB y se ordenó la vinculación de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** quien contestó el libelo (fls. 532 a 539), oponiéndose a las pretensiones contenidas en este. Respecto a los hechos, no le constan en su totalidad. Formuló las excepciones de fondo de pago y cobro de lo no debido, ausencia de cobertura de conformidad con el límite temporal establecido en el contrato de seguro, ausencia de solidaridad y prescripción laboral y de las acciones derivadas del contrato de seguros

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 10 de julio de 2018 (CD – fl. 600), **declaró** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por las demandadas y no probada la de inexistencia de solidaridad propuesta por la ETB, **declaró** que entre el demandante y CONEXIÓN LABORAL LTDA existieron dos contratos de trabajo: uno de duración fija de tres meses

entre el 7 de diciembre de 2012 y el 6 de marzo de 2013 y otro por duración de la obra o labor contratada entre el 7 de marzo de 2013 y el 10 de junio de 2014, el cual terminó por justa causa de la empleadora, **declaró** que se dan los supuestos fácticos para declarar solidariamente responsable de las obligaciones emanadas del contrato a la ETB y CONEXIÓN LABORAL LTDA, **absolvió** a las demandadas y a la llamada en garantía de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$150.000.

Fundamentó su decisión, indicando que según la documental allegada al expediente se logra establecer que con la empresa CONEXIÓN LABORAL LTDA existieron dos contratos, uno a término fijo de tres meses del 07 de diciembre de 2012 al 06 de marzo de 2013 y otro, del 7 de marzo de 2013 por duración de la obra o labor contratada que tuvo vigencia hasta el 10 de junio de 2014, siendo contratado el demandante como conductor de vehículo. Refiere que también se aportó copia del contrato identificado con el número 4600012382, celebrado entre la ETB y la sociedad CONEXIÓN LABORAL, cuyo objeto es por obligarse por parte del contratista para con la ETB, a prestar los servicios de conducción a todo costo para vehículos del parque automotor de esta. Sostiene que del certificado de existencia y representación legal de CONEXIÓN LABORAL se tiene como objeto social, la prestación de servicios de outsourcing o tercerización en procesos operativos, financieros, técnicos y comerciales en actividades económicas que allí se mencionan y que se identifican como de servicios en general, entre ellos, según se menciona en el certificado, actividades de transporte terrestre, mediante la labor desarrollada por personas contratadas directamente por la sociedad, coligiendo que tal persona jurídica es, contrario a lo que afirma apoderado que la representa, una empresa de servicios temporales que encaja dentro de lo preceptuado en el artículo 71 de la ley 50 de 1990 y que se define como la que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar de manera temporal en el desarrollo de sus actividades, por lo que atendiendo la naturaleza de la sociedad y que durante la vigencia de esos contratos el accionante se desempeñó como conductor de vehículos de la ETB, es claro que aquella desconoció lo reglamentado en el numeral tercero del artículo 77 de la ley 50 de 1990 y el artículo sexto del decreto 4369 de 2006, ya que excedió el

límite temporal permitido por la ley para la contratación del trabajador, sumado a que durante la ejecución de ese contrato, le fueron encargadas labores que desarrolló en vehículos de propiedad de la empresa de teléfonos, lo que ya de por sí desdibuja ese concepto de outsourcing, entendido este como la responsabilidad y la obligación que tiene el contratista de asumir por su cuenta y riesgos la ejecución de una labor determinada, utilizando para ello las herramientas, bienes y elementos propios de esa actividad que el ofrece, pues los servicios fueron prestados en beneficio y por cuenta de la ETB, de quien se estableció, era la que autorizaba los servicios que tenía que prestar el actor, conforme los memorandos que obran en el expediente, fijando de esa manera las ordenes, directrices y en general, instrucciones propias de la labor que le fue encomendada; luego los servicios que prestó el demandante, si bien lo fueron en ejecución de un contrato celebrado con CONEXIÓN LABORAL en realidad se desarrollaron por cuenta y en beneficio de la ETB, lo que en realidad desdibuja el objeto para el cual la ley le permite la celebración del contrato de tercerización. Señala que la verdadera empleadora fue la empresa de teléfonos, encontrándose acreditados los supuestos fácticos y jurídicos para concluir que se está, frente a uno de los supuestos de la solidaridad que encaja en los artículos 35 y siguientes del CST.

Sobre la nivelación salarial y reliquidación de acreencias laborales, refiere que se aportó copia de las tablas salariales, en las que se consignan los factores de la curva salarial expedida por la ETB y que consagra los valores o factores que tenía en cuenta la demandada para fijar las escales salariales, sin que de la lectura de la misma se extraiga cuales son los parámetros a tener en cuenta para su aplicación y menos, a cuál de los gradas que se indican allí, corresponde al cargo de conductor que era el que ocupaba el demandante, adicional a que la demandada en la contestación de la demanda, señaló que a los trabajadores a los que se les aplicaba la misma, debían pagar la cuota sindical, lo que indica que debían ser sindicalizados; circunstancia esta que no fue objeto de debate, por lo que le correspondía al demandante demostrar el grado de conductor con el cual pretendía equipararse, pues no se demostró que cumpliera alguno de los grados que allí se establecen.

Finalmente, respecto a la terminación del contrato, sostiene que del análisis de la diligencia de descargos, se extrae que el accionante aceptó la omisión en el cumplimiento de sus obligaciones, tales como el no portar el vestido y calzado que le fue asignado como dotación, el negarse a presentar una prueba de conducción solicitada por la ETB y el no presentarse a la hora indicada; demostrando la demandada las justas causas que dieron origen a la culminación del vínculo.

APELACIÓN

La demandada CONEXIÓN LABORAL LTDA interpuso recurso de apelación, en lo que la solidaridad se refiere, manifestando que existió un error en la sentencia al considerar que la sociedad es una temporal, pues la legislación colombiana establece una serie de condiciones para poder fungir como tal, sin que la empresa ostente tal calidad, pues diferente es que el objeto social le permita efectuar el outsourcing esto es, prestar personal para los servicios de transporte y ello no quiere decir que se trate de una intermediadora o temporal, pues colocar en el objeto social que ejecuta las actividades allí descritas no le da automáticamente esa condición, como lo interpretó el despacho, sumado a que para ser una temporal, debe indicarse así en el certificado de existencia y representación legal, por lo que al no ser un temporal, no se puede hablar de un trabajador en misión. Finalmente, menciona que logró probar, que su objeto social es la prestación de servicios de conductores, lo cual no pertenece al giro ordinario de las actividades de la ETB, tan así, que el Ministerio de Trabajo emitió un concepto dada la denuncia del sindicato de la empresa de teléfonos, en el que indicó que entre las aquí demandadas no existió una intermediación laboral, de ahí que no se pueda hablar de una solidaridad en las obligaciones laborales con los trabajadores que contrató la sociedad para prestar el servicio en la ETB.

CONSULTA

El demandante no apeló la decisión, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los

términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si entre el demandante y la ETB existió un contrato de trabajo en virtud de la intermediación o temporalidad derivada de los contratos de trabajo suscritos con CONEXIÓN LABORAL LTDA y si como consecuencia de ello, tiene derecho a la nivelación salarial conforme a la curva salarial fijada por la ETB, específicamente para el cargo de conductor, junto con la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones y si el contrato de trabajo culminó sin justa causa.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre el demandante y CONEXIÓN LABORAL LTDA, lo cual fue aceptado por esta en la contestación de la demanda, además de haber sido declarada por el a quo, sin que sobre este aspecto se presentara reparto alguno, de donde se colige, que el señor FREDDY ANDRÉS CARDONA CAMPUZANO laboró al servicio de la demandada mediante dos contratos de trabajo, el primero a término fijo por tres meses desde el 7 de diciembre de 2013 hasta el 7 de marzo de 2013 (fls. 289 a 291, 138 y 337) y el segundo, por duración de la obra o labor contratada, del 7 de marzo de 2013 al 10 de junio de 2014 (fls. 292 a 296 y 342), en los que se desempeñó como conductor en virtud del contrato de prestación de servicios celebrado entre aquella y la ETB.

Ahora, en lo que se refiere al vínculo laboral con la ETB S.A. ESP, se tiene que a folios 173 a 175, aparece copia del contrato de 4600012382 del 5 de diciembre de 2012, suscrito entre la ETB y CONEXIÓN LABORAL, el cual tiene por objeto:

“El CONTRATISTA se obliga para con ETB a prestar los servicios de conducción a todo costo para vehículos del parque automotor de ETB tales como camionetas (cabinadas, doble cabina, con wincher, con brazo hidráulico, con gancho y/o canasta, con capacete, platón,

estacas, furgón, pick-up), camperos, volquetas (con wincher, con elevador hidráulico), van, microbuses, camiones y montacargas entre otros, en Bogotá y eventualmente en Villavicencio y Girardot.”

Contrato este en virtud del cual, como se dijo, CONEXIÓN LABORAL contrató al demandante, para prestar los servicios de conductor en las instalaciones de la ETB, condiciendo los vehículos de propiedad de esta.

En cuanto a la forma que desarrolló el actor sus labores en la ETB, a folios 44 y 45 se evidencian memorandos en los que dicha empresa le comunica a la vigilancia de los parqueaderos donde estaciona sus vehículos, que el demandante a quien llama funcionario está autorizado a aparcar en ese lugar, con un horario laboral de 7:00 a 18:00 horas. Así mismo, en los folios 338 a 340 obran correos electrónicos en los que la Gerencia Administrativa de la ETB – apoyo logístico parque automotor, solicita a CONEXIÓN LABORAL el cambio del accionante, manifestando que no se presenta a las horas indicadas y al hacérsele la observación, responde altanero y alza la voz.

Actuaciones estas que denotan que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, ejerció actos de subordinación para con el demandante, como llamados de atención, al igual que lo trataba como un funcionario de la empresa al manifestar tal calidad ante terceros.

Bajo ese entendido, se tiene que el artículo 35 del CST, señala:

“SIMPLE INTERMEDIARIO.

- 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 hiciera así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.”

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del objeto social de CONEXIÓN LABORAL (fls. 4 a 6), se desprende que la misma presta servicios de outsourcing o tercerización en procesos financieros, operativos, administrativos, técnicos y comerciales entre otros en áreas de transporte terrestre, mediante la labor desarrollada por personas contratadas directamente por la sociedad, al cual tiene respecto de estas la calidad de empleador, lo cierto es que, actuó como intermediaria entre la contratación del demandante con la ETB y no como una empresa de servicios temporales, según lo indicó el a quo en la sentencia apelada, pues dentro de su objeto social no se encuentra el suministro de trabajadores en misión.

Lo anterior, debido a que como se explicó, la subordinación provenía de la ETB, además, los elementos de trabajo como el vehículo eran de propiedad de esta, al igual que los parqueaderos en donde se guardaba la camioneta que manejaba, siendo la actividad de conducción una labor conexas e inherente al objeto social de la ETB, pues para el desarrollo del mismo como lo es prestación y organización de actividades de telecomunicaciones, es necesario contar con el transporte y para ello, con las personas que conduzcan los vehículos de su propiedad como el en caso del actor, al punto, que la empresa tenía conductores de planta.

De donde se colige, que la demandada CONEXIÓN LABORAL fungió como intermediaria y la ETB como verdadero empleador del actor, siendo aquella responsable solidariamente de las prestaciones que se generen en favor del accionante.

Nivelación salarial

Pretende el demandante el pago de la diferencia salarial entre lo que CONEXIÓN LABORAL le canceló como salario y lo que devengaba un conductor en la ETB, el cual, conforme a la escala salarial establecida por la Vicepresidencia Financiera de la entidad, equivale a la categoría o grado VII.

Al respecto, se tiene que a folios 50 a 52, aparece copia de la curva salarial establecida por la ETB para los años 2009 y 2013, en el que clasifican los salarios por categorías y niveles, empero, en la misma no se indica a que cargos corresponde cada uno, de ahí que no se tenga certeza si el de conductor pertenecía a la categoría VII, tan así, que no se indica tampoco a que nivel correspondía.

Siendo ello así, correspondía al demandante en virtud del artículo 167 del CGP, demostrar en que categoría y nivel de la escala salarial, se encontraba el cargo de conductor, sin que para ello, pueda tenerse en cuenta la certificación aportada en el trámite de la apelación, pues la misma es extemporánea y si en gracia de discusión, de le adujera valor probatorio alguno, con ella tampoco se logra acreditar su dicho, pues la misma hace alusión a los salarios de enganche, de conformidad con la cláusula 8ª de la convención colectiva de trabajo 1988 – 1989, para el cargo de conductor auxiliar de equipo de succión y limpieza, el cual difiere de la labor del accionante, en tanto el mismo no tenía a su cargo la conducción de ese tipo de vehículos, sumado a que tales salarios, se salen de la orbita de la curva salarial cuya nivelación se pretende.

Aunado a ello, nada se dijo respecto de los parámetros a tener en cuenta a fin de establecer la categoría y nivel al cual pertenece el cargo de conductor, de ahí, que no sea dable partir de la simple afirmación del demandante, para colegir que, en efecto, ese cargo hace parte de la categoría alegada por el accionante.

De manera que, al no existir nivelación salarial alguna, este Tribunal se releva del estudio de la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, junto con la indemnización moratoria, en la medida que estas dependían de la nivelación deprecada.

Terminación del contrato

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP y lo dicho al respecto por la Corte Suprema de Justicia, corresponde al trabajador probar el

despido y al empleador la justa causa para darlo por terminado y en tratándose de renuncia del trabajador por causa imputable al empleador, corresponde aquel demostrar las causas que motivaron su desvinculación.

Así mismo, el parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 ambos del CST, establecen que la parte que termina el contrato de trabajo debe manifestar a la otra al momento de la extinción del vínculo, la causal o motivo de esa determinación, sin que con posterioridad puedan alegarse motivos o causales distintas.

En efecto, se tiene que a folios 38 y 39 del expediente, obra copia de la carta de fecha 10 de junio de 2014 mediante la cual CONEXIÓN LABORAL da por terminado el contrato de trabajo del actor, alegando como justa causa, el hecho de presentarse a trabajar el 6 de junio de 2014 a horas no indicadas y al realizársele las observaciones, contestó en forma altanera y en un tono de voz alto, según lo informado por la ETB. El 5 de abril de 2014 se negó a presentar el examen de conducción solicitado por la ETB y el 16 de abril de 2014, portaba ropa que no iba de acuerdo con la labor de conductor, en tanto no vestía los pantalones y botas de dotación, sin tener en cuenta el riesgo que genera el calzar tennis.

Circunstancias estas por las cuales el actor fue llamado a descargos, cuya diligencia se llevó a cabo el 10 de junio de 2014 (fls. 53 a 55), en la que el actor aceptó que el 16 de abril de 2014 no portaba las botas y pantalón de dotación, las primeras por olvido y el segundo inicialmente, refiere que por desgaste y luego indica que lo estaba lavando. En cuanto al examen de conducción programado para el 5 de abril de 2014, refiere que no asistió porque tenía un compromiso de índole personal y respecto al percance del 6 de junio de 2014, sostiene que el ingeniero de la ETB manifestó su inconformidad porque él no firmó la planilla del día anterior y al encontrarse molesto, no le gusto la respuesta que le dio respecto a que lo invitaba a realizar las investigaciones pertinentes de las planillas.

De lo anterior se colige, que el actor incumplió con sus obligaciones de conformidad con el numeral 1° del artículo 58 del CST, en concordancia con

los artículos 4 y 5 del contrato de trabajo, estos últimos relacionados con el uso de la dotación, el respeto a los superiores y compañeros de trabajo y el acatamiento de órdenes.

Lo anterior, teniendo en cuenta que de las respuestas dadas por el demandante se desprende, además de la forma cortante y desinteresada en que las brindó, que pese a que tenía programado el examen de conducción con antelación, no asistió al mismo aduciendo compromisos personales de lo cual, no comunicó a la empresa, sabiendo que dada su actividad, dicho examen era vital para el ejercicio de la misma y en cuanto al suceso del 6 de junio de 2014, del correo electrónico de folio 340, se evidencia que el ingeniero de la ETB hace alusión a que el accionante le contestó de mala gana cuando se le hizo la observación por llegar a horas inadecuadas, evidenciándose según la diligencia de descargos, que este no le respondió al funcionario lo preguntado por este, en sentido de explicar por qué se su actuar, en tanto le contestó de manera arrogante al decirle que investigara, cuando en la aludida diligencia aun cuando se le preguntó dos veces, explicó de manera superficial los motivos que dieron lugar a que no firmara la planilla y lo que según él, dio lugar a que el funcionario de la ETB se molestara.

De suerte, que en virtud del numeral 6° del artículo 62 del CST, el demandante incurrió en una justa causa para que la demandada diera por terminado el contrato de trabajo, pues no justificó su actuar frente a los hechos endilgados como justas causas y que, fueron aceptados por parte de este en la diligencia de descargos, al punto, que en los hechos de la demanda, no hizo alusión alguna al respecto, habida cuenta que no mencionó ningún aspecto relacionado con los argumentos dados por la accionada para culminar el vínculo.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Sin costas en esta instancia.

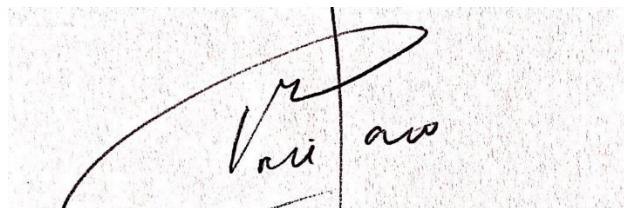
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

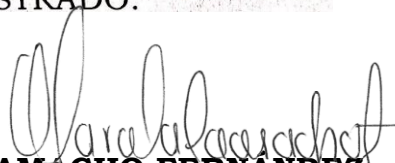
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

