

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 ANTONY SALAZAR ARIAS CONTRA JORGE ISAAC CLAVIJO REY y JHON JAIRO CORRALES OSPINA

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 **JOSÉ ANTONY SALAZAR ARIAS** se **declare** que existió un contrato laboral con los demandados en la modalidad de término fijo inferior a un año desde el 10 de agosto de 2015, se **declare** que la terminación del contrato se dio de manera unilateral y sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a los demandados a la indemnización por despido sin justa causa, se **condene** al pago de las prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, se **condene** a la indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales, se **condene** al pago de las incapacidades, con ocasión al accidente sufrido en la ejecución del contrato trabajo, se **condene** al pago de aportes a seguridad social pensión, ARL, parafiscales y salud dejados de realizar, se **condene** a la indemnización de 180 días de salario de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se **condene** al reembolso de los gastos médicos en que tuvo que incurrir y se **condene** al pago de costas del proceso (fls. 3 y 86 a 87 reforma de la demanda).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan de fls. 2 a 3 del plenario en donde se señaló que el día 10 de agosto de 2015 suscribió un contrato laboral con los demandados para desempeñarse en el cargo de oficial de obra, que el lugar donde se ejecutó la labor fue en la carrera 94B No. 61 -67 sur de la ciudad de Bogotá, que la remuneración pactada correspondió a la suma \$50.000 por día, que el día 15 de octubre de 2015 sufrió un accidente de trabajo cayendo de un andamio colgante que estaba ubicado en la parte externa de la obra, cayendo en el segundo piso, siendo auxiliado por los demás compañeros de la obra, que a pesar de tal suceso, ni el propietario, ni el maestro de la obra lo mandaron para el médico, al contrario ese día tuvo que laborar hasta las 5:00 p.m., que al día regresó nuevamente a sus labores, pero sus dolencias no lo dejaron continuar por lo que su empleador le dijo que se devolviera a su casa a descansar, decidiendo ir al médico particular, teniendo que pagar las consultas médicas y procedimientos de su propio bolsillo, siendo diagnosticado con trauma de tórax en reja costal derecha 7 y 8, que sus ex empleadores se han negado a recibir las incapacidades médicas a pesar de su insistencia, la incapacidad corresponde desde el 16 de octubre al 30 de octubre de 2015, que debido a su estado de salud y al no tener ingresos económicos puedo volver donde su médico tratante hasta el 25 de noviembre de 2015, quien le concedió nuevamente una incapacidad médica por 15 días, hasta el 9 de diciembre de 2015, que la obra donde trabajaba se encuentra inconclusa y han transcurrido 4 meses desde su vinculación, que a la fecha se encuentra desvinculado laboralmente y no percibe ningún ingreso de dinero para costear su tratamiento médico.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El señor **JORGE ISAAC CLAVIJO REY** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos no reconoce ninguno de estos, propuso como excepciones de fondo inexistencia del contrato, inexistencia de la obligación, culpa exclusiva del demandante en su actuar como ayudante de obra, exoneración de responsabilidad del demandado, carencia legítima de causa por la demandada, cobro de lo no debido e innominada (fls. 56 a 66).

El señor **JHON CORRALES** contestó a través de curador ad litem quien manifestó no constarle ninguno de los hechos de la demanda y propuso como excepciones prescripción e innominada o genérica (fls. 83 a 85)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de evacuadas las etapas propias del proceso, el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, **absolvió** a los demandados de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la parte actora (CD fl.147)

Como **argumento de su decisión**, la *a quo* sostuvo que el demandado JORGE ISAAC CLAVIJO REY había aceptado en su interrogatorio de parte haber efectuado una construcción en su predio donde desarrollaba su actividad económica de ventas de carnes, sin embargo, argumentó haber contratado en forma verbal al señor John Corrales toda la ejecución de la obra, razón por la cual no tuvo contacto con las personas que trabajaron con él y consecuencia señaló no haber conocido al demandante, como tampoco haber conocido del accidente que sufrió en sus instalaciones.

Adicionalmente, señala la *a quo* que el señor JORGE ISAAC CLAVIJO REY informó que no tenía conocimiento sobre la desvinculación del demandante, por cuanto el señor JOHN CORRALES le incumplió con lo pactado desapareciendo con los materiales cuando la obra aún no había sido terminada, razón por la cual debió suspender la construcción. Refirió también la sentenciadora que a fin de establecer si se dieron los elementos constitutivos del contrato, se tenía que el actor únicamente había aportado al proceso constancias de asistencia médica durante los días 16 y 20 de octubre, 23, y 25 de noviembre del año 2015 y una copia del certificado de tradición del bien inmueble que se registra a nombre del demandado Clavijo Rey, por su parte el demandado había allegó recibos de pago correspondientes a la mano de obra a favor del señor John Corrales.

Concluyendo la sentenciadora que no quedó acreditada la existencia de una relación contractual entre el señor José Salazar y los demandados, toda vez que no se tiene certeza de los hechos esgrimidos en la demanda, ya que no se evidencia la prestación personal del servicio del actor, tampoco que hubiere existido subordinación alguna por parte de los demandados o prueba alguna de un pago, motivo por el cual decidió absolver a los demandados de las pretensiones incoadas en la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada sustentó su recurso de apelación manifestando se tenga en cuenta la contestación de los hechos de la demanda a través del cual se aceptaron los

hechos octavo y noveno, además se tengan en cuenta las fórmulas médicas allegadas al proceso, que en el hecho noveno se reconoció que el actor cayó al segundo piso de la obra, en consecuencia con esta confesión queda demostrado dentro de este proceso la existencia de un contrato laboral entre los demandados y el demandante, que da lugar a que sean reconocidas las pretensiones de la demanda, como la indemnización por despido sin justa causa y el pago de los 180 días de salario establecido en el artículo 26 Ley 361 de 1997 y la sanción moratoria, así como, prestaciones sociales, aportes a seguridad social, pago de incapacidades y reembolso de gastos médicos.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Debe la Sala determinar si entre las partes existió un contrato laboral entre el 10 de agosto al 15 de octubre de 2015, en caso afirmativo si hay lugar al reconocimiento y pago a las pretensiones solicitadas en la demanda.

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.

En el presente asunto, la Juez de primera instancia consideró que no se logró probar por parte del actor la prestación personal del servicio con los demandados, teniendo en cuenta en su integridad el material probatorio aportado al plenario, en consideración a su decisión y revisadas las pruebas allegadas, esta Sala de decisión difiere de ello, por cuanto de la declaración rendida por el demandado JORGE ISAAC CLAVIJO REY y el testimonio del **FABIÁN ERNEY CAMELO**, se pudo comprobar que en efecto el actor prestó sus servicios como obrero en la construcción que se realizó en las instalaciones de propiedad del señor JORGE ISAAC CLAVIJO REY, labor que fue contratada por parte del señor JHON CORRALES, teniendo en cuenta dicho relato se logra establecer que la labor fue contratada directamente por este último.

Aduce, también el señor JORGE ISAAC en su interrogatorio de parte que la obra consistió en un demolición y una construcción la cual estaba a cargo del señor JHON CORRALES, quien se encargó a su vez de contratar las personas que se requerían para su ejecución, estando entre ellos el demandante, indica que el contrato celebrado con el señor JHON CORRALES se hizo de manera verbal y que la obra no se terminó por cuanto el señor CORRALES no volvió y se llevó todo el material, también afirma que nunca tuvo contacto directo con el señor JOSÉ ANTONY SALAZAR. De otro lado, el actor manifestó en su declaración que el único contacto que tuvo con el señor JORGE ISAAC CLAVIJO REY fue cuando le manifestó que era uno de los mejores trabajadores que tenía JHON y que nunca recibió un pago directo de su parte.

Teniendo en cuenta lo expuesto es evidente la prestación personal del servicio del actor a favor del señor JHON CORRALES, sujeto que también se encuentra como parte demandada dentro del presente litigio, sin embargo, a pesar de haber sido notificado del líbello demandatorio como se observa a folios 45 a 46, en donde se deja constancia que la persona a notificar sí reside en el domicilio indicado, este decide no comparecer al proceso, lo cual dio lugar a que se tuviera que nombrar curador ad litem para su defensa, demostrándose con ello su voluntad de no querer comparecer al proceso, lo cual trajo como consecuencia el no lograr desvirtuar los elementos del contrato de trabajo, situación que no tuvo en cuenta la Juez de primera instancia, por consiguiente, no cabe duda de la relación laboral que existió entre el actor y el señor JHON CORRALES.

Ahora, si bien no fue solicitado como tal en la demandada, se entiende que al ser demandado el señor JORGE ISAAC CLAVIJO REY se entendería que lo perseguido consistía en que fuera condenado de manera solidaria al ser el beneficiario de la obra contratada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del CPTSS, normatividad que dispone que existe solidaridad entre el beneficiario de la obra o del servicio y el contratista independiente, en relación con las obligaciones laborales de los trabajadores de éste, siempre que las actividades contratadas tengan una relación directa con aquellas que se derivan del giro ordinario de sus negocios, frente a lo cual refirió el demandado en el escrito presentado el día 11 de abril de 2018, ante el Juzgado (fl.118) que el señor JHON CORRALES fue contratado como maestro de obra para construir 3 pisos, uno como comercial y dos como apartamentos, en su interrogatorio manifestó que tiene un negocio de carnes, pero nada dice que ese mismo se encuentre en el local comercial al que hace alusión, para resolver es pertinente resaltar que no siempre las actividades normales de las empresas comparadas o de la dueña de la obra

y la actividad del trabajador, deben ser iguales, sino que lo que debe demostrarse es que las actividades desplegadas no sean extrañas, tal y como lo ha tenido por sentado la CSJ Sala de Casación Laboral en sentencia SL 1466 del 21 de abril de 2020, radicado 73489, en la cual dijo:

*“Sin embargo, encuentra la Sala, que el Tribunal sí limitó los efectos de la normativa en referencia, como lo denunció la censura, al pasar por alto que, para la determinación de la solidaridad pretendida, esta Corporación ha orientado que es menester **acudir al criterio de conexidad o complementariedad de las actividades laborales y comerciales de las personas jurídicas, involucradas en la relación contractual, escenario en el que no bastaba remitirse a los objetos sociales involucrados, como lo hizo la segunda instancia, sino a las condiciones reales de desarrollo de la relación comercial o de la cadena productiva de los sujetos del contrato de obra.***

*Así se dice, porque aunque también se ha considerado, que para que opere la solidaridad, no es suficiente con que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, sino que aquella constituya «[...] una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social [...]», como lo acotó la Sala en la sentencia CSJ SL14692-2017 o, en otras palabras, que «[...] la labor constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico», como se dijo, en la CSJ SL4400-2014, **ello no implica, como al parecer lo entendió el Juez de la apelación (al hallar extraño a la explotación hotelera de la dueña de la obra, las labores de estuco de un inmueble de su propiedad, dedicado a esa función), que las actividades normales de las empresas comparadas o de la dueña de la obra y la actividad del trabajador, deban ser iguales.***

En efecto, la normativa en cita, solamente exime de la responsabilidad solidaria al beneficiario de la obra o servicio allí prevista, se reitera, cuando la labor contratada es ajena a las actividades normales de su empresa o negocio, por ende, si la tarea guarda relación con el objeto social del empresario, es conexa o complementaria, surgen las consecuencias previstas en esta disposición legal.

*De ahí que, se agrega, la **labor específica encomendada al contratista o al trabajador, tampoco requiere estar inserta en el objeto social de la primera, pues conforme lo ha decantado la jurisprudencia, para que opere la garantía en comento, se requiere únicamente que exista relación, conexidad o complementariedad entre las actividades propias y ordinarias del empresario beneficiario del servicio y las ejecutadas por el contratista y sus trabajadores.***

(...)

Y, en la sentencia CSJ SL695-2013, lo siguiente:

*Importa anotar que si bien es cierto que la recolección de bagazo no forma parte del objeto social del ingenio demandado, que la actividad comercial del contratista JOSÉ LUIS ESCOBAR CORRALES era la de suministrar “mano de obra” y que las actividades comerciales de los demandados eran distintas, dichas circunstancias no son determinantes, al momento de establecer la responsabilidad solidaria de que trata el artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo, **pues lo que interesa para el efecto no es que los objetos sociales o actividades comerciales del contratista independiente y del beneficiario de la labor sean similares, sino que lo que importa es la conexidad que exista entre las labores desarrolladas por uno y otro**”. (subrayado y negrilla fuera del texto original).*

Entendiéndose entonces que este caso sí existe conexidad entre la obra contratada y el giro ordinario del negocio del beneficiario de la obra, pues la actividad principal por la que fue contratado el señor JHON CORRALES y que su vez contratada la mano de obra del señor JOSÉ ANTONY SALAZAR, consistía principalmente en la construcción de 3 pisos, no demostrándose que esta fuera una actividad ajena a las actividades propias del negocio del beneficiario de la obra, pues seguramente con la construcción del mismo perseguía recibir beneficios económicos, guardándose así relación con este objeto principal, cabe resaltar también que una persona natural o jurídica puede ejercer varias actividades con las cuales puedan existir vínculos laborales, sin que necesariamente la actividad principal que éste realice en diario vivir deba tener conexión con todas las demás actividades en que se contrate a terceras personas, pues tan solo basta con demostrar que la actividad por la cual se está contratando, que es en este caso es la construcción tenga conexión con la labor prestada, que en el caso del demandante fue la mano de obra para realizar la misma, por lo tanto, es evidente que el actor no realizó labores extrañas a favor del beneficiario de la obra, pues se reitera el objeto como tal del negocio es la construcción de 3 pisos.

Por lo anterior, habrá de **condenarse** al demandado JORGE ISAAC CLAVIJO REY como solidario responsable de las obligaciones derivadas por la labor desplegada por el actor, por ser el beneficiario de la obra contratada.

Extremos laborales y salario

En cuanto a los **extremos laborales** refiera la parte actora que inició sus labores el día 10 de agosto de 2015 y que no volvió a laborar a partir del 15 de octubre de 2015, momento en que ocurrió el accidente de trabajo del que hace alusión en el escrito de demanda, por cuanto estuvo incapacitado durante el tiempo subsiguiente y posteriormente, no fue llamado a seguir ejerciendo la labor contratada, como pruebas de su versión obra la contestación de la demanda por parte del señor JORGE ISAAC CLAVIJO REY y su declaración de parte, en donde se desprende que para dicha época sí se realizó una obra en sus instalaciones y que el actor hizo parte de esta como se puede ver de los hechos 6 y 9 (fls. 57/58), en cuanto al extremo final se cuenta con la incapacidad médica del actor que milita a folio 10 la cual inició el 16 de agosto de 2015, que correspondió a 15 días, a folio 22 obra otra incapacidad que inició el 25 de noviembre de 2015 también por 15 días, relacionada con la misma enfermedad, si bien existió un lapso en el cual no existió incapacidad médica, según la información suministrada por el actor ello se debió a que no puedo volver a su médico tratante por no contar con recursos para ello, lo cual tan solo lo pudo hacer el 25 de noviembre de

2015, momento para el cual nuevamente fue incapacitado por las mismas dolencias como consecuencia de la caída que tuvo en la obra, por lo que esta última finalizó el 9 de diciembre de 2015, entendiéndose entonces que fue a partir de ese momento en que se dio por terminada la relación laboral.

En tal medida, se concluye que el vínculo laboral que ató a las partes se dio entre el **10 de agosto al 9 de diciembre de 2015** a través de un **contrato a término indefinido** ya que no existe constancia de que se hubiere celebrado a término fijo inferior a un año como se dice en la demanda, por lo que al haber sido un acuerdo verbal se entiende que lo fue a término indefinido, pues no existe otra prueba que certifique lo contrario.

En relación a los **salarios**, indica que el demandante en el hecho 5 de la demanda que se le cancelaba la suma de \$50.000 diarios pagaderos en semanas acumuladas los días sábados, sin embargo, frente a tal afirmación no existe constancia alguna, por lo que se reconocerá como salario el SMLMV.

Acreecias laborales y prescripción

Previo a entrar a establecer las condenas respecto de las acreecias laboral legales, es necesario estudiar la **excepción de prescripción** la cual fue propuesta a través de curador ad litem, para lo cual habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la S.S., normatividades que establecen que el actor cuenta con 3 años para demandar o para interrumpir el término prescriptivo, al respecto se tiene que la relación laboral finalizó el **9 de diciembre de 2015**, a folio 27 se encuentra acta individual de reparto en la cual se indica que la demanda fue presentada el día 11 de diciembre de 2015, lo cual prueba que no alcanzó a operar el término prescriptivo.

En cuanto a las acreecias, solicita el actor “*el pago de las prestaciones sociales derivadas del contrato*”, de lo cual se puede deducir que corresponde a las vacaciones, primas, cesantías e intereses a las cesantías, teniendo en cuenta que no obra constancia de que efectivamente se hubieren pagado, se condenará al demandado JHON JAIRO CORRALES OSPINA y solidariamente al señor JORGE ISAAC CLAVIJO REY a las siguientes sumas y conceptos:

Cesantías: \$212.993,47

Intereses a las cesantías: \$8.448,74

Primas: \$212.993,47

Vacaciones: \$109.497

DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL.

Pensión – Como quiera que de conformidad con el art. 15 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el art. 3 de la Ley 797/2003) son afiliados en forma obligatoria al sistema general de pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo, y que el artículo 17 ibídem dispone la obligatoriedad de las cotizaciones al régimen del sistema general de pensiones, al encontrarse acreditado el vínculo laboral entre la demandante y el demandado JHON JAIRO CORRALES OSPINA, como fue indicado al inicio de esta decisión, era obligación de éste la afiliación del ex trabajador al sistema general de seguridad social en pensiones, por lo que será condenado a realizar el consecuente pago de reserva actuarial que determine el fondo de pensiones donde se encuentre afiliado el señor JOSÉ ANTONY SALAZAR ARIAS del periodo comprendido entre el 10 de agosto al 9 de diciembre de 2015 para lo cual se tendrá como IBC el SMLMV que para la fecha correspondía a la suma de \$644.350, obligación que también estará a cargo del señor JORGE ISAAC CLAVIJO REY como responsable solidario.

Salud – incapacidades, reembolso de gastos médicos y riesgos laborales – En relación con esta temática, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que al trabajador no le es dable solicitar que se le cancelen directamente los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador. Además, tal y como fue indicado en sentencia SL 3009-2017 del 15 de febrero de 2017, *“lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales, es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos.”*

Sobre este punto, se tiene que el señor JOSÉ ANTONY SALAZAR indica que estando ejerciendo su labor, sufrió un accidente cayendo de un andamio que estaba ubicado en la parte externa de la obra, lo cual le ocasionó un golpe en su costilla a lado derecho, hecho que como bien ya se ha dicho fue aceptado por el señor JORGE ISAAC CLAVIJO REY, al reconocer que el señor JHON CORRALES le hizo un comentario de que uno de sus ayudantes había sufrido un percance en la obra, situación que no era de lamentar, toda vez que se habían tomado las medidas necesarias para que no ocurriera ningún imprevisto, pero que desafortunadamente por culpa exclusiva del demandante no había tomado las precauciones debidas causándose las lesiones que padece, con esta versión se comprueba la existencia del accidente al que hace referencia el demandante y que se constata con las incapacidades médicas y exámenes médicos que aparecen a folios 10

a 26 del expediente, por ello se condenará al demandado y solidariamente al señor JORGE ISAAC CLAVIJO REY a la suma de **\$143.000** que corresponde a incapacidades y gastos médicos que tuvo que incurrir el actor como consecuencia del accidente mencionado y que se soportan con las documentales que se encuentra a folios 23 a 26.

Sanción prevista en el artículo 26 Ley 361 de 1997

Frente a esta sanción, ha establecido la máxima Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia SL1360 de 2018, que en relación con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, *“no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio»*. Por ello, *«la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador»* y, en tal escenario, ante la existencia de una justa causa, el empleador se encontraba relevado de acudir ante el inspector de trabajo.

Para lo cual debe tenerse en cuenta si el empleador despidió al demandante por su estado de salud, de lo señalado por señor JORGE ISAAC CLAVIJO REY en su contestación a la demanda tal y como se ha venido sustentando en el trascurso de la presente decisión, es claro que el señor JHON JAIRO CORRALES en efecto conoció del accidente sufrido por el actor estando ejerciendo su labor y la incapacidad médica que ello le generó. No obstante, no es posible ordenar condena alguna por este concepto, pues el demandante arguyó en su escrito de demanda que tuvo dos incapacidades médicas y que la misma finalizó el 9 de diciembre de 2015, sin que se lograra probar que una vez terminó esta regresara de nuevo a sus labores y fuera despedido por su condición de salud, de manera que no queda probado que haya existido una actuación discriminatoria a raíz de sus padecimientos de salud por parte de su empleador, motivo por el cual serán absueltos los demandados en relación a este concepto.

Despido sin justa causa.

Frente al particular, ha de indicarse que en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha referido sobre la carga demostrativa a la que se somete cada una de las partes en discusión sobre la legalidad

o justeza de la terminación del contrato laboral y ha sostenido que la demostración del despido le corresponde al actor y la justificación o comprobación de las causales o hechos que motivaron la decisión, le corresponden a la demandada.

Como bien se mencionó en el acápite anterior, en el presente asunto no se encuentra plenamente acreditada las razones del despido, pues si bien el actor alude que una vez sufrió el accidente de trabajo estuvo incapacitado hasta el 9 de diciembre de 2015, era su deber como trabajador la reincorporación a su lugar de trabajo una vez finalizó dicha incapacidad, sin que exista constancia de ello, de manera que no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, por lo tanto, habrá de absolverse al demandado de la indemnización solicitada.

Indemnización del art. 65 CST

En lo referente a esta indemnización, es criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas prestaciones, goza de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena fe que guiaron la conducta del empleador, tal y como lo ha indicado en sentencias SL 35414 – 2009, SL16572 de 2016 y SL-11436 de 2016, entre otras.

Así las cosas, para determinar si hubo buena fe en la actuación del empleador, se deben considerar los elementos y las circunstancias existentes al momento de la finalización del vínculo laboral, que se supone es el momento en que el empleador debe satisfacer las obligaciones económicas que tiene con el trabajador, tal y como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 08 de abril de 2008 con radicado No. 29999, posición reiterada en sentencia del 24 de enero de 2012, expediente No. 37288.

En el caso concreto, la buena fe no fue demostrada, pues no se acreditaron las razones de su incumplimiento en el pago de las acreencias laborales ni tampoco justificó su comportamiento, motivo por el cual le incumbe a la parte demandada el reconocimiento de la indemnización moratoria en la suma de **\$21.478,33** pesos diarios a partir del 10 de diciembre de 2015 y hasta que se haga efectivo su pago, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 65 del CST.

COSTAS:

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

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: REVOCAR parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato laboral entre el demandante JOSÉ ANTONY SALAZAR ARIAS y el demandado JHON JAIRO CORRALES OSPINA a través de un contrato a término indefinido, el cual se ejecutó entre el 10 de agosto al 9 de diciembre de 2015, devengado como salario el SMLMV que para dicha data ascendía a la suma de \$644.350, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

TERCERO: CONDENAR al demandado JHON JAIRO CORRALES OSPINA y solidariamente al señor JORGE ISAAC CLAVIJO REY a los siguientes pagos y conceptos:

Cesantías: \$212.993,47

Intereses a las cesantías: \$8.448,74

Primas: \$212.993,47

Vacaciones: \$109.497

Rembolso gastos médicos e incapacidades: \$143.000

Indemnización moratoria: la suma de \$21.478,33 pesos diarios a partir del 10 de diciembre de 2015 y hasta que se haga efectivo su pago.

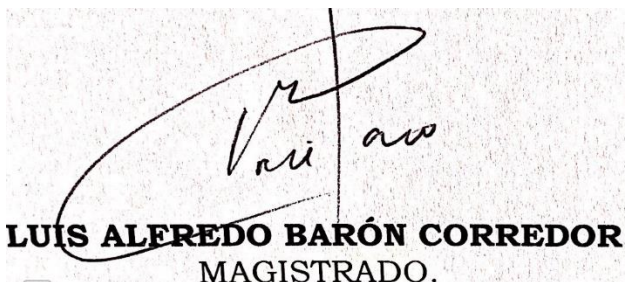
CUARTO: CONDENAR al demandado JHON JAIRO CORRALES OSPINA y solidariamente al señor JORGE ISAAC CLAVIJO REY a realizar el consecuente pago de reserva actuarial que determine el fondo de pensiones donde se encuentre afiliado el señor JOSÉ ANTONY SALAZAR ARIAS del periodo comprendido entre el 10 de agosto al 9 de diciembre de 2015 para lo cual se tendrá como IBC el SMLMV que para la fecha correspondía a la suma de \$644.350.

QUINTO: ABOLVER a los demandados de las demás pretensiones incoadas, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

SEXTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

SÉPTIMO: COSTAS en ambas instancias a cargo de los demandados, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

Notifíquese y cúmplase



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

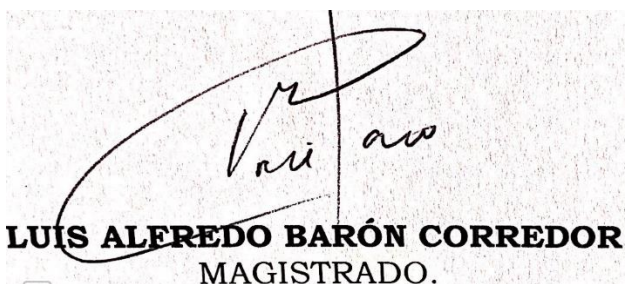


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
Salva voto



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de los demandados en la suma de \$ 900.000, cada uno.



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 AURELIO NOVOA RIVEROS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 **AURELIO NOVOA RIVEROS** de **declare** que el ISS omitió realizar la afiliación con el empleador ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS, se **declare** que COLPENSIONES tiene mal contabilizadas las semanas de su historia laboral, se **declare** que COLPENSIONES debe computar las semanas pagadas en forma extemporánea, se **declare** que COLPENSIONES debe realizar el cálculo actuarial de los aportes adeudados del empleador correspondiente entre el 04 de enero de 1990 al 30 de septiembre 1999 descontando lo pagado mediante la planilla M, se **declare** que el demandante puede pagar dicho cálculo actuarial teniendo en cuenta que señor ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS ya falleció, se **declare** que conserva el régimen de transición. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a COLPENSIONES a expedir el cálculo actuarial del tiempo laborado del periodo 04 de enero de 1990 al 30 de septiembre 1999, descontando los aportes pagados por el actor como independiente teniendo en cuenta que va ser él quien va a pagar dicho cálculo, se **condene** a COLPENSIONES a establecer con claridad cuantas semanas tiene contando las que se han pagado de forma extemporánea, se **condene** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez. De manera subsidiaria, señala que, de no proceder al descuento del cálculo actuarial, ni al retroactivo de la pensión se

ordene a COLPENSIONES a emitir recibo de pago el cual será asumido por el demandante y una vez pagado lo allegará al proceso (fl.7 y fls. 273 a 279).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 3 a 5 del plenario, en los cuales en síntesis se señalaron; que nació el 6 de noviembre de 1939, que al 1° de abril de 1994 contaba con 55 años de edad, que cumplió los 60 años de edad el 6 de noviembre de 1999, que prestó servicio militar entre el 1° de diciembre de 1957 al 1° de junio de 1959, esto es, 77,14 semanas, que trabajó para el señor ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS el 4 de enero de 1999 hasta el 30 de septiembre de 1999, quien lo afilió al sistema de pensiones, que el ISS mediante oficio del 5 de noviembre de 2010 le comunica que no existe afiliación laboral con el empleador ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS y que para ello debe solicitar la carta de afiliación, que el día 7 de febrero de 2011 el empleador solicitó la afiliación al ISS, pero nunca se le dio trámite a la solicitud, que como independiente pagó unos meses sí y otros no, por lo que decidió pagar los aportes por mi planilla en mora el 6 de diciembre de 2015, que al pagar dichos aportes por error pagó unos periodos dos veces en periodos que ya estaban pagos, que requirió a su empleador para que pagará los periodos en mora, por lo que se rindió una declaración extra juicio el día 29 de abril de 2015 consignando en ella los extremos laborales, que el empleador falleció el 25 de julio de 2015, que COLPENSIONES le ha negado en varias oportunidades expedir el cálculo actuarial por cuanto esto lo debe hacer el empleador y no él, que adicionalmente existe múltiples inconsistencias en su vida laboral que de la historia laboral del 3 de septiembre de 2015 parecen pagos los meses 2000/04, 2000/10, 2000/11, 2001/01, 2001/02, 2001/03, 2001/04, 2001/06, 2001/07, 2001/08, 2001/09, 2001/10, 2001/11, 2002/01, 20002/02, 20002/03, 2002/05, 2002/11, 2002/12 y 2004/06, meses que inexplicablemente desaparecen de la historia laboral, solicitando en varias oportunidades la corrección de su historia laboral como la imputación de pagos extemporáneos, que el ISS le negó el reconocimiento de la pensión mediante resolución No. 047401 del 29 de septiembre de 2008 interponiéndose los recursos de Ley los cuales finalizaron con la expedición de la resolución No. 05892 del 30 de noviembre de 2011.

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 a 6, 8 a 16, 30 a 33, 35 a 54, 57 a 58, propuso como excepciones de fondo carencia de título para pedir, prescripción, buena fe, improcedencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica (fls.296 a 304).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 4° Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 11 de septiembre de 2018, **absolvió** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, **declaró** probada la excepción de mérito carencia de título para pedir propuesta por la parte demandada y se **relevó** del estudio de las demás excepciones, condenó en costas a la parte demandante (fl. CD 527).

Como argumento de su decisión, la *a quo* se pronunció frente a la omisión del empleador en la afiliación a COLPENSIONES señalando que dicha afiliación se derivaba de las obligaciones propias de una relación laboral en donde se incluyen los elementos propios de la misma, esto es, actividad personal, continua, subordinada y dependiente por la cual se recibe un salario como retribución, frente a lo cual revisada la documental arrojada al plenario la misma no daba certeza respecto de que el demandante hubiera estado vinculado laboralmente con el señor Aristóbulo Cubillos del 4 de enero de 1990 hasta el 30 de septiembre de 1999, toda vez que si bien obraba a folio 181 acta de declaración con fines extraprocesales rendida el 2 de marzo de 2015, por el señor Aristóbulo Cubillos Riveros conforme a las fechas allí indicadas no existía convicción para el juzgado de los extremos temporales en los que se había presentado la presunta relación laboral. Adicionalmente, obraba documento dirigido al extinto ISS firmado por las personas antes referidas, en el que se solicitaba la afiliación del señor Novoa Riveros la cual se había realizado en abril de 1995, pero no permitía al despacho inferir la fecha exacta de inicio de la posible relación laboral, siendo necesario que se vinculará al señor Aristóbulo Cubillos Riveros como demandado y como el mismo había fallecido los convocados debían ser aquellas personas llamados a sucederlo, esto es a sus herederos a efectos de demostrar la existencia del vínculo laboral en las fechas indicadas en la demanda, razón por la cual no había lugar a condenar a COLPENSIONES. Del cálculo actuarial adujo que dicha responsabilidad le correspondía al empleador y no del empleador y teniendo en cuenta que en este caso el empleador falleció la obligación recae en los herederos.

En cuanto a los pagos realizados de forma extemporánea refirió que revisada la historia laboral se observaba que el demandante había efectuado cotizaciones como trabajador independiente por lo que el despacho encontraba procedente señalar que la Sala de Casación Laboral del CS de J en pacífica y unánime jurisprudencia, había señalado respecto a los trabajadores independientes, que las cotizaciones extemporáneas no tienen efectos retroactivos, sino que dichos periodos se deben

aplicar a períodos posteriores, no siendo dable este caso elegir o disponer a qué períodos específicamente deben aplicarse los pagos realizados de manera extemporánea, toda vez que ya existían más cotizaciones realizadas por el demandante, en cuanto a los pagos dobles indicó que las mismas no podían sumarse doble vez, sino que debía tener en cuenta para aumentar el IBC.

Régimen de transición estableció que el actor nació el 6 de noviembre de 1939, por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 54 años de edad, siendo beneficiario del régimen de transición, agregó que el actor había hecho cotizaciones al sector público y privado por lo cual debía ser estudiada la pensión bajo lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, que de acuerdo a la documental anexa se podía ver que había laborado como soldado y tenía acreditadas a COLPENSIONES un total de 15 años, 1 mes y 23 días, que sumadas al tiempo de servicio como soldado arrojaba un total de 16 años, 7 meses y 26 días cotizados, no reuniendo así los 20 años de servicio requeridos.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación señalando que para la Juez de primera instancia la declaración extrajuicio no era merecedora para tenerse como una prueba, aspecto que carece de fundamento por cuanto esta declaración extra juicio no fue tachada de falsa, ni tampoco se pidió su ratificación dentro del presente proceso, por consiguiente, es plena prueba dentro del proceso, documento que prueba la relación laboral desde el 1° de enero de 1994 al 30 de septiembre de 1999, lo que le da plena claridad al inicio y terminación de la relación laboral.

En cuanto a los pagos extemporáneos indica que la Juez manifestó que los mismos no podían ser tenidos en cuenta y que los mismos debían contabilizarse para períodos posteriores, sin que se dijera para que tiempos posteriores se iba a tener en cuenta, ni tampoco se establecía que es lo que se va a cubrir. Sin embargo, los mismos deben tenerse en cuenta ya que fueron realizados con fundamento legal que permite la aplicación de la planilla M la cual fue establecida para pagar precisamente los aportes que estuvieron en mora y reconocerse en los períodos adeudados ya que se pagan los intereses moratorios, con la planilla M también se efectuaron algunos aportes por parte del empleador dentro del período reclamado.

De otro parte, manifestó que si bien el cálculo actuarial debe ser pagado por el empleador y no se pudo hacer efectivo; esto no puede quedar así, toda vez que empleador solicitó el cálculo actuarial y COLPENSIONES no permitió que se hiciera el

pago, situación que no debe ser retribuida al demandante, ya que es la parte débil de la relación, tampoco obraba dentro del expediente que COLPENSIONES hubiera hecho el cobro jurídico al empleador. También señala desacuerdo en cuanto a lo dicho por la *a quo* de que al haber fallecido el empleador deben responder los herederos, sin que previamente se hubiera tenido en cuenta la declaración extra juicio donde el empleador manifestó que el demandante había laborado para él y que le había quedado debiendo los aportes a seguridad social, circunstancia por la cual no se ve la necesidad de que se deba traer unos herederos, lo que se está pidiendo en este momento es que se expida el recibo para que le permitan cubrir esos aportes adeudados y así el actor pueda acceder a su pensión.

Finalmente, manifiesta que se hizo el estudio de la pensión bajo lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, pero no se manifestó nada respecto del Acuerdo 049 de 1990 uniendo tiempos públicos y privados como lo ha manifestado la Corte Constitucional en su sentencia de unificación, razón por la cual solicita se revoque la sentencia y se concedan las pretensiones de la demanda.

C O N S I D E R A C I O N E S

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar los siguientes problemas jurídicos: si se demostró la relación laboral entre el demandante y el señor ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS, si debe ordenarse el pago del cálculo actuarial de los periodos 1° de enero de 1994 al 30 de septiembre de 1999, si deben tenerse en cuenta los periodos pagados de manera extemporánea como trabajador independiente, si es beneficiario del régimen de transición y si debe reconocerse la pensión conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990.

Relación laboral y cálculo actuarial

Sobre este aspecto, si bien la Juez de primera instancia no se equivocó al señalar que quien esta obligado a efectuar el cálculo actuarial ante la falta de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones es el empleador y que cuanto ocurre el fallecimiento de éste, son sus herederos quienes pasan a ocupar el lugar del empleador y, por lo tanto, son quienes asumen la deuda laboral pendiente, tal y como se indica en la sentencia SL 2346 del 27 de junio de 2019. radicado No. 71001.

No obstante, llama la atención de la Sala que al observarse el material probatorio se evidencia que el actor con anterioridad solicitó el reconocimiento pensional bajo lo

dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 y Ley 71 de 1988, la cual se conoció por parte del Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, profiriéndose sentencia de primera instancia el 7 de marzo de 2014, en la cual se absolvió de las pretensiones de la demanda (fl.487 cuaderno 2), sentencia frente a la cual se interpuso el recurso de apelación y se conoció por parte de esta instancia, dictándose sentencia el 18 de marzo de 2015 (fls. 147 a 506), en la cual se confirmó la negativa, por no reunirse la totalidad de semanas requeridas. Al verificarse la prueba documental que se tuvo en cuenta en dicha oportunidad encontró esta instancia dentro de la historia laboral detallada expedida por ISS que sí existió por parte del señor ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS afiliación al sistema de seguridad social bajo el número del empleador 11405534 realizándose aportes desde el 04-1995 hasta el 08-1997 (fls. 447 a 453 cuaderno 2), documento que también obra dentro del expediente administrativo del actor (CD fl.323), al revisarse la historia laboral aportada en ese proceso y la cual se aportó en esta oportunidad, relacionan que algunos de estos ciclos fueron pagados doble vez, una por parte del trabajador como independiente y la otra por parte del empleador ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS, también algunos de estos aportes con mora y establece que no existe afiliación por parte del empleador, pero sí se encuentra la novedad de retiro (fls. 419 a 429), **no contabilizándose los mismos ni dentro de la historia laboral aquí aportada, ni dentro de la historia laboral allegada en el proceso en mención.**

La anterior situación resulta bastante incomprensible, pues todas las historias laborales expedidas por COLPENSIONES deberían contener la misma información, inconsistencias que no explica la entidad en esta oportunidad y que llevaron al demandante a tener que instaurar la presente demanda solicitando el pago de un cálculo actuarial, cuando es evidente que la obligación recaía en COLPENSIONES por existir evidencia de la afiliación por parte del empleador en las fechas en que se efectuó el aporte, figura que tiene fundamento en lo establecido en la sentencia SL 3081 de 2020, en la cual se trae a colación la sentencia SL984-2019, expedida por la CSJ Sala de Casación Laboral, en la cual se 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”.

Cabe resaltar, que la CSJ Sala de Casación Laboral ha aceptado los argumentos aquí expuestos estableciendo que cuando COLPENSIONES expide un resumen de semanas de cotizaciones, la información allí plasmada se presume cierta y veraz, a la vez que es vinculante. Por ello, no es posible para la entidad emisora proferir posteriormente y sin dar explicaciones razonables, otra historia laboral con información distinta a la inicialmente certificada. Ya que al hacerlo transgrede la confianza depositada por los miles de afiliados en su gestión, sobre todo en temas tan sensibles para el tejido social como lo son las pensiones, compromiso que exige un tratamiento bastante riguroso de los archivos y bases de datos (SL 5170-2019).

Adicionalmente, debe recordarse que en la sentencia T -343 del 2014 la Corte Constitucional se pronunció sobre el deber de custodia, conservación y guarda de la información concerniente al Sistema de Seguridad Social Integral, definiendo que, como las entidades administradoras de fondos de pensiones, sin excepción, tienen a su cargo el manejo de las base datos contentivas de la información que comprende la historia laboral de los afiliados, tiene el deber de garantizar el adecuado manejo y conservación de los datos correspondientes a aquellos, a tal punto que puedan entrar a responder por una determinada prestación económica, cuando quiera que no aportan los elementos de juicio suficientes que justifiquen un cambio brusco en dicha información, o que simplemente no justifique su pérdida total, o parcial y, en general, su deterioro.

Aunando al hecho de que incluso el empleador solicitó ante COLPENSIONES la afiliación retroactiva el día 15 de febrero de 2011, aduciendo que la misma se había realizado en abril de 1995, pero que no constaba en la base de datos (fl.191), lo cual demuestra la veracidad de la afiliación reportada en el historia laboral detallada expedida por ISS, todas estas inconsistencia que hicieron incurrir en error a las partes, pues al establecerse dentro de la historia laboral de COLPENSIONES que no existía afiliación, conllevó a la interposición de la presente demanda en busca del cálculo actuarial, cuando bien como se dijo anteriormente, era una obligación que

recaía exclusivamente ante la entidad demandada, pues en efecto sí existió la afiliación requerida.

Así las cosas, se procederá a enunciarse los periodos en que aparecen aportes por parte del empleador ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS dentro de la historia laboral obrante a folios 310 a 314 y que deberán ser computados en la historia laboral del actor.

Empleador	periodo	Observación	Semanas Cotizadas	Total
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	04-1995	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	05-1995	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	06-1995	Deuda presunta, pago aplicado periodos posteriores	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	07-1995	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	08-1995	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	09-1995	Deuda presunta, pago aplicado periodos posteriores	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	10-1995	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	11-1995	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	12-1995	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	01-1996	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	02-1996	Deuda presunta, pago aplicado periodos posteriores	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	03-1996	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	04-1996	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	05-1996	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	06-1996	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	07-1996	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	08-1996	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	09-1996	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	

ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	10-1996	Deuda presunta, pago aplicado periodos posteriores	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	11-1996	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	12-1996	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	01-1997	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	02-1997	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	03-1997	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	04-1997	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	05-1997	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	06-1997	Pago aplicado al periodo declarado	4,29	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	07-1997	Pago aplicado al periodo declarado	2	
ARISTOBULO CUBILLOS RIVEROS	08-1997	Septiembre con novedad de retiro	4,29	122,12

Pagos extemporáneos como trabajador independiente

En relación a este tema, la Sala Laboral del Corte Suprema Justicia ha sostenido que los pagos realizados en periodos vencidos no se desperdician o desestiman, sino que se imputan a los meses subsiguientes, sentencia SL 4558 del 16 de octubre de 2019 rad. 4558, en cual se reitera la sentencia SL3445-2019:

“En cuanto al tema de discusión, vale recordar que conforme al artículo 35 del Decreto 1406 de 1999, las novedades de los trabajadores independientes «que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente», lo que significa que los pagos realizados en periodos vencidos no se desperdician o desestiman, sino que se imputan a los meses subsiguientes. Al respecto, en sentencia SL12503-2016, la Sala explicó:

El Tribunal para arribar a su decisión, asentó que las cotizaciones realizadas por la demandante en el mes de junio de 2006 para los ciclos comprendidos entre octubre de 2005 y junio de 2006, así como los efectuados en el mes de mayo de 2007, para el período de noviembre de 1997 a diciembre de 2000, no podían contabilizarse a efectos de determinar si la demandante había o no reunido el número de semanas necesarias para ser merecedora de la pensión consagrada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en atención a que los mismos se habían realizado de manera extemporánea.

Con la inferencia anterior, el ad quem pasó por alto que las cotizaciones canceladas en forma posterior al período al que se pretendían imputar, para el caso de los trabajadores independientes como lo fue la aquí demandante, no

pierden validez, sino por el contrario, se deben aplicar a periodos posteriores al pago, tal como lo señaló esta Corporación en sentencia de casación CSJ SL 5634 2016, que reiteró las sentencias CSJ SL 13077 2014 y SL 5081 2015.

“[...]”

De conformidad con lo anterior, fue errado el juicio realizado por el Tribunal cuando le restó validez a las cotizaciones realizadas por la accionante, pues en verdad, lo que debió hacer fue contabilizarlas a periodos posteriores a su pago, situación con la que, además, vulneró las disposiciones denunciadas.

Así las cosas, se advierte que el colegiado pasó por alto que las cotizaciones canceladas en forma posterior al ciclo que se pretendía cubrir, no podían ser excluidas del haber de cotizaciones del afiliado, sino por el contrario, debieron ser imputadas a periodos posteriores al pago”. (subrayado fuera del texto original).

Teniendo en cuenta el anterior postulado, es claro que los ciclos que fueron cancelados de forma extemporánea por parte del afiliado debieron ser computados por parte de COLPENSIONES dentro de su historia laboral para los ciclos posteriores, sin embargo, revisada la misma se observa que dichos periodos nunca fueron computados por la entidad, los cuales corresponden a los siguientes:

periodo	Fecha de pago	Semanas Cotizadas	Total
11-1997	14/10/2004	4,29	
03-1998	27/10/2004	4,29	
02-1999	22/10/2004	4,29	
06-1999	22/10/2004	4,29	
04-2000	03/05/2000	4,29	
08-2000	18/12/2000	4,29	
12-2001	04/12/2000	4,29	
11-2002	23/05/2005	4,29	
12-2002	02/01/2003	4,29	
01-2003	14/10/2004	4,29	
03-2003 a 09-2003	13/08/2004	30	
06-2004	06/07/2004	4,29	77.19

Valga la pena resaltar que sobre este aspecto ya se había discutido en el proceso instaurado por el actor con anterioridad, de donde se determinó que sumados dichos periodos el actor no acreditaba el mínimo de semanas requeridas, tal como se evidencia a folio 504 y 505 del expediente cuaderno 2, pero a pesar de ello COLPENSIONES no los ha sumado en el historial laboral.

Régimen de transición

Previó a establecer si el actor es beneficiario del régimen de transición, es importante precisar que tal situación ya había sido reclamada también en el proceso anteriormente mencionado, empero no se trata de cosa juzgada, toda vez que la presente demandada buscaba el pago del cálculo actuarial por parte del empleador, teniendo en cuenta las inconsistencias relacionadas en su historia laboral por parte de COLPENSIONES y la sumatoria de tiempos públicos y privados para el reconocimiento del Acuerdo 049 de 1990, dos aspectos que no fueron discutidos en dicha oportunidad.

Aclarado lo anterior, se tiene que no existe controversia en cuanto a que en principio el demandante es beneficiario del régimen de transición conforme a lo dispuesto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que para el 1° de abril de 1994, contaba con 56 años cumplidos, teniendo en cuenta que **nació el 6 de noviembre de 1939**, como consta de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 400 del expediente.

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 demandante 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 documental de folios 310 a 314 que corresponde a la historia laboral del actor, sumado al tiempo de servicio prestado al Ejército como soldado correspondiente al periodo 01/12/1957 al 01/06/1959 y que equivalen a 77 semanas y las semanas correspondiente a los pagos en mora por parte del empleador registra un total de **563,06 semanas de cotización**, de manera que no reúne las 750 semanas requeridas.

Pensión de vejez – Acuerdo 049 de 1990

Ahora, si bien esta Sala de decisión ha tenido por sentado desde tiempo atrás la acumulación de tiempos públicos y privados para el reconocimiento de la pensión bajo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, criterio que hace parte también de la alta Corporación a través de su último pronunciamiento, como se puede ver de la sentencia con radicado **SL 1947 del 1° de julio de 2020**, lo cierto es que incluyéndose todas estas cotizaciones el actor tampoco reunió los requisitos del mentado acuerdo, pues téngase en cuenta que tal normatividad establece que para acceder a la pensión

de vejez en el caso de los hombres debe acreditar 60 años de edad 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.

Al respecto, se tiene que el actor cumplió los **60 años de edad el 6 de noviembre de 1999**, al verificarse las semanas cotizadas durante los **20 años anteriores al cumplimiento de la edad**, esto es, entre el 6 de noviembre de 1979 al 6 de noviembre de 1999, acreditó un total de **272,05 semanas** de cotización y en **toda la vida aboral**, acreditó un total de **886,57** semanas de cotización, incluyéndose el tiempo de servicio como soldado, las semanas en mora por parte del empleador y los aportes que fueron cancelados como independiente de manera extemporánea, no cumpliendo así ni con las 500 semanas, ni como con las 1,000 semanas requeridas, en razón a ello no es dable el reconocimiento de la pensión solicitada.

Así las cosas, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

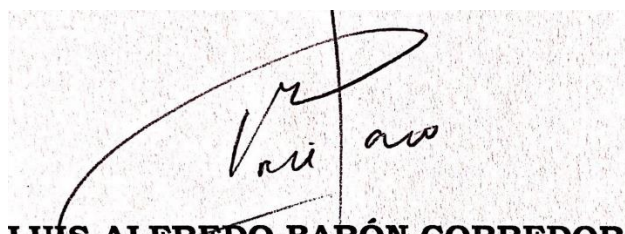
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 4° 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 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 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 GONZALO IGNACIO TACHACK
BUITRAGO contra COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 IGNACIO TACHACK BUITRAGO**, se **ordene** la nulidad del contrato de transacción celebrado el 30 de junio de 2009 y omitió su afiliación al sistema de seguridad social integral durante la vigencia de la relación laboral. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP al pago de la indemnización moratoria contenida en el parágrafo 1° del artículo 65 del CST, en el pago de los aportes desde el momento del despido (15 de octubre de 2003) o desde que suscribió el contrato de transacción y hasta que se efectúe su pago, o se **condene** a la accionada, al pago de los aportes al sistema de seguridad social integral y parafiscales por el periodo comprendido entre el 1° de septiembre y el 15 de octubre de 2003, más la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 15).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 12 a 14), señaló que laboró al servicio de la accionada mediante contrato verbal a término indefinido del 1° de septiembre al 15 de octubre de 2003, desempeñando el cargo de técnico en la gerencia regional zona centro. Indica que el 15 de octubre de 2003 la demandada de forma unilateral y sin justa causa, dio por terminado el contrato de trabajo. Sostiene que a la terminación del contrato, devengaba un salario de \$2.060.000. Refiere que el 22 de julio de 2004 suscribió con la entidad un acta de conciliación, quien a raíz de ello, le pagó la indemnización por despido sin justa causa, además de los salarios y prestaciones que se generaron durante la vigencia del contrato de trabajo, al igual que se le descontó la suma de \$123.600 y \$104.288 por concepto de aportes a salud y pensión, cuyos pagos se debieron efectuar a SANITAS y CAPRECOM, respectivamente. Afirma que durante el lapso que duró la relación laboral, la accionada no lo afilió al sistema de seguridad social integral ni efectuó el pago de parafiscales, sin que a la fecha lo haya hecho. Expone que ante tal omisión, el 12 de diciembre de 2005 le solicitó a la demandada el pago de los referidos aportes, a lo que esta le manifestó que no se los habían aceptado, por lo que estaba estudiando con sus asesores externos el destino que debía darse a dichos recursos. Señala que suscribió con la empresa el 30 de junio de 2009, un contrato de transacción, en el que recibió \$40.000.000, a cambio de transigir varios aspectos relacionados con la relación laboral, entre ellos, los aportes a la seguridad social y parafiscales. Finalmente, aduce que el 26 de junio de 2012, reclamó ante la demandada los derechos que aquí se deprecian.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP contestó la demanda (fls. 67 a 80), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2, 4 y 6 a 9 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, compensación, cosa juzgada y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de agosto de 2018 (CD – fl. 163), **condenó** a la demandada al pago de los aportes a seguridad social en pensión a COLPENSIONES por el periodo comprendido entre el 1° de septiembre y el 15 de octubre de 2003, teniendo como IBC la suma de \$2.060.000, el cual efectuará de acuerdo a la liquidación que realice el ente de seguridad social, incluyendo los intereses moratorios, **declaró** probada parcialmente la excepción de prescripción, **negó** las demás pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la accionada, incluyendo como agencias en derecho dos salarios mínimo legales mensuales vigentes.

Fundamentó su decisión, indicando que frente a las pretensiones relacionadas con el pago de aportes a seguridad social en salud y parafiscales, estas se encuentran prescritas, como quiera que esos aportes no están destinados a peculio del trabajador en caso de que no se hubiesen efectuado, pues estos van a ser parte de los del régimen de seguridad social y allí se harán las distribuciones que para el efecto tiene plasmada la Ley. Sobre los aportes a pensión, estos por tener el carácter de irrenunciables por norma constitucional son imprescriptibles, en tanto generan efectos directos en la expectativa pensional del actor, por lo que la empresa debía allegar prueba acreditando su pago al fondo de pensiones, durante el periodo comprendido entre el 1° de septiembre y el 15 de octubre de 2003. Refiere que la accionada aportó las planillas de pago de los citados aportes los cuales efectuó en el año 2007, además en la historia laboral, COLPENSIONES hace la precisión que esos pagos se efectuaron de manera extemporánea y que los intereses que se pagaron no alcanzaron a cubrir en su totalidad el aporte de esos periodos, reflejándose para el accionante cero (0) días cotizados para dichos ciclos, de donde se colige que efectivamente la empresa no ha efectuado el pago de los mencionados aportes. Respecto a la nulidad del contrato de transacción, expone que en el mismo no se pactó suma alguna para transar los aportes a seguridad social en pensiones, pues implemente se anexó una liquidación en la cual le fueron descontadas sumas por dicho concepto, pero en realidad no fueron objeto de transacción, sin que haya lugar a declarar la nulidad de

esta. En lo que se refiere a la indemnización moratoria, aduce que debe negarse, ya que la omisión en el pago del aporte a seguridad social en pensión no determina la sanción de que trata el artículo 65 del CST, en tanto esta alusión a la mora en el pago de salarios y prestaciones, rubros estos que la accionada canceló. Finalmente, sostiene que se debe condenar a la demanda al pago de los aportes a pensión por los periodos en comento.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que no se está interpretando de manera debida el artículo primero del contrato de transacción, en el cual las partes si transigieron lo que correspondía a aportes a la seguridad social y parafiscalidad, de ahí que se deba declarar la nulidad del referido documento, por contener derechos irrenunciables, ciertos e indiscutibles que no podían ser objeto de transacción, tales como el pago de aportes y la indemnización moratoria derivada de dicha omisión contenida en el parágrafo del artículo 65 del CST, de ahí que la demandada deba ser condenada a su pago. Aduce que no se tuvo en cuenta que esos aportes no podían ser objeto de negociación, en tanto son del estado y sobre los cuales él no tiene dominio como tampoco la empresa, por lo que al probarse el pago de los aportes a pensión, la transacción está viciada de nulidad.

A su turno, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP apeló la decisión**, señalando que entre las partes se celebró una transacción en la cual no se vulneraron derechos ciertos e indiscutibles y en la que se declara a la empresa a paz y salvo, sumado a que actuando de buena fe, efectuó el pago de la liquidación de aportes teniendo en cuenta lo que consideró deber en ese momento y sin embargo, COLPENSIONES no la requirió, por lo que bajo ese entendido y al haber efectuado el pago, es la entidad de seguridad social en uso de las facultades fiscalizadoras, la que debe adelantar el respectivo cobro, habida cuenta que esta no le puede desconocer las semanas al demandante, como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia. Indica que en este caso el aporte se hizo y si faltó algún dinero era deber de la administradora informarlo, empero no lo hizo, como tampoco el actor

acudió a aquella para que realizara la corrección de las semanas en la historia laboral.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si hay lugar a declarar la nulidad del contrato de transacción celebrado entre las partes el 30 de junio de 2009, por incluir los aportes a seguridad social y parafiscales, al igual que se analizará si se debe condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria de que trata el parágrafo 1° del artículo 65 del CST y de los aportes a pensión por el periodo comprendido entre el 1° de septiembre de y el 15 de octubre de 2003.

Así mismo, se advierte que la Sala no se pronunciará respecto de la excepción de prescripción declarada probada parcialmente por el a quo, respecto a los aportes a salud y parafiscales, como quiera que sobre este aspecto no se presentó reparo alguno por las partes.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre las partes, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la documental de folio 29, de donde se colige que entre las partes existió un contrato de trabajo del 1° de septiembre al 15 de octubre de 2003, en el que el actor se desempeñó como técnico, devengando un salario de \$2.60.000.

Nulidad del contrato de transacción

A folios 30 a 33, obra copia del contrato de transacción suscrito entre el demandante y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP el 30 de junio de 2009, en el que las partes acordaron:

“PRIMERA: OBJETO: *EL EXTRABAJADOR Y LA EMPRESA, acuerdan transigir mediante el presente documento, las controversias relacionadas con la vinculación laboral del EXTRABAJADOR y por concepto de*

reintegro al cargo desempeñado, salarios, prestaciones sociales, indemnización por despido injusto y moratoria, bonificación extralegal por resultados no constitutiva de salario, aportación a seguridad social y parafiscalidad, costas procesales y agencias en derecho y en general, todo concepto que emane de la relación de trabajo y/o jurídico procesal que vincula o vinculó a EL EXTRABAJADOR Y LA EMPRESA y/o del contrato de trabajo que los vinculó.”

Transacción de la cual el actor recibió la suma de \$40.000.000 y que según el numeral 2.1 de esta, además de satisfacer de manera íntegra las pretensiones contenidas en la reclamación del 20 de junio de 2006 y en el proceso 2007 1150 que cursaba en el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, también incluyó los aportes a seguridad social y parafiscales, además de los rubros enunciados en el ordinal primero.

Conforme a ello, encuentra la Sala que le asiste razón al demandante al señalar que la transacción incluyó derechos ciertos e indiscutibles, concretamente los aportes a seguridad social y parafiscales, estos últimos como obligación ante el estado y si bien no son un derecho del trabajador como tampoco del empleador, lo cierto es que no podía disponer de estos; lo mismo sucede con los aportes a seguridad social, pues debe recordarse que este al tenor del artículo 48 de la CN es un derecho irrenunciable; luego la demandada no podía incluir dentro del contrato de transacción tales aspectos.

En cuanto a los demás aspectos contenidos en el referido documento, estos ya habían sido objeto de conciliación por las partes el 22 de julio de 2004 y sobre las cuales el actor recibió la suma de \$5.797.613 de liquidación final de prestaciones sociales entre otros, sin que sobre esta conciliación presentara reparo alguno como tampoco sobre los otros emolumentos que integran la transacción.

Dicho lo anterior, habrá de declararse la nulidad pero parcial del contrato de transacción suscrito entre las partes el 30 de junio de 2009, únicamente en lo relativo a los aportes a seguridad social y parafiscales, por tratarse de ciertos e indiscutibles los primeros y los segundos, por ser una obligación estatal de la cual la entidad no puede disponer y menos aun sustraerse.

Indemnización moratoria

De plano, observa la Sala que dicha pretensión no está llamada a prosperar, toda vez que sobre la misma operó la cosa juzgada, ya que fue objeto no solo de conciliación en el año 2004, sino de transacción en 2009, transándose en ésta última, también lo pertinente a la sanción del parágrafo 1° del artículo 65 del CST, en la medida que esa era una de las pretensiones que se reclamaban en el proceso 2007 – 1150 y sobre el cual se edificó la transacción y que culminó por desistimiento precisamente por la celebración de dicho acuerdo.

Luego no puede el demandante, pretender el reclamo de un emolumento sobre el cual celebró una conciliación y posteriormente una transacción y que sobre ese aspecto, se encuentran en firme e hicieron tránsito a cosa juzgada; a más, que se trata de un derecho incierto y discutible que si podía ser objeto de transacción, pues no sobra recordar que la misma no opera de manera automática y por ende se debe analizar la existencia de la buena fe en el actuar del empleador.

Aportes a pensión

Manifiesta la demandada en el recurso de alzada, que efectuó el pago de los aportes a pensión con base en lo que creyó deber y si bien existió un faltante, la entidad de seguridad social jamás la requirió y por ello, es quien debe incluir las semanas faltantes en la historia laboral del demandante.

Al respecto, se tiene que a folios (fls. 148 a 152), aparece el reporte de semanas cotizadas por el actor a COLPENSIONES, en el que, para los ciclos de septiembre y octubre de 2003, se refleja el pago efectuado por la demandada junto con los intereses moratorios, empero, el ente de seguridad social no los toma como semanas efectivamente cotizadas.

Ello, debido a que en comunicación de folio 146, COLPENSIONES explica que el pago se realizó de forma extemporánea y los intereses cancelados no alcanzaron a cubrir en su totalidad el aporte de esos periodos.

Ahora, si bien es claro que COLPENSIONES debió requerir a la accionada para que efectuara el aporte de manera correcta, lo cierto es que ello no la exime de pagar la cotización en debida forma y menos aún, cohibe al juez de ordenar su pago, pues se trata de unas semanas que hacen parte del derecho pensional del demandante, el cual no se puede menoscabar por simple hecho que no se efectuó un requerimiento o se advirtió sobre un pago mal hecho, en tanto que dicha falencia no suple la obligación del empleador de pagar de manera completa y efectiva los aportes a seguridad social.

Por ende, resultó acertada la decisión del a quo al ordenar el pago completo de los aportes a pensión del demandante, por el periodo comprendido entre el 1° de septiembre y el 15 de octubre de 2003, teniendo en cuenta la liquidación que para el efecto, elabore COLPENSIONES.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** parcialmente el ordinal tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de declarar la nulidad parcial del contrato de transacción en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la demandada. No se imponen al demandante como quiera que su recurso prosperó parcialmente.

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:

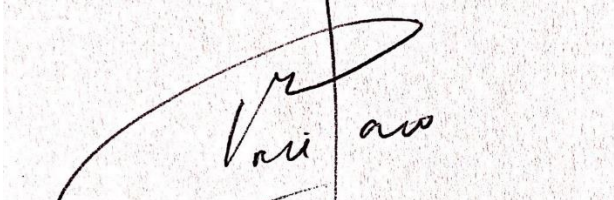
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE EL ORDINAL TERCERO en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL** del contrato de transacción celebrado entre las partes el 30 de junio de 2009, únicamente

en lo que tiene que ver con los aportes a seguridad social y parafiscales, conforme a lo expuesto en este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la providencia objeto de alzada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

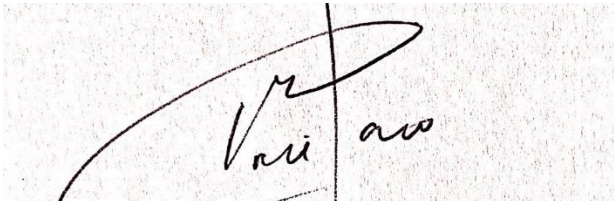


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, la suma de \$900.000 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 DARY HURTADO HENAO
contra UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 DARY HURTADO HENAO**, se **declare** que el señor LUIS DIDIER GARCÍA TORO (q.e.p.d.) laboró al servicio de la CAJA AGRARIA por más de 15 años y que el contrato culminó por mutuo acuerdo entre las partes. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la UGPP a reconocer, sustituir y pagar la pensión del causante en calidad de cónyuge supérstite, previa actualización del último salario devengado por este y reconocerle la pensión post mortem a partir del 17 de febrero de 1998, fecha de fallecimiento del señor García Toro, con los aumentos legales, mesadas adicionales, indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 21 a 22).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 21), señaló que el señor LUIS DIDIER GARCÍA TORO prestó sus servicios a la CAJA AGRARIA mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 7 de febrero de 1975 hasta el 15 de noviembre de 1991, cuando se retiró voluntariamente de la entidad, cuyo último salario promedio devengado fue de \$171.764. Refiere que contrajo matrimonio y convivió con el citado señor quien falleció el 17 de febrero de 1998. Finalmente, expone que solicitó a la demandada el reconocimiento y pago de la pensión post mortem.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

UGPP contestó la demanda (fls. 36 a 40), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, los niega y no le constan en su totalidad. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, improcedencia de indexación, falta de título y causa en la parte actora, buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales. 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 de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y carencia de causa para demandar.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 5 de septiembre de 2018 (CD – fl. 108), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la demandante, incluyendo como agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente.

Fundamentó su decisión, indicando que para establecer el régimen legal aplicable al caso planteado en la demanda, se debe tener en cuenta la fecha en que falleció el señor LUIS DIDIER GARCÍA TORO, al cual data del 17 de febrero de 1988, por lo que la prestación se debe estudiar acorde a lo

normado en la ley 100 de 1993 en su versión original, pues la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la norma a tener en cuenta es la que se encontraba vigente al momento del fallecimiento. Sostiene que se encuentra probado que el causante laboró al servicio de la CAJA AGRARIA hasta el 16 de noviembre de 1991, sin que hubiere efectuado cotizaciones dentro del año anterior a su deceso como lo advierte el artículo 46 de la norma en cita, al cual exige para tener derecho a la pensión de sobrevivientes, que el fallecido hubiere cotizado 26 semanas dentro del año anterior a la muerte; por lo que al no acreditarse tal requisito, se debe absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que el derecho a la pensión restringida de jubilación se dejó causado por el señor García Toro, quien cumplió 15 años de servicio a la CAJA AGRARIA, lo cual le deja el derecho a la sustitución pensional a su cónyuge, de ahí que se le deba otorgar el derecho a partir del 17 de febrero de 1998, cuando falleció el citado señor.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el causante LUIS DIDIER GARCÍA TORO dejó causado el derecho a la pensión restringida de jubilación de que trata el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 y en caso afirmativo, establecer si la demandante tiene derecho a la sustitución de la misma, en calidad de cónyuge supérstite de su esposo fallecido.

Pensión restringida de jubilación – post mortem

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 señor LUIS DIDIER GARCÍA TORO (q.e.p.d.), cumplió 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 y 15 años y menos de 20 de servicio a la entidad, se tiene que según la certificación de folio 14, se evidencia que laboró al servicio de la extinta CAJA AGRARIA desde el 7 de febrero de 1975 hasta el 15 de noviembre de 1991, para un total de servicios prestados de **16 años, 9 meses y 9 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 10 a 13 obra copia del acta de conciliación celebrada entre el actor y el extinta CAJA AGRARIA el 7 de noviembre de 1991, en donde las partes deciden culminar el contrato de trabajo de común acuerdo; de donde se colige que al finiquitar el contrato por mutuo acuerdo entre ellos, este se asemeja 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.

En cuanto al requisito de edad, dicha Corporación en múltiples pronunciamientos, en especial en la sentencia SL 3210 del 24 de febrero de 2016 ha señalado, que la prestación aludida nace a la vida jurídica con el tiempo de servicios exigidos por ella y la terminación sin justa causa de la relación laboral o en su defecto, el retiro voluntario y menos de 20 años de servicio, siendo la edad requerida un simple elemento de exigibilidad de la misma y no de causación; de ahí que en tratándose de la muerte del

beneficiario de la pensión de jubilación por retiro voluntario, indique que el fallecimiento de éste habilita la edad para adquirir la prestación, hecho que no cambia su carácter de sustituible, dado que ésta solo es un requisito de exigibilidad, el cual se anticipa con el deceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Ley 171 de 1961.

Bajo ese precepto, encuentra la Sala que según la copia del registro civil de nacimiento que milita a folio 5, el señor García Toro nació el 31 de marzo de 1951, por lo que el mismo día y mes del año 2011 cumpliría los 60 años de edad, empero, falleció el 17 de febrero de 1998 (folio 8), esto es, cuando tenía tan solo 56 años de edad, situación que no impide el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación, en tanto *se itera*, su deceso anticipó el requisito de exigibilidad que es la edad.

Conforme a ello, es claro que se dan los presupuestos establecidos en el inciso segundo del artículo 8° de la ley 171 de 1961 para que el extrabajador fallecido acceda a la pensión restringida de jubilación, esto es, más de 15 años de servicio y menos de 20 y retiro voluntario, siendo el requisito de edad de exigibilidad de la misma, el cual en el presente caso se anticipó, dado el fallecimiento del señor García Toro.

Sustitución pensional

Sobre el tema, es menester precisar que viene sentado por la Corte Suprema de Justicia, que es la fecha de fallecimiento la que determina la norma aplicable al caso, siendo ésta el 17 de febrero de 1998 (fl. 8), por lo que al ser una sustitución pensional, ya que se trata de la muerte del pensionado, se debe estudiar si los posibles beneficiarios cumplen los requisitos establecidos en este caso, en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, para ser acreedores a la prestación reclamada.

Norma esta que estipula:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;”

Al respecto, se tiene que a folio 7 del plenario obra copia del registro civil de matrimonio celebrado entre el señor LUIAS DIDIER GARCÍA TORO (q.e.p.d.) y la señora LUZ DARY HURTADO HENAO, el 15 de abril de 1978.

Así mismo, obra interrogatorio de parte de la demandante, quien manifestó que contrajo matrimonio con el causante en el año 1978 y que antes de esa fueron novios durante tres años. Señaló que procrearon dos hijos, de los cuales uno falleció al nacer, que siempre vivieron juntos con su hija, jamás se separaron y que el día que el falleció le tocaron a la puerta y él estaba en el suelo, los llevaron al hospital pero falleció por un infarto fulminante.

De otro lado, la señora **MARÍA RUBIELA DÍAZ ÁLVAREZ**, afirmó que conoció al causante hace como 28 o 30 años porque era cajero de la Caja Agraria, que la demandante laboró con ella en un taller de costura que tenía y que vivían a media cuadra. Sostiene que él iba mucho al taller y que el día que falleció estuvo en su casa, le dio un dolor muy fuerte, ella le dijo que fuera al médico pero no quiso y se fue a trabajar a un café que tenía y en la noche le dio un infarto y falleció. Señala que la pareja tuvo dos hijos uno de los cuales murió al nacer y ella es madrina de la hija. Finalmente, indica que nunca se separaron, siempre los vio juntos por cuanto la demandante laboró en su taller por más de 20 años y él iba allá o ella a la casa de ellos.

A su turno, la señora **LUZ ADELA GÓMEZ CASTRILLÓN**, mencionó que conoce a la demandante porque su hermana era amiga de ella y jugaban baloncesto y al causante lo conoció porque era cajero del BANCO AGRARIO y ella iba con su señor padre a la entidad bancaria y allá lo veía. Señala que la pareja contrajo matrimonio en el año 1978, siempre los vio

juntos, pues vivían a menos de dos cuadras por el lado del parque, tuvieron dos hijos pero uno de ellos murió al nacer y jamás se separaron. Finalmente, expone que la demandante se desempeñaba como operaria de máquina de coser y el fallecido tenía un café por los lados del parque.

De lo anterior se colige, que la señora LUZ DARY HURTADO HENAO convivió con el causante aproximadamente 30 años de forma ininterrumpida hasta la fecha de fallecimiento de este el 17 de febrero de 1998, cumpliendo así con los requisitos exigidos en la norma en cita para ser acreedora de la sustitución pensional deprecada, esto es, acreditar que convivió con el causante dentro de los años anteriores a su deceso.

Mesada pensional y adicional de junio

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 **\$121.259**, que comprende, \$95.479 de sueldo básico y \$25.780 de prima de antigüedad, según certificación de folio 14. 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:

$$\begin{aligned} & \$121.259 \times \frac{\text{IPC FINAL (IPC diciembre 1997 - 44,71589)}}{\text{IPC INICIAL (IPC diciembre 1990 - 10,96102)}} \end{aligned}$$

Total ingreso base indexado: **\$494.681**

Valor al que se le aplicaría el **62.90%** que es el porcentaje que le corresponde dado el tiempo de servicios, arrojando una mesada pensional de **\$311.154 al 17 de febrero de 1998.**

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

Al respecto, se tiene que la demandante causo el derecho a la sustitución pensional el 17 de febrero de 1998 cuando falleció el señor García Toro, el 23 de enero de 2015 (fl. 15), solicitó la pensión ante la UGPP y el 18 de marzo de 2016 (fl. 32), radicó la demanda; sobrepasando el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL, de ahí que se encuentren prescritas las mesadas causadas con anterioridad al **23 de enero de 2012**, cuyo valor para esa data asciende a **\$760.226.**

Así mismo, el retroactivo que se genere deberá ser indexado 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 de sobrevivientes que COLPENSIONES le llegare a reconocer, pues si bien la demandante en su interrogatorio señaló que recibe de dicho ente una pensión de sobrevivientes por las semanas que el causante cotizó a la extinta CAJA AGRARIA, lo cierto es que al plenario no se aportó documento alguno que así lo acredite; de ahí que quede a cargo de la UGPP solo el mayor valor si lo hubiere, en caso de darse tal situación.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia de primer grado, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación post mortem y a la sustitución de esta en la forma antes anotada.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de la UGPP, 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 la **UGPP** a reconocer al señor LUIS DIDIER GARCÍA TORO (q.e.p.d.), la pensión restringida de jubilación de que trata el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, a partir del 17 de febrero de 1998 en cuantía de **\$311.154**, conforme a lo expuesto en este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la **UGPP** a sustituir a la señora LUZ DARY HURTADO HENAO, la pensión restringida de jubilación post - mortem

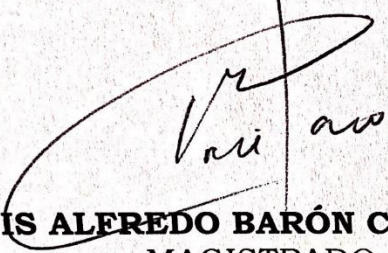
reconocida a LUIS DIDIER GARCÍA TORO (q.e.p.d.), a partir del **23 de enero de 2012**, en cuantía de **\$760.226**, la cual será compartida con la de sobrevivientes que COLPENSIONES le llegare a reconocer, quedando a cargo de la accionada solo el mayor valor si lo hubiere.

TERCERO: CONDENAR a la **UGPP** a indexar el retroactivo que se genere, teniendo en cuenta la fórmula expuesta en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 23 de enero de 2012.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la UGPP.

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 UGPP, la suma de \$900.000 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 VERÓNICA MEZA GUTIÉRREZ
contra SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS
SAS

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 **VERÓNICA MEZA GUTIÉRREZ**, se **declare** que la terminación del contrato de trabajo es ineficaz por no mediar autorización del Ministerio de Trabajo y que se encontraba amparada por fuero de estabilidad laboral reforzada en razón de su limitación física. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la demandada a reintegrarla en un cargo igual o de mejores condiciones, junto con el pago de los aportes a la seguridad social integral y demás prestaciones a que tiene derecho desde el momento en que se produjo el despido y hasta que se haga efectivo el reintegro, más todos los conceptos laborales a que tiene derecho, además de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la reparación integral de daños y perjuicios morales y materiales ocasionados desde la terminación del contrato y hasta que se

efectúe el reintegro, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 40 y 41).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 41 y 42), señaló que ingresó a laborar para la demandada el 24 de abril de 2014, para desempeñar el cargo de operador III, con un salario promedio mensual de \$1.300.000. Refiere que al ingresar a la empresa presentaba un diagnóstico audiológico descrito como: *“sensibilidad auditiva periférica comprometida de tipo conductivo por OI y de tipo mixto con predominio conductivo por OD de grado leve a severo por OI y moderado severo por OI”*, por lo que era necesario que realizara visitas al otólogo. Sostiene que en marzo de 2015 acudió al médico debido al dolor que sentía en el oído y en noviembre de esa anualidad en cita de control se evidenció que presentaba otitis. Expone que presenta secuelas de OTITIS CRÓNICA BILATERAL, por lo que se le practicó una cirugía con buen resultado clínico y funcional, empero, se le indicó que debía seguir en control pese a que no necesitara audífono para escuchar y pudiera continuar desempeñando sus actividades. Finalmente, afirma que el 30 de marzo de 2016, la empresa decidió terminar el contrato de trabajo sin justa causa y en virtud de ello, quedó sin seguridad social y por ende, no pudo continuar recibiendo control por su patología.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS SAS contestó la demanda (fls. 60 a 67), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2, 4 y 10 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones, pago, cumplimiento de las obligaciones, indebida aplicación de las normas legales, no limitación de la demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo, no existencia de la pérdida de la capacidad laboral de la actora, errónea interpretación de las normas legales, cobro de lo no debido y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 3 de agosto de 2018 (CD - fl. 94), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$300.000.

Fundamentó su decisión, indicando que la ley 361 de 1997, está dirigida de manera general, a garantizar la asistencia de protección de las personas en situación de discapacidad severa y profunda, como se infiere del artículo primero, al referir los principios que le inspiran y señalar a sus destinatarios, de modo tal que delimita el campo de su aplicación a quienes padecen discapacidad significativa. En lo atinente a las personas a las que está orientada la protección según el grado de su situación de discapacidad, dispone el artículo 5° de dicha normatividad que quienes padezcan limitación deberán aparecer con carnet de vinculación al sistema de seguridad social en salud, correspondiendo a las empresas promotoras de salud, consignar en el documento en mención, la existencia de la respectiva discapacidad, con la especificación del grado de discapacidad que presenta su portador en las escalas de moderada, severa y profunda con el fin de identificar el titular de los derechos previstos por la ley 361 de 1997. A este propósito, se advierte que el amparo es menor o inexistente, para las personas en situación de discapacidad de menor intensidad, que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral. Ahora, el artículo séptimo del decreto 2463 de 2001, señala los parámetros de severidad de las discapacidades en los términos del artículo 5° citado y al efecto, define que la discapacidad moderada, es aquella en que la pérdida de capacidad laboral oscila entre el 15 % y el 25%, severa la que es mayor del 25% pero inferior al 50% de la pérdida de capacidad laboral y profunda cuando el grado de invalidez supera el 50%, por lo que en esas condiciones, surge de lo expuesto que la prohibición que contiene el artículo 26 de la ley 361 de 1997, bajo el condicionamiento de la sentencia C 744 de 2012, releva a que ninguna persona con discapacidad, podrá ser despedido o su contrato terminado, por razón de su situación de discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo, refiriéndose a aquellas en situación de discapacidad en grado severo y

profundo y no a las que padezcan otro tipo de discapacidad, ni para quienes se hallen en incapacidad laboral por afectación de salud. De manera tal, que tratándose de una garantía excepcional, no puede el juez extenderla indebidamente para eventos no consagrados en la misma. Así la situación de la accionante no se adecúa a la garantía de estabilidad, pues en el momento de la terminación del contrato de trabajo en marzo 30 de 2016, no registró una calificación de pérdida de la capacidad laboral en grado severo o profundo, que permita la actualización de las garantías de la existencia de la protección que figura esa ley conforme reza el artículo primero. En tal sentido, lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la providencia de fecha 3 de noviembre de 2010 radicado 38992, reiterado en la sentencia 53083 del día 14 de octubre de 2015 y recientemente en la sentencia SL 11-411 de 2017 radicado 67595 del día 2 de agosto de 2017.

En consecuencia, la pretensión de la demanda no prospera, pues la accionante no probó que al momento de la terminación de la relación laboral, hubiese mostrado una condición de discapacidad en grado severo o profundo, conocida por el empleador al momento de la terminación del contrato de trabajo, que permita predicar que su desvinculación se produjo por razón de su situación de discapacidad física. Por consiguiente, se infiere que el artículo 26 de la ley 361 de 1997, no está llamada a regular el caso, aclarando que si bien en el juicio se probó que la demandante registro una patología de hipoacusia mixta bilateral, lo cierto es que esa sola circunstancia no hace a la accionante merecedora de la protección especial del artículo 26 de la ley 361 de 1997, pues para ello era necesario que se hubiese demostrado que padecía de una discapacidad en grado severo o profundo, en los términos de la jurisprudencia citada en precedencia al momento de la terminación del contrato de trabajo.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que, no se tuvo en cuenta que la empresa abusó de su posición dominante para terminar el contrato sin justa causa, cuando era un contrato a término indefinido, sin previa autorización del ministerio del trabajo, aun cuando

conocía las patologías que padecía. Refiere que el 15 de diciembre de 2015, el médico tratante le indica que debe continuar con su consulta anual por las patologías que presenta, para lo cual se aportó documental que lo evidencia y tan solo tres meses después, es desvinculada sin justa causa, no pudiendo acatar la orden médica dada, lo que podría impedir la mejora en su condición de salud, dejándola desamparada respecto a esas órdenes. Sostiene que el artículo 53 de la CN, emite una serie de principios en términos laborales que consagra también la estabilidad en el empleo y que se conjuga con la norma que se invoca en la presente demanda, esto es el artículo 26 de la ley 361 de 1997, al igual que menciona, no se tuvieron en cuenta las sentencias que se emanadas de la Corte Constitucional, al presente proceso, como lo es la de unificación SU - 049 de 2017 y las demás sentencias enunciadas en la demanda, que indican que no es necesaria la calificación para acceder a la estabilidad laboral en el empleo del trabajador que padezca una enfermedad, pues el trabajador que padezca una enfermedad medicamente diagnosticada que le impida realizar sus funciones tiene el derecho a conservar su trabajo, hasta que no haya una justa causa como es el caso, al igual que la T - 198 de 2018 expresa que los trabajadores tienen especial protección cuando se encuentra en estado de debilidad o discapacitados de alguna manera, no habla de calificación.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo con la SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS SAS gozaba de estabilidad laboral reforzada y en caso afirmativo, establecer si hay lugar reintegrarla 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 las partes, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la documental de folios 69 a 86, de donde se colige que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido 5 de abril de 2014 al 30 de marzo de 2016, en el que la actora se desempeñó como operador II, devengando un salario de \$938.884.

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 indica 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, señala 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 la 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 adocina 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 se 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 así, debió solicitar ante el Ministerio de trabajo el respectivo permiso y en caso no hacerlo, deberá asumir las consecuencias que su omisión acarrea.

En ese orden de ideas, se tiene que para abril de 2007 la demandante presentaba HIPOACUSIA de un año de evolución y para ese momento se le diagnosticó sensibilidad auditiva periférica comprometida de tipo mixto de predominio conductivo de grado leve a profundo (fls. 26), por lo que en el transcurso del tiempo se le realizaron varios exámenes, al igual que acudía a citas de control (fls. 23 a 32). De otro lado, a folio 68 aparece certificado médico de pre - ingreso a la empresa demandada de fecha 24 de abril de 2014, en el que hace constar que la actora debe utilizar corrección permanente para laboral, como también debe ingresar al SVE visual de la compañía, control anual por optometría, además de seguir pautas de conservación visual, siendo apta para laborar pero con recomendaciones.

Posteriormente el 9 de marzo de 2015 (fl. 33), en la consulta con otorrinología, se indica como trastorno principal HIPOACUSIA MIXTA CONDUCTIVA Y NEUROSENSORIAL BILATERAL y como diagnóstico asociado, trastornos de la articulación temporomaxilar.

Finalmente, el 15 de diciembre de 2015 (fl. 36), el médico tratante - otólogo, refiere que se le realizó una cirugía con buen resultado clínico y funcional, no requiere audifono, puede continuar desempeñando las labores de conductora y asistir a control anual.

De donde se colige, que las patologías presentadas por la accionante en sus oídos eran de conocimiento de la demanda, pues las mismas presentaban un cuadro de evolución anterior a su ingreso y si bien en el certificado de pre - ingreso nada se dijo al respecto, pues el mismo se enfocó en el campo visual, lo cierto es que durante el desarrollo de la relación laboral, la actora asistió a controles médicos e incluso se le practicó una cirugía que le generó incapacidad; luego es claro que tal

situación no pudo pasar inadvertida para la sociedad, de ahí que carezca de fundamento el hecho que alegue que no tenía conocimiento de los padecimientos de la accionante, máxime si la misma antes de la cirugía requería del uso de audifonos para mejorar su calidad auditiva.

De manera que, no cabe duda para la Sala, que la trabajadora gozaba de estabilidad laboral reforzada dado su padecimiento auditivo el cual, si bien fue sometido a cirugía, debía estar sujeto a controles médicos, siendo 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 77 obra carta del 30 de marzo de 2016, mediante la cual la SOCIEDAD DE OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS SAS le comunica a la señora Meza Gutiérrez que ha resuelto dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa.

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 de la demandante, dado que gozaba de estabilidad laboral reforzada por su problema auditivo, 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 sabía del padecimiento de la actora, 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, máxime si las causas que dieron origen a la contratación no habían desaparecido, pues en el control de diciembre de 2015 claramente se dijo que podía seguir con el desempeño de su labor como conductora.

Ahora, si bien la demandada trató de justificar su actuar, aduciendo que la accionante no tenía ninguna pérdida de la capacidad laboral, no era discapacitada, como tampoco presentaba limitación alguna; lo cierto es que, como se indicó en precedencia, si tenía una patología en sus oídos, sin que el hecho que no estuviera calificada o limitada físicamente, no la convierta en un sujeto de especial protección, máxime si presentaba una discapacidad auditiva de la cual, no era necesario que portara un carne que así lo indicara.

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 de la 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, 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.

Aunado a lo anterior, también se condenará a la demandada a la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por la suma de \$5.633.304, teniendo en cuenta un salario de \$938.884.

Finalmente, como quiera que la demandada propuso la excepción de compensación, se autorizará que de las sumas y conceptos objeto de condena, descuente el valor cancelado a la demandante por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

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

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de la demandada 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 de la demandante, acaecido el 30 de marzo de 2016, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

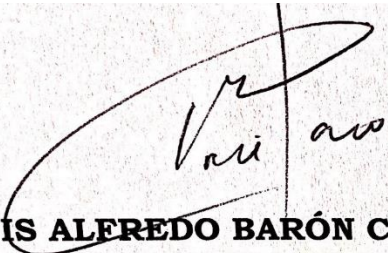
SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS SAS** a **REINTEGRAR** a la señora VERÓNICA MEZA GUTIÉRREZ al mismo cargo que venía desempeñando al momento de la culminación del vínculo o a otro de igual o superior categoría.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar a la accionante, los salarios, prestaciones sociales legales y aportes a la seguridad social integral, desde el 30 de marzo de 2016 y hasta que se haga efectivo el reintegro.


CUARTO: DECLARAR probada la excepción de compensación, en el sentido de **AUTORIZAR** a la sociedad accionada que de las sumas y conceptos objeto de condena, descuenta el valor cancelado a la actora por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS SAS

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

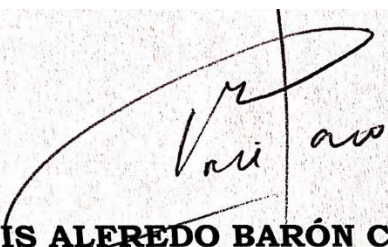


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
Salva voto



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS SAS, la suma de \$900.000 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 ALFONSO GRANADOS contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 **ALFONSO GRANADOS**, se **ordene** la ratificación del fallo de tutela mediante el cual se le otorgó la pensión y se anule las resoluciones a través de las cuales COLPENSIONES le niega la prestación, junto con el pago del retroactivo desde que adquirió el derecho a la pensión, más la reliquidación de la misma incluyendo los factores que el corresponden, la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 101 y 102).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 a 6), señaló que nació el 30 de septiembre de 1948 y cuenta con 1013 semanas cotizadas, las cuales en su mayoría efectuó como trabajador oficial y al 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad y 15 años cotizados, siendo beneficiario del régimen de transición, además de acreditar 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, por lo

que le es aplicable el artículo 12 del Decreto 758 de 1990. Sostiene que padece de enfermedades crónicas tales como: insuficiencia renal terminal, hipertensión, diabetes mellitus y EPOC. Refiere que mediante resoluciones GNR 235427 del 28 de septiembre de 2013, GNR 216737 del 13 de junio de 2014, GNR 335385 del 25 de septiembre de 2015, GNR 21779 del 31 de enero de 2015 y VPB 45508 del 15 de mayo de 2015, COLPENSIONES le negó la pensión de vejez. Finalmente, expone que interpuso acción de tutela la cual amparó sus derechos y raíz de ello, COLPENSIONES profirió la Resolución GNR 27524 del 24 de enero de 2017 a través de la cual le reconoció la pensión de vejez.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 121 a 130), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 5 y 6 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de 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 de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y carencia de causa para demandar.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 24 de julio de 2018 (CD – fl. 151), **declaró probada** la excepción de inexistencia del derecho, **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$250.000.

Fundamentó su decisión, indicando que el demandante es beneficiario del régimen de transición, toda vez que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 45 años de edad, además de contar con 876,4 semanas a entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005. En cuanto a la pensión de vejez, advierte que el accionante cumplió 60 años el 30 de septiembre de 2008 y según la historia laboral, se puede constatar que

dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad no cuenta con 500 semanas, como tampoco acredita 1000 cotizadas en cualquier tiempo, pues durante toda su vida cotizó al ISS hoy COLPENSIONES, 247.61 semanas y si bien cotizó al FONCEP del 25 de febrero de 1981 al 31 de diciembre de 1995, no resulta válido para acceder a la pensión, contabilizar dicho tiempo, por cuanto el Decreto 758 de 1990 no permite acumular cotizaciones de otras cajas o fondos, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia. Señala que tampoco se puede acudir a la Ley 71 de 1988 en la medida que esta exige 20 años de aportes y el demandante acredita 19 años y 6 meses de cotizaciones. Finalmente, expone que si bien el reconocimiento pensional obedeció a una decisión de tutela, también lo es que esta fue de carácter transitorio, lo que habilita al juez el estudio del derecho pretendido, de ahí que no pueda esgrimirse esa figura para concluir que esta asistido del derecho que se estudia.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que si le asiste derecho a la pensión de vejez, toda vez que cotizó 1000 semanas en cualquier tiempo las cuales están plenamente demostradas, por cuanto las cotizo tanto en el sector público como en el privado y al ser una persona en estado de vulnerabilidad, se le debe aplicar el principio de favorabilidad y condición más beneficiosa. Sostiene que al ser beneficiario del régimen de transición le asiste derecho a la pensión pues al sumar el tiempo público con el cotizado al ISS, da un total de 1020 semanas. Señala que hay decisiones de la Corte Suprema de Justicia en aplicación al principio de favorabilidad otorga pensiones, sin que se pueda estar acogiendo unas y otras no, sumado al hecho que existen pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que reconoce este tipo de pensiones, concretamente en la SU – 769 de 2014. Finalmente, aduce que lo que aquí se busca es el amparo al derecho al mínimo vital y salud de una persona que se encuentra en estado de vulnerabilidad.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante tiene derecho a la pensión de vejez en los términos del decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta para ello, el tiempo servido al sector público y no cotizado al ISS hoy COLPENSIONES.

Régimen de transición

Al respecto, se tiene que a folio 4 del expediente aparece copia del registro civil de nacimiento del actor, donde se evidencia que nació el 30 de septiembre de 1948, acreditando al 1° de abril de 1994, 45 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. 134 y 135), junto con el certificado de información laboral de folio 79, registra un total de **865.9** 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 actor es beneficiario del régimen de transición en la forma antes indicada, se tiene que la norma aplicable es con al que venía a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que no es otra que el Acuerdo 049 de 1990, que exige para acceder a la pensión, acreditar 60 años de edad el hombre y 55 la mujer, 1000 semanas en cualquier tiempo

o 500 cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Al constatar si cumple con los requisitos exigidos por la norma en cita para acceder a la pensión, se tiene que el 30 de septiembre de 2008 cumplió la edad de 60 años (fl. 4) y según el reporte de semanas de folios 134 y 135, cuenta con **247.61** semanas a 31 de julio de 2012, tiempo que no le permite acceder a la pensión.

No obstante, es del caso indicar que la Corte Constitucional en sentencia SU – 769 de 2014, señaló que para la aplicación del Acuerdo 049 de 190 aprobado por el Decreto 758 de 1990 se podían acumular las semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES con tiempo servido al Estado no cotizado, 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, empero, en reciente jurisprudencia varió su postura, acogiendo los planteamientos dados por la Corte Constitucional, 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.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 ultra activa 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 ultra activos 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 ultra activa 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)

Conforme a ello y atendiendo la jurisprudencia antes esbozada, encuentra la Sala que a folio 79, obra certificado de información laboral formato N° 1 (CLEB), en el que se evidencia que el accionante prestó sus servicios a la

SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS del 25 de febrero de 1981 al 16 de marzo de 1997, del cual, a partir del 1° de enero de 1996 se efectuaron los aportes al ISS, por lo que el tiempo no cotizado equivale a 764 semanas, que sumadas a las 247.61 aportadas a COLPENSIONES, arroja un total de **1.011.61 semanas** a 31 de julio de 2012; acreditando los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990.

Ahora en cuanto a la fecha de exigibilidad de la prestación, la misma lo será a partir del **1° de agosto de 2012**, esto es, desde el día siguiente a la fecha de la última cotización como independiente que data del 31 de julio de 2012.

Sin que la prestación se vea afectada por la prescripción, toda vez que el demandante solicitó la pensión el 28 de noviembre de 2012, a lo que COLPENSIONES mediante Resolución GNR 235427 del 18 de septiembre de 2013 negó la misma, contra dicho acto, el actor interpuso recurso de reposición el cual se resolvió con la Resolución GNR 216737 del 13 de junio de 2014 (CD – fl. 150), quedando agotada la vía gubernativa y el 18 de abril de 2017 (fl. 105), presentó la demanda, sin que entre una fecha y otra haya transcurrido el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL.

Respecto al monto de la pensión, efectuadas las operaciones aritméticas con el promedio de las cotizaciones y factores devengados en los 10 últimos años, para lo cual en tratándose del tiempo público no cotizado al ISS hoy COLPENSIONES se tomaron en cuenta los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994, arroja un IBL de \$1.114.443 al cual se le aplica una tasa de reemplazo del 75% que es la que le corresponde dado el número de semanas, para una mesada de **\$835.833 a 1° de agosto de 2012**.

Ahora, como quiera que COLPENSIONES a través de la Resolución GNR 27524 del 24 de enero de 2017 (fls. 6 a 10), le reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de febrero de 2017 en cuantía de \$737.717, es por lo que se le condenará al pago del retroactivo de las mesadas causadas entre el 1° de agosto de 2012 y el 31 de enero de 2017 por la suma de

\$52.835.114 y a partir del 1° de febrero de 2017, pagará únicamente las diferencias causadas entre la pensión que le otorgó y la que resultó de este proceso.

Finalmente, las sumas adeudadas por concepto de retroactivo y diferencias pensionales, deberán indexarse al momento de su pago con base en la fórmula expuesta para ello por la Corte Suprema de Justicia, para lo cual tomará como IPC INICIAL el de la anualidad anterior a cada mesada y diferencia y como IPC FINAL el de la anualidad anterior a la fecha de pago.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia de primer grado, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada al reconocimiento de la pensión de vejez en la forma antes anotada.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de 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 que trata el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, **en cuantía de \$835.833 desde el 1° de agosto de 2012**, para lo cual cancelará el retroactivo de las mesadas causadas entre el 1° de agosto de 2012 y el 31 de enero de 2017 por la suma de **\$52.835.114** y a partir del 1° de febrero de 2017, pagará únicamente las diferencias causadas entre la pensión que le otorgó y la que resultó de este proceso, conforme a lo expuesto en este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a indexar las sumas adeudadas por concepto de retroactivo y diferencias pensionales, teniendo en cuenta la fórmula expuesta en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

CUARTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

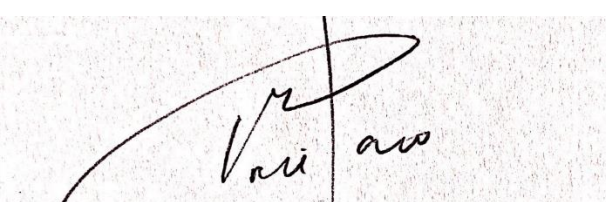


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, la suma de \$900.000 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 JACINTO GÓMEZ contra CEMEX COLOMBIA S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 **JACINTO GÓMEZ**, se **declare** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 14 de enero de 1959 hasta el 21 de marzo de 1973. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada al pago de la pensión sanción desde el 8 de octubre de 1993, junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso (fls. 4 y 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 y 6), señaló que laboro para CEMENTO DIAMANTE S.A. hoy CEMEX COLOMBIA S.A. desde el 14 de enero de 1959 hasta el 22 de marzo de 1973, desempeñando el cargo de chofer de maquinaria pesada, sin que la empresa lo afiliara al fondo de pensiones y le pagara los aportes a pensión. Finalmente, refiere que la relación laboral culminó por mutuo acuerdo

entre las partes, sin que la sociedad pese a aceptarle la renuncia le reconociera la pensión.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CEMEX COLOMBIA S.A. contestó la demanda (fls. 71 a 79), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, niega los contenidos en los numerales 3, 6, 9 y 10 y acepta los demás. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa e inexistencia de la obligación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 31 de julio de 2018 (CD – fl. 119), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$300.000.

Fundamentó su decisión, indicando que la norma que gobierna la pensión solicitada es la que se encontraba vigente al momento en que se produjo el despido injusto o retiro voluntario, esto es, el artículo 8° de la Ley 171 de 1961. Refiere que al constatar si se cumplen los requisitos de la norma en cita para acceder a la prestación, frente al tiempo laborado, se evidencia que el demandante laboró para CEMENTOS DIAMANTE del 14 de enero de 1959 al 22 de marzo de 1973, es decir, 14 años, 2 meses y 8 días y en lo que se refiere a la terminación del contrato, sostiene que no se probó que este haya culminado por despido injusto, ya que con la carta del 20 de marzo de 1973 se lee que la intención del mismo fue retirarse voluntariamente, el cual fue aceptado por la empresa el 21 del mismo mes y año y que se corrobora con la certificación expedida por la sociedad en al que indica que el actor presentó renuncia voluntaria, por lo que al no encontrarse probado el despido injusto, no es dable acceder a la primera de las hipótesis planteadas para la pensión restringida de jubilación. Menciona que lo atinente a la prestación por retiro voluntario, la norma exige que se debe acreditar 15 años de servicio a la fecha de retiro, el cual el accionante no cumplió, n tanto solo demostró 14 años, 2 meses y 18

días a servicio de CEMENTOS DIAMANTE, lo cual no le permite acceder a la pensión reclamada, por lo que niega las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que se debió efectuar un análisis de la carta de retiro voluntario, la cual devino por lo que es conocido por la doctrina como un despido indirecto, esto es, por causa atribuible al empleador quien presiona al trabajador y lo lleva a esa situación y en este caso, la renuncia lo fue por causa del patrono, de ahí que el presupuesto del despido que se exige para que proceda la pensión sanción se encuentra satisfecho.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante tiene derecho a la pensión sanción o restringida de jubilación contemplada en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961.

Pensión sanción y 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 primero del artículo 8° de la ley 171 de 1961 esto es, despido injusto y 10 años y menos de 15 de servicio a la empresa y 60 años de edad (éste último solo de exigibilidad para el pago), se tiene que nació el 8 de octubre de 1933 (fl. 30), cumpliendo la edad el mismo día y mes del año 1993, así mismo y en lo que al tiempo de servicio se refiere, según la documental de folio 88, se evidencia que laboró al servicio de CEMENTOS DIAMANTE S.A. hoy CEMEX COLOMBIA S.A. desde el 14 de enero de 1959 hasta el 21 de marzo de 1973, para un total de servicios prestados de **14 años, 2 meses y 8 días**, cumpliendo así con el requisito de tiempo.

En cuanto a las causas que dieron origen al retiro de la empresa, se tiene que en los hechos 8° y 10° de la demanda (fl. 6), el demandante hace alusión a que el vínculo que unió a las partes culminó por mutuo acuerdo entre ellas, así mismo, a folios 80 y 81, aparece copia de la carta de renuncia y de aceptación de la misma, como también en el folio 86 se evidencia que el actor hace constar que el contrato finiquitó por renuncia voluntaria y que la sociedad aceptó la misma y le pagó los salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho.

De lo anterior se colige, que el contrato de trabajo culminó por retiro voluntario del trabajador y no a causa de un despido injustificado; luego es claro que no se dan las previsiones del inciso primero del artículo 8° de la Ley 171 de 1961 para que el actor acceda a la pensión sanción.

Ahora, si bien el recurrente manifiesta que se debe analizar la carta de renuncia ya que lo que se dio fue un despido indirecto, lo cierto es no puede la Sala abordar tal situación en tanto se trata de un hecho nuevo que no fue discutido en el proceso, tan así que, como se indicó, en los hechos 8° y 10° de la demanda señaló que el contrato terminó por mutuo acuerdo, sin que de la lectura del libelo se haya hecho alusión a la existencia de un despido indirecto al punto, que en las pretensiones de la demanda no pide la declaratoria del mismo, sin que el recurso de alzada sea la oportunidad procesal para modificar y/o adicionar la demanda;

luego debió dentro del estadio procesal pertinente solicitar su reforma en ese aspecto.

Finalmente, en lo que se refiere a la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario, si bien se encuentra acreditado que el contrato finalizó por renuncia del trabajador, no sucede lo mismo con el tiempo de servicios, habida cuenta que como se indicó en líneas anteriores, el demandante laboró para CEMENTOS DIAMANTE 14 años, 2 meses y 8 días, esto es menos de 15 años que es el tiempo establecido en la norma en cita para acceder a la prestación deprecada.

Así las cosas, como quiera que no se dan los presupuestos para que el demandante acceda a la pensión sanción y/o restringida de jubilación contenida en el artículo 8° de la ley 171 de 1961, es por lo que sin más consideraciones se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

En esta instancia a cargo del demandante.

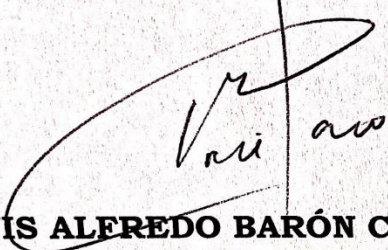
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

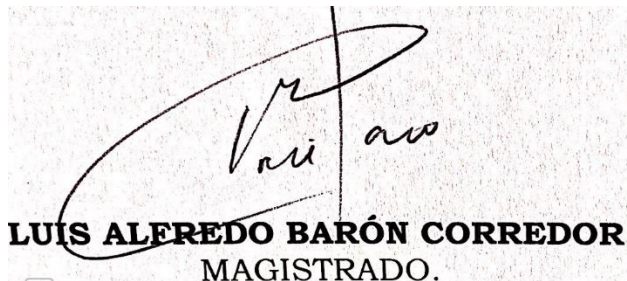
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante, 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 NESTOR JAIME CASTAÑEDA BOHORQUEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 **NESTOR JAIME CASTAÑEDA BOHORQUEZ**, se **declare** que causó el derecho a la pensión de vejez a partir del 30 de diciembre de 2014, bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada al pago de la pensión de vejez a partir del 1° de octubre de 2018, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 87%, liquidada sobre los aportes efectuados en los últimos 10 años, más los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 a 6), señaló que mediante Resoluciones GNR 006480 del 1° de febrero de 2013, GNR 77312 del 10 de marzo de 2014, GNR 251013 del 11 de julio y VPV 16847 del 29

de septiembre de 2014, COLPENSIONES le negó la pensión de vejez. Refiere que sumadas las semanas cotizadas junto con el tiempo público, acredita un total de 1.216 semanas. Sostiene que para el reconocimiento de la pensión, tiene derecho a que se le incluya el tiempo público, al igual que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 40 años de edad y 929 semanas a la vigencia del acto legislativo 01 de 2005, además de acreditar más de 1000 semanas al 31 de diciembre de 2014. Finalmente, expone que elevó reclamación ante la accionada el 21 de agosto de 2018, sin que a la fecha haya recibido respuesta alguna.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 63 a 66), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, no le constan los contenidos en los numerales 9, 10, 13 y 16 y acepta los demás. Propuso como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y caducidad sobre mesadas pensionales y otros, inexistencia relación contractual con empleadores morosos, inexistencia cobro prejubilado y cálculo actuarial presuntivo y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de febrero de 2020 (CD – fl. 81), **condenó** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1° de octubre de 2018, en cuantía de \$741.242, junto con los incrementos anuales, por 13 mesadas al año, generando un retroactivo por la suma de \$14.768.279 a 31 de enero de 2020, **autorizó** a la demandada para que del retroactivo descuenta el porcentaje que corresponde por concepto de aportes a salud, **absolvió** a la accionada del pago de intereses moratorios y **ordenó** el pago indexado de los valores adeudados, **declaró** no probadas las excepciones propuestas, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que para el 1° de abril de 1994, el demandante contaba con 42 años de edad y 652.57 semanas, siendo beneficiario del régimen de transición por edad el cual se extendió hasta el

31 de diciembre de 2014, ya que a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 acreditaba 927.57 semanas. Refiere que al contabilizar las semanas cotizadas a fin de establecer si tiene derecho a la pensión en los términos del Decreto 758 de 1990, se observa que para la data en comento contaba con 543.86 semanas cotizadas al sector privado y 63 años de edad, sin cumplir con el tiempo requerido para acceder a la prestación, no obstante, sostiene que en sentencia SU 769 de 2014, la Corte Constitucional indicó que era posible acumular el tiempo en el sector público y las cotizaciones efectuadas en el sector privado, a fin de dar aplicación al Acuerdo 049 de 1990, por lo que al cotizar el actor 543.86 semanas y prestar sus servicios en el sector público durante 613.42 semanas, acredita un total de 1.157.28 semanas. Menciona que con base en la sentencia de unificación en comento y sumadas las semanas como se indicó, tiene derecho al reconocimiento de la pensión a partir del 1° de octubre de 2018, teniendo en cuenta que la última cotización la realizó el 30 de septiembre de esa anualidad. Sobre el monto de la prestación, aduce que la misma se liquida con el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, aplicando una tasa de remplazo del 84%, arrojando una mesada pensional de \$781.242 que corresponde al salario mínimo legal mensual vigente, ya que en ese lapso su IBC fue el mínimo. Finalmente, en lo atinente a los intereses moratorios, aduce que como quiera que la demandada negó la pensión amparada en las normas y línea jurisprudencial vigente para el momento del estudio de la prestación, no es viable efectuar condena alguna por dicho concepto.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando que la prestación le sea reconocida desde el 31 de diciembre de 2014, fecha en la cual cumplió con los requisitos para acceder a la prestación, ya que ante la negativa de COLPENSIONES de reconocerle la pensión, se vio obligado a seguir cotizando para garantizar su derecho pensional y por ello, no tiene porqué asumir cargas injustificadas.

CONSULTA

COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión también 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 tiene derecho a la pensión de vejez en los términos del decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta para ello, el tiempo servido al sector público y no cotizado al ISS hoy COLPENSIONES.

Régimen de transición

Al respecto, se tiene que a folio 13 del expediente aparece copia de la cédula de ciudadanía del actor, donde se evidencia que nació el 21 de julio de 1951, acreditando al 1º 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 párrafo transitorio 4º 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 (CD - fl. 72), junto los certificados de información laboral de folios 33 y 37, registra un total de **923.57** 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 actor es beneficiario del régimen de transición en la forma antes indicada, se tiene que la norma aplicable es con al que venía a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que no es otra que el Acuerdo 049 de 1990, que exige para acceder a la pensión, acreditar 60 años de edad el hombre y 55 la mujer, 1000 semanas en cualquier tiempo o 500 cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Al constatar si cumple con los requisitos exigidos por la norma en cita para acceder a la pensión, se tiene que el 21 de julio de 2010 cumplió la edad de 60 años (fl. 13) y según el reporte de semanas contenida en el CD de folio 72, cuenta con **393.14** semanas a 31 de diciembre de 2014, tiempo que no le permite acceder a la pensión.

No obstante, es del caso indicar que la Corte Constitucional en sentencia SU – 769 de 2014, señaló que para la aplicación del Acuerdo 049 de 190 aprobado por el Decreto 758 de 1990 se podían acumular las semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES con tiempo servido al Estado no cotizado, 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, empero, en reciente jurisprudencia varió su postura, acogiendo los planteamientos dados por la Corte Constitucional, 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 párrafo 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 ultra activa 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 ultra activos 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 párrafo 1.º del artículo 33 y el párrafo 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.

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 ultra activa 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.

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)

Conforme a ello y atendiendo la jurisprudencia antes esbozada, encuentra la Sala que a folios 32 y 37, obran certificados de información laboral formato N° 1 (CLEB), en los que evidencia que el accionante prestó sus servicios a TELECOM del 20 de junio de 1969 al 22 de octubre de 1977, menos 10 días de interrupción, equivalentes a 428 semanas y al HOSPITAL OLAYA HERRERA ESE del 7 de mayo de 1985 al 7 de diciembre de 1988, para 184 semanas, que sumadas a las 561.29 cotizadas a COLPENSIONES, arroja un total de **1.173.29 semanas** a 30 de septiembre de 2014, de las cuales, 1.005.14 se cotizaron al 31 de diciembre de 2014, esto es, para la data en que culminaba el régimen de transición; luego es claro que el demandante acreditó los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990.

Ahora en cuanto a la fecha de exigibilidad de la prestación, la misma lo será a partir del **1° de octubre de 2018**, esto es, desde el día siguiente a la fecha de la última cotización como independiente que data del 30 de septiembre de 2018.

Sin que sea dable como lo pretende el recurrente, que la prestación se reconozca desde el 31 de diciembre de 2014, pues si bien para esa calenda cumplió los requisitos para acceder a la pensión, lo cierto es que revisadas

las pretensiones de la demanda concretamente la segunda (fl. 4), en esta se pidió concretamente el reconocimiento de la pensión a partir del 1° de octubre de 2018, sin hacer mención alguna a su otorgamiento desde el 31 de diciembre de 2014, tan así que el a quo no se pronunció al respecto, pues concedió la pensión desde la fecha solicitada en el libelo progenitor. Aunado a ello, no sobra recordar que el recurso de alzada y lo alegatos en segunda instancia, no son la etapa procesal oportuna para reformar y/o adicionar la demanda; luego debió dentro del estadio procesal pertinente solicitar la reforma de la demanda en ese aspecto.

Respecto al valor de la mesada pensional, la misma será el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente como lo determinó el a quo, como quieras que sobre esto no hubo reparo por las partes, como tampoco en lo atiente a los descuentos sobre el retroactivo por concepto de aportes a salud, ni la negativa a conceder los intereses moratorios. Aspectos estos sobre los cuales no se efectuará ningún pronunciamiento.

Finalmente, el lo que al valor del retroactivo se refiere, el mismo se calculará del 1° de octubre de 2018 al 30 de noviembre de 2020, dada la fecha de esta sentencia, sin perjuicio de las mesadas que se sigan causando hasta su inclusión en nómina, arrojando la suma de **\$23.546.309**, que corresponde 4 mesadas para 2018 incluida la adicional de diciembre por valor de \$781.242 cada, 13 mesadas a 2019 por \$828.116 y 11 mesadas a 30 de noviembre de 2020 en la suma de \$877.803 cada una.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ EL ORDINAL PRIMERO** de la sentencia de primer grado, únicamente en lo que al valor del retroactivo 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,

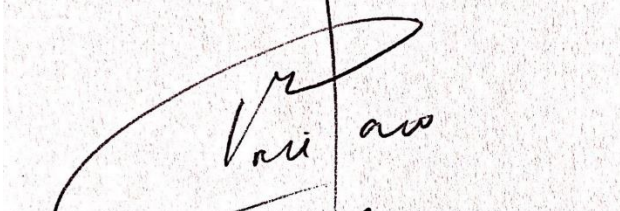
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada y consultada, únicamente en lo que al valor del retroactivo se refiere, el cual del 1° de octubre de 2018 al 30 de noviembre de 2020, asciende a **\$23.546.309**, conforme a lo expuesto en este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia objeto de alzada y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
Aclara Voto

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 EDGAR ALBERTO DORADO PALACIOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLFONDOS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 **EDGAR ALBERTO DORADO PALACIOS**, se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizada del ISS hoy COLPENSIONES a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLFONDOS S.A., se **declare** que para todos los efectos legales el demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES, se **condene** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLFONDOS S.A. a trasladar el valor total de los aportes realizados por el demandante junto con todos los rendimientos causados, bonos pensionales y sumas adicionales con sus respectivos intereses a COLPENSIONES, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho (fls. 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 a 5), señaló que nació el 8 de mayo de 1957, que estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida desde el 5 de diciembre de 1985 hasta el 30 de septiembre de 1994, que estuvo afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social desde el 18 de abril de 1988 hasta el 30 de septiembre de 1994, que al momento de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad había efectuado aportes para un total de 369 semanas cotizadas, que para motivar el traslado el vendedor de COLFONDOS le dijo que el ISS desaparecería, insinuando que su pensión estaría en riesgo de perderse, asegurándole que se pensionaría antes y mejor en COLFONDOS, que al momento de trasladarse le informaron que el monto de su mesada pensional sería inferior en más de un 31% a la que devengaría en caso de haber continuado en el régimen de prima media, que nunca le informaron las características del régimen al que se estaba trasladando, que la parte demandada omitió el deber de información, que se enteró del engaño al que había sido sometido al momento en que solicitó a COLFONDOS un estimativo del valor de su pensión, siendo un resultado categórico ya que en COLFONDOS le esperaba una pensión en el 46% de su IBC, el valor esperado de la pensión fue de \$2.857.332, mientras que su aporte mensual lo fue sobre un IBC de \$6.099.000.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 27 a 41), en la que se opuso a las pretensiones de esta, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2 y 14, no constarle los numerales 3, 5, 11, 12, 13 y 15, propuso como excepciones de fondo error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica.

La **AFP COLFONDOS** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda y en cuanto a los hechos admitió el numeral 5, no constarle los numerales 1 a 4 y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo validez de la afiliación al RAIS, inexistencia del vicio del

consentimiento por error de derecho, prescripción e innominada o genérica (fls. 68 a 76).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 31 de octubre de 2018 (CD – fl. 146), **declaró** la ineficacia y/o nulidad de la afiliación efectuada por el actor a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLFONDOS S.A., realizada el 15 de septiembre de 1994, **declaró** como aseguradora del demandante a los riesgos de invalidez, vejez y muerte la ADIMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, **condenó** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLFONDOS S.A. a devolver la totalidad de los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese y **condenó** en costas a las demandadas.

Fundamentó su decisión, señalando que de acuerdo a los elementos probatorios y la normatividad aplicable al caso, así como de la jurisprudencia de la Sala de Laboral de la CSJ, se llegaba a la siguiente conclusión: que era la entidad demandada la encargada en demostrar que no existió vicios del consentimiento en el traslado del demandante, para lo cual se tenía que con las pruebas allegas no se había tenido certeza del profesionalismo que tenía el asesor al momento del traslado a fin de establecer si el mismo había sido bueno, claro y concreto, pues no se había señalado las circunstancias de tiempo, modo y lugar donde se había firmado, ni quien fue el encargado de asesorar al demandante para el traslado de fondo, por lo que no se había probado el deber de información, de manera que no le era permitido realizar el cambio del régimen de pensiones.

En cuanto a los vicios del consentimiento, refirió que era necesario que COLFONDOS demostrará que el asesor no había desplegado una conducta dolosa y maliciosa al momento de suscribir el formulario de afiliación, tampoco demostró la capacidad de asesoramiento y nivel académico que

tenían sus empleados para ofrecer el traslado de fondo, no siendo dable predicarse la existencia de consentimiento libre y voluntario al momento del traslado del régimen de pensiones del accionante, ya que se no se había probado que estuviera ajustado a los principios que gobiernan el sistema de seguridad social y a las reglas de libertad de escogencia del mismo la cual estaría sujeta de comprobación frente a que existió libertad informada, razón por la cual condenó a las demandadas a las suplicas de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando sea revocada la decisión de primera instancia como quiera que el demandante reiteraba en su interrogatorio de parte que la firma del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual se había realizado de manera libre, en donde además manifestó que no existió ningún tipo de presión, demostrándose de tal manera que la afiliación se realizó de manera voluntaria, reitera se tenga en cuenta que el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal, por cuanto esta cercano a cumplir la edad de pensión y en estos casos, la Corte Constitucional ha señalado que en varias de sus sentencias como en la C-1024 de 2004, que la razón de ser de esta prohibición es evitar una descapitalización del fondo de permitir que personas que no han contribuido al fondo resulten beneficiarias de las condiciones del mismo, en este caso el demandante dejó de contribuir al régimen de prima media desde el 15 de septiembre de 1994, si se permitiera que el afiliado retornará se estaría afectando no solamente el concepto constitucional de equidad, sino también el principio de eficiencia pensional y se pondría en riesgo la garantía irrenunciable de la pensión de los demás cotizantes que de manera constante han realizado sus debidos aportes.

Adicionó, indicando que el demandante una vez firmó el formulario aceptó directamente todas las condiciones propias del régimen al cual se estaba afiliando que en este caso es el régimen de ahorro individual con solidaridad y si tenía alguna duda sobre el régimen podía acudir a la Ley 100 de 1993 en donde consta todas las características del mismo, aceptando en su interrogatorio de parte que solo se vino a preocupar de su situación pensional hasta el año 2017, es decir, que el demandante no realizó ningún tipo de

conducta tendiente a informarse frente a su situación, razón por la cual este tipo de negligencia no debería ser premiada.

La parte **demandada COLFONDOS** también interpuso recurso de apelación indicando que la sentencia descansaba sobre inversión de la carga de la prueba, aspecto frente al cual debe señalarse que el artículo 167 del CGP el cual indica que la carga de la prueba podrá ser distribuida de oficio o a petición de parte durante el proceso, en este caso al momento del decreto de las pruebas de ninguna manera hubo distribución de la carga de la prueba, de tal manera que existe una falencia en aplicación del artículo 167 del CGP.

De igual manera, debe tenerse en cuenta que la CSJ de ninguna manera ha indicado que se invierte la carga de la prueba en contra de la AFP, sobre este aspecto debe tenerse en cuenta que la buena fe se presume constitucionalmente, de tal manera que la carga en demostrar de que hubo un vicio del consentimiento de un engaño no le corresponde a COLFONDOS, por lo tanto, la violación de la buena fe debe ser demostrada por parte del demandante, quien no realizó ningún tipo de esfuerzo para demostrar que efectivamente existió un vicio del consentimiento, que tampoco se discutió ni hizo parte del proceso el profesionalismo por parte del asesor comercial de la entidad, por lo que se está haciendo alusión a una presunta falta de profesionalismo que de manera alguna viene a ser probada por parte de los demandantes, por lo que al actor también le incumbe por lo menos una carga, que el hecho de no existir una prueba documental no era dable llegar a la conclusión de que no existió una debida asesoría, pues las normas vigentes para el año 1994 no exigían la obligación para la AFP de documentar las asesorías que se estaban brindando, siendo entonces una prueba imposible de aportar.

Por último, debe tenerse en cuenta que la simple diferencia de mesadas al final del periodo de cotización no implica la existencia de un vicio del consentimiento y un engaño, debe tenerse en cuenta que el régimen de prima media las mesadas se liquidan con el IBC de los últimos 10 años, por lo que es en estos últimos años es que el devenir de la vida laboral los trabajadores ascienden a unos mejores salarios, aspectos que resultan imprevisibles para la AFP, por lo que no se puede pretender que se reconozca una mesada

pensional o parecida a la que ofrece el régimen de prima media, no siendo dable que por la forma en como se liquidan las pensiones resulte un vicio de consentimiento por error o engaño

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

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 el demandante a través de la AFP COLFONDOS S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, si 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 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 el señor EDGAR ALBERTO DORADO PALACIOS el 15 de septiembre de 1994 (fl. 77), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A., encontrándose afiliado en la actualidad a ésta, efectuando cotizaciones en el RAIS desde el 1° de octubre de 1994 (fl.80), aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 5 de diciembre de 1985 al 10 de diciembre de 1986 y a CAJANAL desde el 18 de abril de 1988 al 30 de septiembre de 1998 (fls. 13 a 20).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 77 a 78 se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea y que había sido asesorado 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 COLFONDOS S.A., debía 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, de manera que si bien el demandante reclamó mucho tiempo después tales inconsistencias no conlleva a establecer que la ineficacia de

dicha afiliación no deba tenerse en cuenta, pues precisamente fue al momento en que consideró que podía acceder al reconocimiento de la pensión que supo de las desventajas que tenía al trasladarse de régimen, información que no fue suministrada en su debida oportunidad, por lo cual no puede echársele tal responsabilidad al actor cuando la misma recaía exclusivamente en la entidad quien no demostró lo contrario.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a COLFONDOS, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado y afiliación a ésta y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, de ahí que el traslado se torne ineficaz, aspecto que ha sido ampliamente establecido por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, de manera que no resulta acertado indicar que el Juez debía al momento del decreto de las pruebas distribuir a quien le correspondía dicha carga.

Ahora, si bien el demandante tenía a su alcance la Ley 100 de 1993, donde se establecen las características del régimen de ahorro individual al momento del traslado, lo cierto es que no era deber de él conocer con plena claridad como rige este tipo regímenes, toda vez que la obligación estaba en cabeza del asesor, quien era la persona idónea 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, de suerte, que el tema del profesionalismo del asesor sí fue parte del litigio, pues es una de las características fundamentales que debe tener todo fondo de pensiones a fin de brindarle al afiliado confianza en la decisión tomada.

De otro lado, si bien el actor al momento del traslado se encontraba afiliado a CAJANAL, tal situación no implica que no pueda declararse la ineficacia del traslado y sus correspondientes consecuencias, toda vez que no puede desconocerse que en la Ley 1151 de 2007, ordenó la liquidación definitiva de CAJANAL EICE, hecho que ocurrió en efecto un par de años después con

la expedición del Decreto 2196 de 12 de junio de 2009, a través del cual se suprimió CAJANAL EICE y se ordenó su liquidación, lo anterior implica que debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto 692 de 1994, que dispone: *“(...) Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están. Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación”*.

En virtud de la referida norma, podrían continuar vinculados a CAJANAL, mientras no se ordenará su liquidación, pero como con posterioridad de su traslado al RAIS, este hecho se presentó, y su intención con la presente demanda es regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida será COLPENSIONES la entidad encargada de recibirlos y de activar su afiliación, pues así también lo permite el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

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 tercero del proveído apelado, en el sentido de ordenar a COLFONDOS 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 del 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 las demandadas.

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 TERCERO de la sentencia apelada, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a COLFONDOS S.A. 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.

11

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

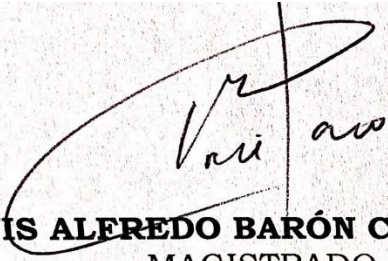


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de las demandadas en la suma de \$ 900.000, para cada una.



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 RICHARD IGNACIO BUITRAGO
HERNÁNDEZ CONTRA LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 **RICHARD IGNACIO BUITRAGO HERNÁNDEZ** se **declare** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de noviembre de 2000 hasta el 17 de diciembre de 2014, desempeñándose en el cargo de asesora en el área de coordinación de egresados y prácticas empresariales, se declare que debe ser reintegrada al cargo que venía desempeñando u a otro de mejor calidad. De manera subsidiaria, solicita se condene a la demandada al pago de los sueldos dejados de cancelar desde el 15 de agosto de 2014 al 17 de diciembre de 2014, se condene al pago de vacaciones y prima de vacaciones desde el año 2007 al 2014, se condene a la prima de servicios legales, cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no pago a las cesantías, sanción por el no pago a los intereses a las cesantías y auxilio de alimentación de toda la relación laboral, se condene a cancelar y actualizar la historia laboral en pensiones correspondiente a los aportes patrono laborales, se condene a los aportes a seguridad social, se condene al pago de riesgos laborales, se condene a la

indemnización por la terminación del contrato sin justa causa, se condene a la indemnización moratoria, se condene a la indexación, se condene ultra y extra petita (fls. 59 a 60).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 60 a 64), señaló que se vinculó a la Fundación San Martín a través de un contrato a término indefinido, que el día 17 de diciembre de 2014 al regresar de vacaciones no pudo ingresar a laborar, porque la torre 7 en donde trabajaba y las demás instalaciones se encontraban cerradas, que al no poder ingresar llamó a sus jefes directos quien le indicó que le informaría vía whatsapp cuando podía volver a ingresar, sin embargo, hasta el momento de la interposición de la demanda no se había dado ninguna directriz, que el sueldo que percibía para el momento de la terminación de las vacaciones correspondía a la suma de \$1.400.000, que durante su vinculación no recibió prestaciones sociales.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN** contestó la demanda (fls. 94 a 96), en la que se opuso a las pretensiones de esta, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 5, 16 a 18, no constarle el numeral 3 y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de las obligaciones cuyo cumplimiento de demanda y falta de causa, falta de objeto y causa para demandar fuerza mayor, prescripción e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 25 de julio de 2018 (CD – fl. 43), **declaró** parcialmente probada la excepción de prescripción, **condenó** a la demandada a las siguientes sumas y conceptos:

“-\$14.700.000 por salarios dejados de pagar desde el 15 de agosto de 2014 al 30 de junio de 2015.

-\$4.246.667 por prima de servicios desde el 18 de junio de 2012 al 30 de junio de 2015.

-\$9.752.867 por auxilio de cesantías desde el 1° de enero de 2006 al 31 de diciembre de 2014.

-\$768.571,48 por intereses a las cesantías con sanción, desde el 18 de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2014”.

Condenó a la demandada a pagar indexadas las anteriores sumas desde que se hicieron exigibles y hasta que el pago se haga efectivo, **condenó** a la demandada a trasladar los aportes en seguridad social en pensión que le corresponda al demandante con base en el cálculo actuarial que efectuó la administradora de fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado por lo periodos comprendidos entre el 12 de junio de 2006 al 30 de junio de 2015, tomando en cuenta un salario mensual de \$648.000 desde junio de 2006 hasta julio de 2007, \$1.000.000 desde agosto de 2007 hasta diciembre de 2010 y \$1.400.000 para los años 2011 a 2015, **absolvió** a la demandada de las restantes pretensiones.

Fundamentó su decisión señalando que no existía discusión en cuanto a la relación laboral que había unido a las partes y la cual había finalizado el 17 de diciembre de 2014, toda vez que así lo había aceptado la demandada en su contestación, adujo que de los medios probatorios se advertía sin lugar a dudas que el señor Buitrago había prestado sus servicios personales a la Fundación Universitaria San Martín a partir del 12 de junio del 2006, sin embargo, no era procedente declarar como extremo final de la relación el 17 de diciembre de 2014, por cuanto la parte actora no había allegado prueba que demostrará la terminación del contrato de trabajo, por el contrario, en su interrogatorio de parte se había indicado que había sido reintegrado a sus labores a partir del 1° de junio de 2015, en tal sentido se tenía que el demandante se encuentra vinculado para la entidad demandada.

En cuanto a la excepción de prescripción, estableció que la misma no procedía en relación a auxilio de cesantías no prescribe, frente a las demás acreencias indicó que el actor el día 26 de julio de 2010, había solicitado el pago de la prima de servicios de los años 2007 a 2010, encontrándose interrumpida la prescripción hasta el 26 de julio de 2013, en relación a las demás manifestó que no se evidenciaba reclamación alguna, habiendo transcurrido el término trínela por lo que debía declararse la prescripción de las mismas con anterioridad al 18 de junio del año 2012.

En cuanto al auxilio de las cesantías, refirió que desde el 1° de enero de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2014, las mismas ascendía a la suma de

\$9.752.867, ordenando que dicha suma fuera consignada al fondo de cesantías, teniendo en cuenta que el vínculo laboral se encuentra vigente.

Sobre los intereses a las cesantías, sostuvo que en virtud del artículo 1° de Ley 52 de 1975 es obligación del empleador reconocer y pagar intereses del 12% anual sobre los saldos que, al 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantías, por lo que hechas las operaciones aritméticas se adeudan por este concepto desde el 18 de junio de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2014 la suma de \$384.185. Así mismo, ordenó el pago de un concepto igual por sanción por el no pago de los intereses a las cesantías de manera oportuna de conformidad con lo establecido en el numeral segundo del artículo 99 de la ley 50 de 1990.

Por último, en cuanto a las vacaciones refirió que había quedado demostrado que el trabajador se encontraba vinculado con la empresa, razón por la cual no era procedente la compensación de las vacaciones durante todo el tiempo laborado, aunado a que tal petición resultaba contradictorio a los hechos de la demanda, toda vez que allí indicaba en el hecho 2° textualmente “*el 17 de diciembre de 2014 al regresar de vacaciones*”, lo que se desprende que ha disfrutado de sus vacaciones, en ese sentido estableció que no era dable ordenar pago por dicho concepto, máxime que en el interrogatorio de parte no había hecho referencia a que se estuviera adeudando las mismas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante** interpuso recurso de apelación, en relación a la manera en cómo se habían liquidado los intereses a las cesantías, teniendo en cuenta que para el último año ya tenía acumulado \$9.700.000, de manera que no daría el porcentaje liquidado por el despacho, toda vez que las mismas corresponde al 12%, por lo que sería superior a \$1.164.000 en un solo año y los años anteriores, que si bien se va restando cada uno de los años, se tiene que los mismos deben multiplicarse en cada año por el 12%, ya que no fue posible la sanción moratoria que indica la norma por no consignarlas, solicita también se verifique esta circunstancia y se liquiden los intereses

como dicen año a año por la tasa del 12% que indica la norma y se aplique la sanción moratoria, toda vez que no se le ha pagado a un fondo ni se le ha entregado al trabajador hasta el momento. Adicionalmente, solicita se liquiden los demás factores como primas y vacaciones por cuanto considera que no fueron bien liquidados, pues a su consideración debe ser en un mayor valor.

La **parte demandada** también interpuso recurso de apelación argumentando que se estaba condenando a la demandada al pago de las cesantías desde el 1° de enero de 2006, frente a lo cual era de aclarar que tal y como constaba dentro del expediente en las diversas liquidaciones y certificaciones, que la fecha de ingreso o de celebración del contrato con la fundación universitaria San Martín no fue para el 1° de enero de 2006, si no para mediados de dicho año tal y como reposa dentro del expediente.

Agrega que, al condenarse al pago de los intereses a las cesantías se ordenó también el pago de la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, sin embargo, dando alcance a los argumentos utilizados por el despacho, es importante aclarar que la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías no está solicitada como pretensión principal, sino como pretensión subsidiaria, así como no se dispuso dentro del escrito de demanda que se sancionaría de forma ultra y extra petita, razón por la cual solicita al Honorable Tribunal se haga el respectivo reajuste frente a las cesantías y los intereses a las cesantías.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si efectivamente el extremo inicial de la relación laboral correspondió para mediados del 2006, si la forma en cómo se liquidaron los intereses a las cesantías se encuentran de manera correcta, si debe condenarse a la indemnización por el no pago a los intereses a las cesantías, si hay lugar a la sanción por no consignación a las cesantías y si la liquidación de las primas y vacaciones se encuentra ajustadas.

Contrato de Trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre las partes, la cual fue declarada por el *a quo* en la sentencia objeto de apelación sin que alguna de ellas presentara reparo alguno al respecto, de donde se colige que el señor RICHARD IGNACIO BUITRAGO labora al servicio de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN, vínculo laboral que fue suspendido el 17 de diciembre de 2014 y reanudado a partir del 1° de julio de 2015, como consta de la contestación de la demanda y de la documental que milita a folio 42 del expediente, ejerciendo el cargo de auxiliar administrativo, devengando como salarios los siguientes: para el año 2006 a julio de 2007 la suma de \$648.000, de agosto de 2007 hasta diciembre de 2010 la suma de \$1.000.000 y para los años 2011 a 2015 la suma de \$1.400.000.

Extremo inicial de la relación laboral

Indica la parte demandada que el extremo inicial de la relación laboral no lo fue a partir del 1° de enero de 2006 como lo estableció la Juez de primera instancia, sino que de acuerdo a la prueba documental lo fue a partir de mediados de ese año, verificado el contrato inicialmente celebrado entre las partes el cual se encuentra a folio 21 del expediente, se puede ver que el contrato se celebró el día 12 de junio de 2006, aspecto que se corrobora con cada una de las certificaciones expedidas por la fundación (fls. 30 a 42), lo cual resulta ser cierto de que la relación laboral no inició el 1° de enero de 2006. No obstante, al realizarse el cálculo de las operaciones aritméticas teniendo en cuenta los salarios enunciados por la *a quo* y tomando como extremo final el 31 de diciembre de 2014, arroja un valor superior a la establecida por la Juez que correspondió a \$9.752.867, ya que da como resultado la suma de \$9.772.666,67, siendo menos beneficioso para el único apelante, en relación a este ítem, motivo por el cual no se modificará el valor de esta condena.

Intereses a las cesantías e indemnización por el no pago de intereses a las cesantías

Para resolver la controversia es necesario traer a colación lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, la cual establece lo siguiente:

***“Artículo primero.** A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantías a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1° del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que, al 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

2°. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

***3°. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados** (subrayado y negrilla fuera del texto original).*

4°. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables”.

De acuerdo a la norma en cita, se tiene que el empleador deberá reconocerle al trabajador intereses del 12% anual sobre los saldos que al 31 de diciembre de cada año tenga por concepto de cesantías, debe resaltarse que este concepto se encuentra afectado por el fenómeno prescriptivo, aspecto sobre el cual no tuvieron reparo las partes, lo cual tampoco resulta desacertado, pues se ajusta a la realidad jurídica, de manera que procederá esta Sala de decisión determinar los valores que le corresponde al demandante sobre dicho concepto a fin de establecer si los calculados por la Juez se encuentran ajustados a derecho, tomando como fechas para la liquidación 18 de junio de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2014.

En tal medida, se tiene que los intereses del año 2012 debían cancelarse a más tardar en enero de 2013, los del 2013 enero de 2014 y los de 2014 en enero de 2015, tomando en cuenta el salario devengado para todos estos años el cual se estableció en la suma de \$1.4000.000 y al multiplicarse por 12% da como resultado por año la suma de \$168.000, para un total de \$504.000, frente a ello se tendría entonces que en efecto la suma establecida en primera instancia no se encuentra ajustada a derecho, pues la misma indica que corresponde a \$384.185, razón por la cual deberá **modificarse** sobre tal aspecto la sentencia, entendiéndose también el valor de la indemnización por los intereses a las mismas, pues como bien lo estipula la norma dicha indemnización corresponde al mismo valor de los intereses, es decir que el empleador tendría que pagarlos al doble, de manera que no sería pertinente corregir un solo valor y no el otro cuando ambos derivan de lo mismo, entendiéndose entonces que lo principal sigue la suerte de lo accesorio, por consiguiente, la demandada deberá cancelar en total la suma de \$1.008.000.

Ahora, establece la parte demandada que la Juez no debió condenar a la indemnización por el no pago de los intereses a las cesantías, teniendo en cuenta que ello no fue solicitado como pretensión principal en la demanda, frente a lo cual se tiene que si bien no se solicitó como pretensión principal dicho concepto, ya que en principio el actor perseguía el reintegro como pretensión principal junto con el pago de las acreencias dejadas de cancelar desde el momento en que fue suspendido su contrato hasta el momento de su reincorporación, pretensión que cumplió parcialmente la demandada en el transcurso del proceso.

Sin embargo, cabe resaltar que la accionada aceptó en su escrito de demanda que le adeuda al actor los demás conceptos aludidos en la demanda, esto es, de acreencias anteriores a la fecha en que fue suspendida la prestación del servicio, aduciendo que ello se debía a la vigilancia establecida por parte del Ministerio de Educación, de manera que no se trata de que el Juez haya fallado ultra o extra petita, sino que tuvo en cuenta en su integridad la demanda, en donde se solicitó tanto el reintegro como el pago de acreencias adeudadas con sus respectivas sanciones, lo cual no significa que al demostrarse el incumplimiento de

alguna de estas a pesar de no ser la principal el Juez no pueda condenar, pues se reitera todas estas hacen parte integral de la demanda, téngase en cuenta además que la *a quo* condenó a prestaciones adeudadas con anterioridad al 17 de diciembre de 2014, lo cual también hizo parte de las pretensiones subsidiarias, sin que frente a tal situación la parte demandada estuviera inconforme.

Sanción por no consignación a las cesantías

Le corresponde a la Sala resolver si el Juez de primera instancia debió condenar a la demandada a la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, normatividad que dispone:

“Numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 dice:

“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 la norma en cita se extrae que la obligación para el empleador consiste en consignar las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, en el fondo respectivo, el valor de la cesantía liquidada a 31 de diciembre de cada año, so pena de hacerse merecedor de la sanción consistente en un día de salario por día de retardo.

De otro lado, ha sido reiterada la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, al indicar que **la falta de consignación de una anualidad de cesantías origina la mora hasta el momento en que ocurra la satisfacción de esa parte de la prestación o a partir de la terminación del contrato, momento en que empieza a causarse la indemnización moratoria por no pagarse acreencias labores** (SL 70892/2019), en tal medida se tiene que la sanción por no consignación a las cesantías corresponde a un día de salario por cada día de retardo, en caso de que se adeuden las cesantías de años consecutivos, la indemnización se liquida desde la insatisfacción de la primera consignación con la base salarial que debió tomarse para calcular la cesantía dejada de consignar y cuando haya incumplimiento por segunda vez, el monto de la sanción seguirá causándose con base en el salario vigente en el año en que

se causó la cesantía dejada de depositar y así sucesivamente.

Adicionalmente, es criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas prestaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena fe que guiaron la conducta del empleador, tal y como lo ha indicado en sentencias SL 35414 – 2009, SL16572 de 2016 y SL-11436 de 2016, entre otras, en relación a ello para el caso de la demandada no se observa indicios de buena fe, pues incumplió con su deber legal incluso antes de ser intervenida por parte del Ministerio de Salud, por lo que da lugar a que sea condenada a la misma, sin que tampoco sea de recibo el hecho de que esta pretensión haya sido solicitada como subsidiaria como lo indicó la Juez por las razones antes dichas, lo cual llama la atención de la Sala que la sentenciadora de primera instancia hubiera negado la pretensión bajo dicho argumento, cuando condenó a la demandada a pagos que también fueron parte de las pretensiones subsidiarias.

Tampoco resulta contundente su negativa por el hecho de que el contrato aún se mantenga vigente, pues como bien se ha establecido esta sanción se hace exigible por el solo hecho de no ser consignadas las cesantías en fondo en la fecha establecida en la norma, más no establece que la misma se cause solo hasta el momento en que se dé por terminado el contrato laboral, pues al establecer la jurisprudencia “**será pagadera solo hasta el momento en que se termina la relación laboral**” tal y como se menciona en la sentencia con radicado 5097 del 24 de septiembre de 2014 a la que hizo referencia la Juez, es por cuanto la misma corre solo hasta a ese momento, siempre y cuando se siga incumpliendo con la obligación anual de ser consignadas, toda vez que a partir de la terminación del contrato es que cesa esta obligación, siendo procedente entonces es que el empleador efectúe el pago directamente al trabajador, junto con los demás salarios y prestaciones sociales a que haya lugar y en dado caso en que se continúe con la omisión surge es la indemnización que establece el artículo 65 del CST.

Aclarado lo anterior, se tiene que dicha sanción también ésta sujeta al **fenómeno de la prescripción**, término que se empieza a contabilizarse una vez

el empleador tiene la obligación de consignarlas, es decir, antes del 15 de febrero de cada año, por consiguiente, corresponde reconocerle actor lo siguiente:

Fecha de cesantías no prescritas	Salario	Sanción moratoria	Corren a partir del	Total
2012	\$1.400.000	\$46.000 diarios	15 de febrero de 2013	
2013	\$1.400.000	\$46.000 diarios	15 de febrero de 2014	
2014	\$1.400.000	\$46.000 diarios	15 de febrero de 2015	\$2.800.000

Liquidación de primas y vacaciones

Finalmente, aduce la parte actora que la liquidación efectuada en primera instancia no se encuentra acorde, sin mencionar de manera específica en donde se encuentra el error en las sumas allí efectuadas, por lo tanto, se procederá a realizarse de nuevo las operaciones aritméticas a fin de establecer si arrojan mayores valores, al tenerse en cuenta la fecha de prescripción (*18 de junio de 2012*) y la fecha hasta donde se están calculando las prestaciones (*31 de diciembre de 2014*), así como el salario devengado desde el 2012 a 2014, el cual correspondió a suma de \$1.400.000, se tiene que al actor le corresponde por esta acreencias la suma de \$4.200.000 y la Juez la cálculo en la suma de \$4.246.667, suma que resulta mayor a la arrojada en esta instancia y como quiera que la misma no fue controvertida por la parte accionada, se **confirmará** la suma aludida en primera instancia.

En cuanto a las vacaciones, se tiene que la Juez no hizo condena alguna por dicha concepto, toda vez que consideró que al referir el actor en su escrito de demanda que al regresar de sus vacaciones a las instalaciones de la Fundación San Martín fue que pudo volver a ingresar a sus labores, era un indicio frente a que el demandante sí disfrutaba de las mismas, así como que no había hecho énfasis en su declaración frente a que se le estuvieren adeudando dicho concepto, aspecto frente al cual la parte actora no hace reparo de manera concreta, pues tan solo manifiesta no estar de acuerdo con la suma, cuando sobre la misma no hubo condena, en tal sentido habrá de **confirmarse** de decidido en primera instancia.

COSTAS

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

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,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral segundo de la sentencia apelada, en el sentido de establecer que el valor por intereses a las cesantías e indemnización por el no pago a los intereses a las cesantías corresponden a la suma de \$1.008.000, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

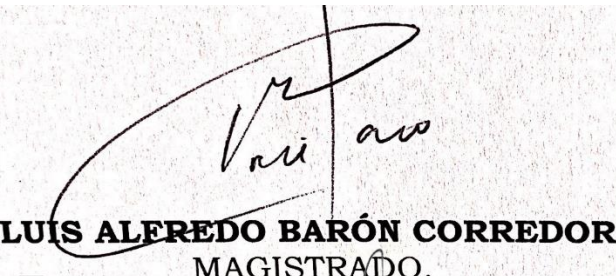
SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el ordinal quinto de la sentencia apelada, en el sentido de condenar a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN a la sanción por no consignación a las cesantías contenida en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en la suma de \$2.800.000 que corresponde a un día de salario por cada día de retraso desde el 18 de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2014, sanción que se seguirá causando siempre y cuando se continúe en la omisión en la consignación anual de las

cesantías y hasta que se dé por terminado el contrato laboral, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

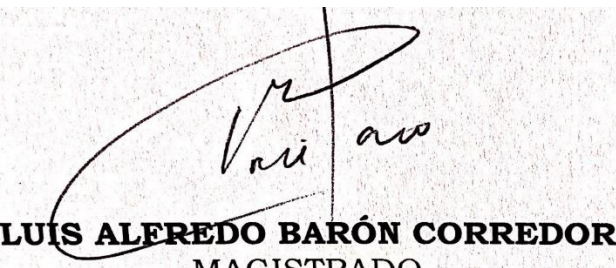


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO 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 EDGAR ALFONSO GUERRERO GUEVARA
CONTRA INVERSIONES MUÑOZ DÍAZ SAS**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 **EDGAR ALFONSO GUERRERO GUEVARA** pretende se **declare** la existencia de una relación laboral entre el 6 de febrero de 2008 al 15 de noviembre de 2016, se declare que el último salario devengado correspondió a la suma de \$1.000.000. En consecuencia, se **condene** a la demandada a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, intereses a las cesantías y auxilio de transporte de toda la relación laboral, se **condene** al trabajo suplementario, se **condene** a la indemnización moratoria, se **condene** a la dotación, se **condene** a los aportes a pensión, se **condene** a los aportes a salud, se **condene** a la sanción por no consignación a las cesantías, se **condene** a la indexación, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho **(fls. 7 a 10)**.

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 10 a 11 del plenario en los cuales se señalaron en síntesis que los extremos de la relación laboral con la empresa demandada correspondieron entre el 16 de febrero de 2008 al 15 de noviembre de 2016, devengando como salario la suma de \$1.000.000, que la actividad que debía cumplir correspondía a la de custodia, guardia, administración y vigilancia de los lotes de propiedad de la demandada, que dichas tareas las cumplía bajo las

ordenes de la señora CLAUDIA ROSMERI DÍAZ RINCÓN y con el material o elementos de trabajo de propiedad de este y que la empresa demandada no cumplió con sus obligaciones laborales.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

la empresa **INVERSIONES MUÑOZ DÍAZ SAS** se opuso a las pretensiones de la demanda y en cuanto a los hechos negó todos y cada uno de ellos, propuso como excepciones de fondo inexistencia del contrato de trabajo o relación laboral entre el demandante y la sociedad demandada, inexistencia del derecho a reclamar las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en el demandado e inepta demanda, prescripción y caducidad de la acción (fls. 68 a 74).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 5 de septiembre de 2018 el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá **absolvió** a la empresa demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la parte actora (**CD fl. 84**).

Como **argumento de su decisión**, la *a quo* señaló que de conformidad con el artículo 167 del CGP las partes deben demostrar los hechos que fundamentan sus pretensiones, que en la presente demandada se decía que el señor actor había laborado para la empresa demandada entre el 16 de febrero del 2008 hasta el 15 de noviembre de 2016, devengando una remuneración de \$1.000.000 de pesos y que las actividades que desempeñaba tenían que ver con la vigilancia, la administración de los lotes de la propiedad de la demandada y que recibía órdenes de la señora Claudia Rosmeri Días Rincón.

Frente a lo cual no se había aportado ninguna prueba documental que diera indicio de la prestación del servicio en las labores que indicó había desarrollado, como tampoco obraba prueba frente a los extremos laborales, ni del salario. Refirió que dentro del interrogatorio de parte el actor había señalado que devengaba como salario la suma de \$1.000.000, pero que al momento en que fue comprado el parqueadero por parte de la empresa demandada se dejaron de cancelar, aspecto que llamaba la atención toda vez que dentro de la demanda no se solicitaba el pago de salarios, como también se extrañaba que una persona laborara tantos años sin percibir dinero y no hacer ningún tipo de reclamación respecto de su pago.

En cuanto a la prestación personal del servicio adujo que si bien era cierto que los testigos de la parte actora habían señalado que conocían al demandante desde el año 2013 y otros desde el año 2008; y que lo veían en el parqueadero, aspecto que resultaba ser lógico teniendo en cuenta que existía un contrato de arrendamiento con la empresa demandada donde se encontraba ubicada su residencia, también se señalaba que prestaba vigilancia durante la noche y que lo veían abriendo y cerrando el parqueadero, aspecto que no era de extrañar teniendo en cuenta que vivían en el mismo lugar y su esposa laboraba como cajera para la empresa demandada, como tampoco era suficiente prueba lo manifestado por uno de los testigos quien dijo que el actor lo había auxiliado en un atraco, ya que no había quedado demostrado que hubiera ejercido la labor de vigilante, toda vez que al vivir en dicho lugar era factible que prestará un auxilio o deber de socorro a las personas que lo necesitaran, conforme a lo anterior consideró que no había lugar a condenar a la empresa demandada al no acreditarse ninguno de los elementos del contrato de trabajo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante**, interpuso recurso de apelación señalando que no estaba de acuerdo con la decisión que se había tomado, toda vez que no se había tenido en cuenta los testimonios rendidos a su favor, quienes habían manifestado que el actor había seguido ejerciendo su labor después de que se había vendido el establecimiento de comercio a la empresa demandada, que los señores Diego Fernando Bernal, Félix y William lo conocían porque tenían sus almacenes cerca, por lo que daban cuenta de que el actor desempeñaba funciones de seguridad del parqueadero, de manera que la declaración de estos testigos es elemental para poder determinar el contrato realidad de trabajo.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de alzada, procederá esta Sala de decisión a determinará si el demandante logró demostrar la existencia de una relación laboral con la sociedad demandada, desde el 16 de febrero de 2008 al 15 de noviembre de 2016, en caso afirmativo, se analizará si hay lugar al reconocimiento y pago de las pretensiones solicitadas en la demanda.

Existencia de la relación laboral

Establece el artículo 24 del CST: *“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.

De manera que, es necesario acreditarse la prestación personal del servicio a favor de la demandada a fin de dar aplicación a la presunción contemplada en la norma antes citada, en relación a ello se tiene que el actor manifestó en su interrogatorio de parte que el prestaba sus servicios de vigilancia en el parqueadero de propiedad de la sociedad demandada, actividad que ejercía con anterioridad al año 2008 con el anterior dueño y que la anterior actividad la siguió ejerciendo incluso cuando la empresa demandada lo compró, también manifestó que residía en el mismo lugar, que devengaba como salario la suma de \$1.000.000 pero que dicha suma la dejó de recibir desde que la demandada compró el parqueadero, indicó que fue el esposo de la señora CLAUDIA ROSMERI DÍAZ quien le dijo que podía continuar ejerciendo la labor que él venía desarrollando, pero que no se dejó nada por escrito, en cuanto a la señora CLAUDIA ROSMERI DÍAZ dijo que nunca había tenido una conversación con ella, sino con los allegados a ella, ya que iban varias personas como administradores de la empresa demandada, pero directamente con ella no.

Declararon como testigos a favor los señores PABLO ENRIQUE CÁRDENAS, WILLIAM HUMBERTO LONDOÑO y DIEGO FERNANDO BERNAL, el primero de estos manifestó que conoce al actor desde el año 2003 cuando compró su negocio en el parqueadero que en ese momento era de propiedad del señor LUIS CARLOS ORTÍZ, que era el señor EDGAR ALFONSO GUERRERO quien le recibía el canon de arrendamiento y que esto lo hizo hasta diciembre de 2014, indicó no tener certeza para quien laboraba el actor, que siempre lo veía en el parqueadero, que su ex esposa laboraba en el parqueadero recibiendo los tiquetes de los carros, que el demandante permanecía en el parqueadero vigilando y que en algún momento fue víctima de un atraco en su local y fue el actor quien lo auxilió.

El señor WILLIAM HUMBERTO LONDOÑO sostuvo que conoce al demandante desde hace 10 años, porque tenía un negocio de cabinas telefónicas en el lugar donde prestaba sus servicios el demandante, local que le había comprado a su antiguo

dueño y que fue él quien se lo presentó como administrador del lugar, fungiendo en dicho cargo hasta cuando entregó el negocio en el año 2015, que siempre le dejaba los arriendos a él y a su ex esposa, que el actor residía en ese mismo lugar, que adicionalmente el demandante realizaba arreglos de toda índole, toda vez que allí se presentaba problemas con la luz o con las rejas.

Por último, el señor DIEGO FERNANDO BERNAL señaló que conoce al actor desde hace 15 años, que su negocio se encontraba ubicado diagonal al parqueadero donde él laboraba, que el señor EDGAR ALFONSO GUERRERO vivía en el mismo lugar, que veía como él abría y cerraba las puertas del parqueadero día y noche, que vio que en más de una ocasión al demandante enfrentó inconvenientes con delincuentes que ingresaban al parqueadero, que unos compañeros suyos comerciantes también guardaban sus vehículos en el parqueaderos y era don Alfonso quien le prestaba la seguridad y el cuidado de los vehículos como tal.

Para controvertir lo anterior, la parte demandada aportó el contrato de arriendo del apartamento que tenía con la ex esposa del demandante el cual se encontraba ubicado dentro del parqueadero de propiedad de la empresa demandada y donde se indica que se prestó el servicio, contrato que se celebró el día 12 de septiembre de 2008 (fls. 64 a 67), se aportó también historia laboral de la señora ANA VELOZA HERNÁNDEZ, copia de la liquidación de nómina, comprobantes de egreso y contrato laboral celebrado con la señora VELOZA ex esposa del demandante (fls. 31 a 67). La parte demandada trajo también como testigos a la señora ANA VELOZA HERNÁNDEZ, a LEONARDO SEGURA RAMÍREZ y MARÍA DE LA MERCED CONDE GUTIÉRREZ los dos primeros quienes se encuentran vinculados para la empresa y la última quien labora para la señora CLAUDIA ROSMERI DÍAZ.

Reunidas las probanzas allegadas al proceso concluye la Sala que el *a quo* no desacertó en establecer que en el presente caso no se encuentra plenamente acreditada la prestación personal del servicio, en relación a lo siguiente: quedó probado que el actor en efecto prestó sus servicios para el anterior propietario del parqueadero en donde ejercía su labor como administrador. Así mismo, que el actor y su ex esposa tenían en arriendo un apartamento en el mismo lugar donde se encontraban el parqueadero, que la señora ANA VELOZA HERNÁNDEZ prestaba sus servicios como cajera del parqueadero, labor que ejercía desde antes de que fuera comprado por la sociedad aquí demandada y que continuó haciéndolo a través de un

contrato laboral a término fijo inferior a un año celebrado el día 2 de enero de 2009 (fl.59).

Si bien el actor aduce que también siguió prestando el mismo servicio que venía ejerciendo al anterior propietario, lo cierto es que no obra dentro del plenario prueba contundente y verídica que así lo determine, por cuanto lo manifestado por los testigos que rindieron a su favor no dan certeza de que así lo fuera, toda vez que ellos indican que el actor ejercía su labor como vigilante y administrador, que le daban el dinero de los arriendos, frente a lo cual la señora ANA VELOZA HERNÁNDEZ manifestó que de vez en cuando le daban el dinero de los arriendos a él, pero que este a su vez se los entregaba a ella, lo cual demuestra que la relación laboral era únicamente con su ex esposa más no con él y que simplemente recibía los dineros como parte de colaboración hacía ella, más no por que estuviera prestando un servicio como tal, valga resaltar que el actor vivía en el mismo lugar en donde se encontraba el parqueadero, situación por la cual los deponentes que rindieron a su favor lo veían constantemente en dicho lugar.

Ahora, si bien lo testigos también refieren que lo veían vigilando el lugar, ello tampoco se observa con claridad, toda vez que el que hubiera evitado el hurto a unos de los arrendatarios no conlleva a determinar que esa era su labor como tal, como tampoco el hecho de que abriera y cerrara el parqueadero, pues como bien lo manifestó la *a quo* era allí donde él residía de suerte que también podía ser parte de las colaboraciones que le brindaba a su esposa, más no porque estuviese bajo subordinación como tal por parte de la empresa demandada, incluso su ex esposa sobre tal aspecto arguye que él vigilaba de manera normal el parqueadero en las noches, porque era allí donde convivían más no porque fuera esa su obligación, aunado a que el demandante tampoco es certero en indicar quién era la persona encargada en darle las ordenes, pues manifiesta que nunca tuvo contacto de manera directa con la señora CLAUDIA ROSMERI DÍAZ representante legal de la empresa demandada, tampoco especifica quien era la persona encargada en darle las ordenes, contradiciéndose con lo manifestado en el demanda, pues allí refiere que quien le daba las ordenes era la señora CLAUDIA ROSMERI DÍAZ.

Otro de los aspectos que llama la atención de la Sala es que de lo manifestado por su ex pareja se dijo que el señor EDGAR ALFONSO GUERRERO se dedicaba a vender sabanas que traía de la ciudad de Cúcuta en el parqueadero donde habitaba, versión que corroboró el testigo LEONARDO SEGURA RAMÍREZ, quien además estableció que

todas las personas que prestaban un servicio para la demandada estaban vinculadas por nómina y que no existía necesidad de que se contratara un vigilante por cuanto en la noche no quedaban guardados carros.

Así las cosas, no es que no se haya valorado los testimonios de la parte demandante, sino que los mismos no fueron tan convincentes como para establecer que el actor prestó un servicio para la empresa demandada, de manera que la Juez apreció libremente las pruebas para formar su convicción, a partir de las que mejor le persuadían frente a los hechos en controversia, basada en lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS, para lo cual la CSJ Sala de Casación Laboral se ha pronunciado en sentencia SL4884-2018, en la cual indicó:

“[...] en virtud de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo, en los juicios del trabajo los falladores de instancia gozan de libertad para apreciar las pruebas, por lo que si bien el artículo 60 ibidem les impone la obligación de analizar todas las allegadas en tiempo, están facultados para darle preferencia a cualquiera de ellas sin sujeción a tarifa legal alguna, “salvo cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus”, pues en tal caso “no se podrá admitir su prueba por otro medio”, conforme literalmente lo dice la primera de dichas normas.

Por parecer pertinente la doctrina expresada en aquella ocasión, se reproducirá aquí lo dicho en sentencia de 27 de abril de 1977, inédita, y en la que se explicó lo que a continuación se copia:

“El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

“Pueden, pues, los jueces de las instancias al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en El Recurso Extraordinario de casación como fuente del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada”.

Finalmente, se tiene que reunido en su integridad todo el material probatorio no se dieron los elementos constitutivos del contrato laboral, pues no se evidencian los extremos de la relación laboral, tampoco se observa la remuneración del servicio, frente a este asunto como bien lo expresó la Juez de primer grado, llama bastante la atención, por cuanto en la demanda se dijo que devengaba como salario la suma de

Expediente No. 29 2017 00139 01

\$1.000.000, pero ya en su declaración aduce que nunca devengó salario por parte de la empresa demandada, que recibió dicho valor fue por parte del anterior dueño, situación que comprueba aún más que no existió esa prestación del servicio que se alega, sino que la relación laboral estuvo fue con su ex esposa y tampoco se demostró la subordinación, conforme a lo enunciado precedentemente, por tales motivos se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS:

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

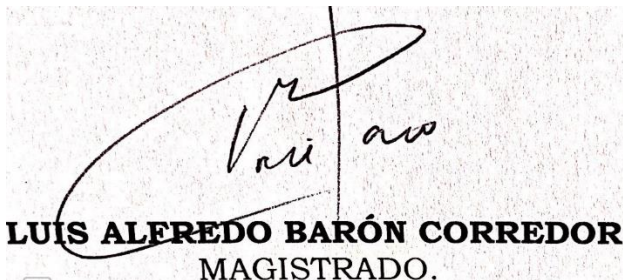
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante, 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 DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$ 300.000.



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 JORGE ROBERTO ALVARADO DURING
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 **JORGE ROBERTO ALVARADO DURING** se **condene** a COLPENSIONES a reliquidarle la pensión de vejez a partir del 1° de agosto de 2014, teniendo en cuenta la indexación del IBL de los aportes efectuados durante los 10 últimos años cotizados, se **condene** al pago de intereses moratorios generados por la demora injustificada en la reliquidación de la pensión de vejez, se **condene** al pago de intereses moratorios generados por la demora injustificada en el reconocimiento del retroactivo de la pensión de vejez sobre las mesadas pensionales dejadas de cancelar entre el 1° de agosto de 2014 y el mes de marzo de 2015, se **condene** a que las sumas sean debidamente indexadas, se **condene** al pago de costas procesales y se **condene** ultra y extra petita (fl.3).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 3 a 5 del plenario, en los cuales en síntesis se señalaron; que el día 1° de agosto de 2014 solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez, que 7 meses después de radicada la solicitud el día 2 de marzo de 2015 fue notificada de la resolución GNR 47868 del 25 de febrero de 2015, prestación que se reconoció bajo los parámetros y condiciones del régimen de transición en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, la cual se reconoció a partir del 1° de agosto de 2014 en cuantía inicial de \$2.375.805,

generándose un retroactivo en la suma de \$17.163.648 el cual se pagó en el mes de abril de 2015, que la pensión fue liquidada teniendo en cuenta 1,111 semanas aplicando una tasa de remplazo del 81%, que dicha liquidación no tuvo en cuenta la indexación del IBL de los aportes efectuados durante los últimos 10 años, que el 6 de abril de 2017 solicitó ante COLPENSIONES la reliquidación de la pensión.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no ser cierto el numeral 7 y ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica (fls.44 a 52).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 15 de noviembre de 2018, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante los intereses moratorios causados del 2 de diciembre de 2014 al 30 de marzo de 2015, respecto del retroactivo indicado en la resolución GNR 47868 del 25 de febrero de 2015, los cuales ascienden a la suma de \$1.487.379,83, **declaró** no probada la excepción de prescripción, **absolvió** a la entidad demandada de las demás pretensiones y la **condenó** en costas (CD fl.70).

Como argumento de su decisión, la *a quo* manifestó que de acuerdo a la resolución GNR 47868 del 25 de febrero de 2015, le fue reconocida la pensión de vejez al demandante desde el 1° de agosto de 2014, indicó que la parte actora manifestaba respecto de la liquidación allí efectuada que no se había tenido en cuenta la indexación del IBL de los aportes que realizó en los 10 últimos años de cotización, que revisada la resolución se tenía que COLPENSIONES había tomado para su liquidación lo cotizado durante los 10 últimos años lo cual se ajustaba la normatividad vigente, ya que le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho cuando entró a regir la Ley 100 de 1993 y no tenía cotizadas más de 1,200 semanas, estableció la sentenciadora que era claro que para efectuar dicha liquidación la misma debía ser indexada de acuerdo al índice de precios al consumidor certificado por el DANE, pero que efectuadas las operaciones aritméticas no encontraba el despacho que hubiere

existido alguna omisión en ese sentido, ya que al verificarse la liquidación adjunta aplicando el IPC de los 10 últimos años, para el año 2014 se tenía una mesada inferior a la reconocida por COLPENSIONES, que a diferencia de la liquidación aportada por la parte actora el despacho había teniendo en cuenta por año 360 días y no 365 días, por cuanto las cotizaciones por mes corresponden a 30 días, además de que la que Ley 100 de 1993, establecía que una semana de aportes corresponde a 7 días calendario, razón por la cual se debía absolver a la demandada, así como en lo que respecta a los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas por esta reliquidación.

En cuanto al reconocimiento de intereses moratorios sobre el pago tardío del retroactivo, señaló que en el presente asunto se observaba una demora injustificada en el reconocimiento, por lo que debía acudir a los 4 meses que establece el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que en el presente caso se tenía que la petición se había presentado el 1° de agosto de 2014, venciéndose los 4 meses ese mismo día del mes de diciembre de 2014, razón por la cual ordenó el pago de los intereses a partir del 2 de diciembre de 2014 hasta el 30 de diciembre de 2015, teniendo en cuenta que la prestación fue pagada en abril de 2015.

Declaró no probada la excepción de prescripción teniendo en cuenta la prestación se solicitó el 1° de agosto de 2014, la reclamación se presentó el 6 de abril de 2017 y la demanda se presentó el 12 de mayo de 2017, no transcurriendo los 3 años que dispone la normatividad laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación solicitando se modifique la sentencia en cuanto a la reliquidación del demandante ya que de conformidad con la liquidación aportada con la demanda se puede ver que la mesada resulta ser superior a la reconocida por COLPENSIONES y por el Despacho, en cuanto a lo que tiene que ver con el tiempo que se tuvo esto es 365 días, ello se debía a que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se liquidaba con 365 días razón por la cual la liquidación se efectuó desde el año 1989 a 1994 teniendo en cuenta 365 días, por lo cual solicita se verifique la liquidación efectuada y por lo tanto, se modifique la sentencia.

La **parte demandada** también interpuso recurso frente a la condena por los intereses moratorios sobre el retroactivo, teniendo en cuenta que estos proceden bajos 2 presupuesto, el primero es que haya un acto administrativo que se consolida con una resolución en el reconocimiento de la prestación, en este caso es el retroactivo

pensional y el segundo, es que a partir de ese acto administrativo como tal exista una mora en el pago de dicha prestación, situación que no se presentó en este caso, dado que la resolución de reconocimiento se dio en el año 2015 y a partir de ese momento se ha venido realizando los pagos mes a mes. Así mismo, estos proceden únicamente en aplicación íntegra de la Ley 100 de 1993, por lo que no es procedente en este caso al haber reconocido la pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990.

C O N S I D E R A C I O N E S

Problema jurídico

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si hay lugar a reliquidar la pensión de vejez que le fue reconocida al demandante, con el promedio de las cotizaciones efectuadas durante los últimos 10 años, junto con la indexación del IBL desde la fecha de la última cotización hasta la de causación de la pensión.

De otro lado, en lo que se refiere a la forma de calcular el promedio de los últimos 10 años de cotización esto es, con base en 360 o 365 días, si bien la Juez hizo énfasis en ello en su decisión, lo cierto es que tal aspecto no fue materia de discusión en la demanda, ni en el escrito de contestación, ni en la etapa de fijación del litigio, por lo que la *a quo* no debió pronunciarse sobre ello, ya que al hacerlo afecta el principio de congruencia contemplado en el artículo 281 del CGP, razón por la cual esta Sala no se pronunciará sobre un tema que no fue materia de discusión.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor JORGE ROBERTO ALVARADO DURING lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la copia de la Resolución GNR 47868 del 25 de febrero de 2015 (fls. 16 a 18), a través de la cual COLPENSIONES le reconoce la pensión de vejez por ser beneficiario del régimen de transición, dando aplicación a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 a partir del 1° de agosto de 2014 en cuantía inicial de \$2.375.805, tomándose como tasa de remplazo el 81%.

Del IBL

Al respecto, se tiene que COLPENSIONES al momento de reconocerle la pensión de vejez al demandante en la Resolución GNR 4786 del 25 de febrero de 2015, lo hizo sobre un IBL de \$2.933.092 que corresponde al promedio de las cotizaciones

efectuadas por él en los últimos 10 años, los cuales datan del 15 de julio de 1989 al 30 de agosto de 1999, tal y como también se establece de la resolución SUB 58338 del 5 de mayo de 2017 (fls. 37 a 39), en donde además se indica que los valores fueron actualizados anualmente.

A fin de poder determinar si efectivamente la misma se encuentra ajustada a derecho, la Sala con el apoyo del grupo liquidador con que cuenta esta instancia judicial, efectuó las respectivas operaciones aritméticas la cual se anexa a la presente decisión, de la cual se obtuvo un IBL de \$2.902.502,69 que resulta de tomar el promedio de las cotizaciones efectuadas por el demandante en los últimos 10 años, con base en el IBC reportado en las semanas tradicionales que obran a folios 20 a 22 e historia laboral que milita a folios 58 a 63, que al tomarse en cuenta la tasa de remplazo del 81% arroja una mesada pensional para el 1° de agosto de 2014 en la suma de \$2.351.027,18, la cual en efecto resulta inferior a la establecida por COLPENSIONES que correspondió en la suma de \$2.375.805.

Ahora, manifiesta el recurrente que la accionada al momento de efectuar la liquidación de la pensión no indexó el IBL de los aportes efectuados durante los 10 últimos años.

Sobre el tema, se tiene que el inciso primero del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, señala:

*“Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, **actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.**”* (Resaltado de la Sala).

De donde se colige que por expresa disposición de la norma en comento, la depreciación monetaria que afecta las pensiones fue prevista por el legislador y conjurada a través del mecanismo introducido en el aparte final del inciso primero de la norma en cita, la cual tuvo en cuenta la entidad demandada y esta Corporación para calcular la mesada pensional, esto es, actualizando cada uno de los salarios reportados en la historia laboral al año 2014 (fecha de causación del derecho), de donde además se tomó 365 días hasta diciembre de 1994 y de ahí en adelante 360 días, teniendo en cuenta el parágrafo segundo del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, de ahí que no haya lugar a la reliquidación solicitada.

Intereses moratorios sobre el retroactivo (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 el Acuerdo 049 de 1990, 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 **1° de agosto de 2014** (fl. 16), fecha para la cual cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, por lo que la entidad tenía hasta el 1° de diciembre de 2014, momento en que habían vencido los 4 meses, para reconocer la prestación favorablemente, situación que no hizo, pues la misma se reconoció solo hasta el 25 de febrero de 2015, en tal sentido los intereses moratorios correrán desde el **2 de diciembre de 2014** sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas hasta el 30 de marzo de 2015, momento en que fue reconocida la prestación, en cuanto al valor calculado por la Juez, el cual se aportó a folio 71 v/to, se observa que la misma se encuentra ajustada a derecho, por lo tanto, se **confirmará** la decisión de primera instancia.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que la misma no alcanzó a operar, como quiera que la pensión fue reconocida el 25 de febrero de 2015, notificada el 2 de marzo de ese mismo año y se solicitó el pago de los intereses moratorios el 6 de abril de 2017 (fl.14) y la demanda se radicó el 12 de mayo de 2017 (fl.34), sin que de una fecha a otra transcurriera más de los 3 años que contempla el artículo 151 del CPTSS.

Así las cosas, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Sería el caso condenar en costas a ambas partes dada la improsperidad de los recursos interpuestos. No obstante, no se condenará al pago de las mismas en esta instancia en tanto se dan por compensadas.

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 proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

(Salvamento de voto parcial en la forma de contabilizar los intereses moratorios)



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 MARTHA PATRICIA COMBITA CHACÓN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLFONDOS S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 **MARTHA PATRICIA COMBITA CHACÓN**, se **declare** la ineficacia del traslado del régimen pensional de prima media al e ahorro individual, se declare la nulidad de cualquier traslado posterior al traslado inicialmente efectuado al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a COLFONDOS S.A.S efectuar el traslado de los correspondientes aportes a COLPENSIONES, se determine que COLPENSIONES sea la única administradora que asuma los riesgos de invalidez, vejez y muerte de la demandante de acuerdo a los criterios del régimen de prima media con prestación definida, se condene a que el traslado de los aportes se efectúen con los correspondientes rendimientos propios de los aportes efectuados, se

condene ultra y extra petita y se condene al pago de costas del proceso (fls. 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 6), señaló que nació el 6 de abril de 1959, que se vinculó al ISS el 1° de mayo de 1976, que el 12 de febrero de 1999 presentó solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., la cual cobró vigencia el 1° de abril de 1999, que el 30 de septiembre de 2012 efectuó traslado a la AFP COLFONDOS S.A., que al momento del traslado nunca se le explicó en que consistía el régimen de ahorro individual, que desde el momento en que se trasladó a la fecha no le han hecho ningún tipo de explicación o valoración individualizada del proyecto y presupuesto de su pensión, que las únicas indicaciones e informaciones que le fueron brindadas consistían en el hecho de que podía pensionarse con anterioridad a la fecha legalmente contemplada para el resto de la ciudadanía, que también se podía pensionar hasta con el doble de su cotización, que desde la fecha de su vinculación hasta la fecha actual a cotizado 1,377 semanas, que el IBC de los últimos 10 años es de \$3.200.000, en el régimen de ahorro individual su pensión sería equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, que al haberse informado las condiciones, características y pormenores del régimen de ahorro individual, la demandante no hubiera efectuado suscripción alguna de formulario, sabiendo las implicaciones que esto conllevaría, conforme a lo anterior la vinculación al régimen de ahorro individual es ineficaz

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 70 a 73), en la que se opuso a las pretensiones de esta, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2 y 34, no ser cierto el numeral 15 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

La **AFP COLFONDOS** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 5, 6, 8, 9, 10 y 25, no constarle los numerales 2, 3, 4, 9, 11 a 18, 32 a 34 y 39;

y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios del consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe e innominada o genérica (fls. 116 a 149).

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, no ser ciertos los numerales 5, 6, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 30 y 31; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin justa causa e innominada o genérica (fls. 213 a 222).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 17 de octubre de 2018 (CD – fl. 264), **declaró** la nulidad de traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida que realizó en su momento a la AFP PORVENIR S.A. al régimen de ahorro individual con solidaridad que tuvo como fecha de efectividad el 1° de abril de 1999 proveniente del ISS, **condenó** a la AFP COLFONDOS S.A. a transferir a COLPENSIONES entidad a la cual se declara legalmente afiliada la demandante todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación, esto es, los dineros que se encuentren en su cuenta individual de ahorro junto con los rendimientos financieros que se hubieren obtenido, **condenó** a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional de la demandante teniéndola para todos los efectos legales como afiliada al régimen de prima media, condenó a COLPENSIONES aceptar los valores que sean remitidos por COLFONDOS S.A. que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante y a realizar los respectivos reajustes en el reporte de semanas cotizadas en pensiones, **declaró** no probada la excepción de prescripción y las demás propuestas y se **abstuvo** de condenar en costas.

Fundamentó su decisión, trajo a colación la línea jurisprudencial de la CSJ Sala de Casación Laboral referente a la ineficacia del traslado, seguidamente, indicó que traslado a la entidad demandada se había

realizado el 1° de abril de 1999, momento para el cual tenía cotizadas un total de 847,29 semanas incluidas las cotizaciones que realizó de manera efectiva al ISS y las que realizó en el sector público en el periodo comprendido entre 3 de octubre de 1987 al 17 de agosto de 1993, circunstancia por la cual acreditó 84% de las semanas exigidas para el reconocimiento pensional en la Ley 100 de 1993, en su versión original, es decir, que para el momento del traslado tan solo le faltaba un total de 152,71 semanas, circunstancia que debió haber tenido en cuenta la entidad demandada al momento de la asesoría, materializándose en el ese momento el deber de información y del buen consejo.

4

Refiere que si bien la parte demandada PORVENIR manifiesta que no tenía el deber legal de brindar asesoría, ello no significaba que para el momento del traslado no existiera la debida diligencia y la obligación del deber de información y deber del buen consejo, toda vez que las mismas se encuentran contempladas en la Ley 100 de 1993, correspondiéndole a la entidad demandada probar que sí realizó la respectiva asesoría, aspecto que no probó, como tampoco lo hizo COLFONDOS al momento del traslado a dicha entidad, situación por la cual debía declararse la correspondiente nulidad de traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. interpuso recurso de apelación solicitando sea revocada la decisión de primera instancia toda vez que se difiere sobre la inversión de la carga de la prueba, toda vez que a la demandante le faltaban más de 20 años para cumplir la edad mínima para adquirir la pensión al momento del traslado, de manera que no se trataba de un caso especialísimo donde debía invertirse la carga de la prueba, tampoco se había probado que existiera un vicio del consentimiento, para lo cual debía traer a colación la sentencia con radicado 2016-645 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en la cual señaló frente al error de hecho *“sobre este punto valga la pena recordar que las reglas de la experiencia de la sana critica indica que cuando los particulares suscriben negocios jurídicos en virtud en la autonomía de la voluntad privada, no resulta razonable que algunos de los contratantes preste su consentimiento, compromiso y obligación que le ocasionan una clase de perjuicios, por lo que no*

es posible que la demandante no hubiera recibido ningún tipo de información respecto del cambio del régimen pensional, pues como es bien es sabido es deber del que decide efectuar esta clase de actuaciones definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerá sus actuaciones, si bien en gracia de discusión se aceptará que la demandante incurrió en un error para la toma de su decisión, dicho error es de derecho, por que de acuerdo a la definición final se refiere a la existencia, naturaleza de la extinción de sus derechos que son objeto del negocio jurídico, en el caso en concreto en el error en que ocurrió la demandante por el supuesto mal asesoramiento se relaciona con la naturaleza del régimen de ahorro individual, que le otorga unos derechos diferente a los que hubiere obtenido si permaneciera en el régimen de prima media por expreso mandato del artículo 1509 del CPC, el error es un punto de derecho y no un vicio del consentimiento de quien lo presta, razón suficiente por la cual se revocó la sentencia de primera instancia”.

En este orden de ideas como no existía una expectativa legítima al momento del traslado y no era beneficiaria del régimen de transición no se debía invertir la carga de prueba, ni tampoco se probó un vicio del consentimiento, por lo que solicita sea revocado el fallo de primera instancia

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

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 el demandante a través de la AFP PORVENIR S.A. y la AFP COLFONDOS S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, si 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 MARTHA PATRICIA COMBITA CHACÓN el 1° de abril de 1999 (fl. 223), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., encontrándose afiliado en la actualidad a ésta, efectuando cotizaciones en el RAIS desde el 1° de octubre de 1994 (fl.80) y posteriormente, se trasladó el 27 de agosto de 2012 a la AFP COLFONDOS

(fl.198) entidad donde actualmente se encuentra activa, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 1° de mayo de 1976 al 31 de diciembre de 1996 (fls. 88 a 89) y del 10 de marzo de 1987 al 17 agosto de 1993 a CAJANAL (fls. 151 a 154).

7

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 224 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 PORVENIR S.A., debía 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, obligación que también tenía la AFP COLFONDOS al momento en que la actora se trasladó a dicha entidad, situación que tampoco se demostró.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía tanto a la AFP COLFONDOS como a la AFP PORVENIR S.A., pues eran ellas quienes tenían que demostrar que tipo de información le brindó a la demandante al momento de su traslado y afiliación a ésta y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, de ahí que el traslado se torne ineficaz, aspecto que ha sido ampliamente establecido por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como se puede ver en reciente pronunciamiento contenido en la sentencia SL 4336 del 4 de noviembre de 2020 rad. 77804, en el cual se precisó:

“De entrada advierte la Corte la trasgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, porque el Tribunal le impartió plenos efectos al traslado, por el hecho de que no se acreditó vicios del consentimiento, desconociendo con ello que es menester demostrar por parte del fondo privado, por corresponderle la carga de la prueba, que sí le suministró al afiliado una asesoría completa y oportuna, puesto como se explicó en la

sentencia CSJ SL12136-2014, «la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole».

(...)

De otro lado, cumple indicar que en materia probatoria a cada parte le corresponde, en principio, demostrar las afirmaciones o negaciones que sirven de fundamento de sus pretensiones o excepciones, de suerte que son ellas las que soportan las consecuencias de su inactividad, descuido, e incluso su equivocada actividad demostrativa.

8

Así, sobre la carga de la prueba en estos asuntos, la Corte en sentencia CSJ SL, 22 abr. 2004, rad. 21779, consideró:

[...] como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.

Bajo ese derrotero era en Porvenir S.A. en quien recaía la carga de probar conforme al artículo 167 del CGP, pues si el accionante edificó su pretensión en la falta o en la indebida información por parte de esta entidad, está aludiendo o poniendo de presente que la accionada incumplió el deber de asesoramiento, lo cual constituye una negación de carácter indefinido y por ello radicaba en cabeza de esa demandada probar que sí cumplió con su deber legal, toda vez que la demostración de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearla, conforme lo dispone el artículo 1604 del CC”.

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).

9

No obstante, se hace necesario ADICIONAR y por ende MODIFICAR, el ordinal tercero del proveído apelado, en el sentido de ordenar a las AFP COLFONDOS S.A. 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 del 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 la demandada AFP COLFONDOS S.A.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN

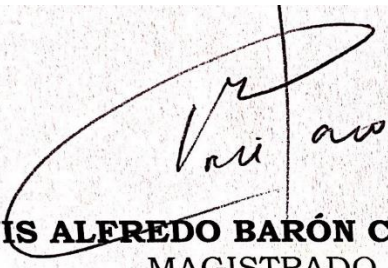
NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a COLFONDOS S.A. 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 la demandada AFP COLFONDOS S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

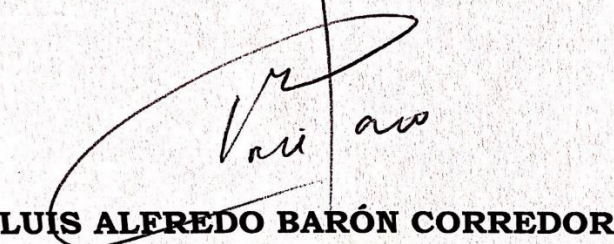


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada AFP COLFONDOS S.A. 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 MISAEL PULGARÍN RINCÓN CONTRA RAFAEL FERNÁNDEZ MORENO, COFRES LTDA, ARTÍCULOS FUNERARIOS ARFUNCOL S.A.S., ARFUNCOL RL & CIA LTDA., ARFUNCOL RL & CIA S.A.S**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 **MISAEL PULGARÍN RINCÓN** pretende se **declare** que entre el demandante y el señor RAFAEL FERNÁNDEZ MORENO como persona natural y propietario de los establecimientos de comercio MADINAL MADERAS, DISEÑOS NACIONALES, IDIMA INVERSIONES DISEÑO Y MADERA existió un contrato de trabajo que inició el 2 de febrero de 1987 y terminó el 30 de septiembre de 2012, se declare que ocurrieron varias sustituciones patronales entre el señor RAFAEL FERNÁNDEZ MORENO y las empresas COFRES LTDA, ARTÍCULOS FUNERARIOS ARFUNCOL S.A.S., ARFUNCOL RL & CIA LTDA., ARFUNCOL RL & CIA S.A.S, se **declare** que el salario devengado en el último año de servicio correspondió a la suma de \$1.604.000, se **declare** solidariamente responsable al señor RAFAEL HERNÁNDEZ MORENO en el cumplimiento de las obligaciones laborales, se **declare** la culpa del empleador por la ocurrencia del accidente sufrido el día 25 de enero de 2011. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** al señor RAFAEL HERNÁNDEZ MORENO y a las empresas COFRES LTDA, ARTÍCULOS FUNERARIOS ARFUNCOL S.A.S., ARFUNCOL RL & CIA LTDA., ARFUNCOL RL & CIA S.A.S al pago de las siguientes acreencias: aportes a seguridad social en pensiones desde el 2 de febrero de 1978 al 30 de septiembre de

2012, se **condene** al pago de cesantías desde el 20 de abril al 30 de septiembre de 2012, se **condene** al pago de prima de servicios desde el 20 de abril al 30 de septiembre de 2012, se **condene** al pago de intereses a las cesantías desde el 20 de abril al 30 de septiembre de 2012, se **condene** al pago de vacaciones desde el 25 de enero de 2011 al 30 de septiembre de 2012, se **condene** al reajuste de la pensión de invalidez de forma vitalicia y para sus beneficiarios sobrevivientes en caso de muerte en cuantía de \$477.600 y de forma retroactiva desde el 1° de octubre de 2012 debidamente actualizada, se **condene** a la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del CST a partir del 30 de abril de 2012, se **condene** a la indemnización plena de perjuicios por el accidente de trabajo sufrido el día 25 de enero de 2011, por concepto de lucro cesante y daño emergente, se **condene** a la indemnización de perjuicios morales objetivos y subjetivos causados por el accidente sufrido el día 25 de enero de 2011, se **condene** a la indemnización de perjuicios fisiológicos causados por el accidente de trabajo **(fls. 8 a 9 - 473 a 475 reforma de la demanda)**.

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 2 a 7 – 469 a 473 reforma de la demanda del plenario en los cuales se señalaron en síntesis que inició a laborar desde el 2 de febrero de 1987 con el señor RAFAEL FERNÁNDEZ MORENO quien era el propietario del establecimiento de comercio MADINAL MADERAS y DISEÑOS NACIONALES a través de un contrato verbal, que el día 1° de marzo de 1987 se cambió el nombre del establecimiento de comercio de MADINAL MADERAS, DISEÑOS NACIONALES a IDIMA INVERSIONES DISEÑO Y MADERA, que las labores que desempeñó durante los 3 primeros meses consistieron en el de lijador y posteriormente pintor, que el salario pactado al inició de su relación consistió en el SMLMV, que en el año 1989 pactó con el señor RAFAEL FERNÁNDEZ MORENO bonificaciones para reparar cajas de cremación, que el incremento del salario se evidencia a partir del 16 de febrero de 1990 hasta el 28 de febrero del mismo año, posteriormente en el año de 1991 devengó un salario de \$77.580, en el año 1992 un salario de \$ 92.785, para el año 1993 un salario de \$122.265, para el año 1994 devengó un salario de \$200.000, que para el 1° de enero de 1995 continuó prestando sus servicios que tenía con el señor RAFAEL FERNÁNDEZ MORENO pero con la empresa COFRES LTDA, que esta empresa fue constituida por el señor RAFAEL FERNÁNDEZ MORENO como socio, que en los meses de junio y agosto del año 2000 la empresa COFRES LTDA le realizó aportes a salud, que el salario para el año 2008 ascendía a la suma de \$800.000, que para el año 2002 el señor RAFAEL FERNÁNDEZ MORENO constituye como socio una nueva sociedad la cual denominó ARFUNCOL LTDA, en el año 2002 nuevamente constituye una nueva sociedad que denominó

ARTÍCULOS FUNERARIOS ARFUNCOL S.A.S., que el 1° de marzo de 2002 constituyó una nueva sociedad ARFUNCOL RL & CIA LTDA, el 25 de marzo de 2007 fue nombrada la señora LAURA LOZANO LÓPEZ como gerente de la empresa ARFUNCOL RL & CIA SAS la cual se constituyó el 20 de junio de 2011 recibiendo órdenes de su parte, que las demandadas solo lo afiliaron seguridad social salud, pensiones y ARL a partir del 1° de julio de 2010, que las demandadas reportaron las afiliaciones a seguridad social con salario mínimo, que durante el último año de servicios el salario ascendió a la suma de \$1.604.000, que el 1° de julio de 2010 fue afiliado a la AFP COLFONDOS cotizándole solamente los periodos de diciembre 2010, abril a noviembre de 2011, que el día 25 enero de 2011 sufrió un accidente laboral al caerse desde un ascensor de carga, siendo reportado a la ARL POSITIVA quien lo incapacitado temporalmente desde el 25 enero de 2011 a octubre de 2012, que las incapacidades no fueron pagadas de manera completa por parte de los demandados y recibiendo malos tratos de su parte, incluso teniendo que presentar una denuncia por acoso laboral ante el Ministerio del Trabajo, que la ARL POSITIVA le reconoció la pensión de invalidez de origen profesional a partir del 1° de octubre de 2012, que la ARL POSITIVA valoró al demandante dictaminándolo con una pérdida de capacidad laboral del 57.29%.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

RAFAEL HERNÁNDEZ MORENO contestó oponiéndose de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos de la demanda aceptó los numerales 1, 2, 5 y 9, no ser ciertos los numerales 3, 4, 6, 7, 11, 12, 18, 24 a 27 y 66; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, ausencia de culpa del demandado en al ocurrencia del presunto accidente, buena fe, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva y genérica (fls. 290 a 301).

ARFUNCOL RL & CIA SAS contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 45, 49, 53,69, 71 a 74, 76 a 78, 82, en relación a los demás refirió no ser ciertos y no constarle, propuso como excepciones de fondo cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, ausencia de culpa de la demandada en la ocurrencia del presunto accidente de trabajo, buena fe, prescripción, falta de legitimación en la causa y genérica (fls. 366 a 380).

COFRES LTDA contestó a través de curador ad litem no constándole los hechos de la demanda y no propuso excepciones de fondo (fls. 460 a 466).

ARTÍCULOS FUNERARIOS ARFUNCOL S.A.S. contestó oponiéndose de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no constarle ni ser ciertos todos y cada uno de ellos, propuso como excepciones cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, ausencia de culpa de la demandada en la ocurrencia en el presunto accidente de trabajo, buena fe, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva (fls. 423 al 434).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 23 de julio de 2018 el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, **declaró** que entre el demandante y la empresa ARFUNCOL RL & CIA hoy SAS existió un contrato de trabajo desde el 1° de junio de 2010 hasta el 26 de agosto de 2012, declarar que existió culpa por parte de la empresa ARFUNCOL RL & CIA hoy SAS en el accidente de trabajo ocurrido el 25 de enero de 2011 al demandante, condenar a la empresa ARFUNCOL RL & CIA hoy SAS a los siguientes conceptos:

*“-cesantías: \$561.400.
-Prima de servicios \$541.4100.
-Intereses de cesantías: \$23.578.
-Compensación de vacaciones: \$1.272.061.
-Indemnización moratoria: \$38.496.000 que es causada desde el 27 de agosto de 2012 al 27 de agosto de 2014, a partir del mes 25 se deberán pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificados por la Superfinanciera hasta que se verifique el pago de las prestaciones sociales.
-Lucro cesante consolidado y futuro: \$304.483.868,61
-Perjuicios morales: \$20.000.000.
-Perjuicios fisiológicos: \$5.000.000”.*

Condenó a la demandada ARFUNCOL RL & CIA hoy SAS a reliquidar la pensión del demandante con una tasa de remplazo del 60% a partir del 27 de agosto de 2012 cuya diferencia inicial es de \$395.700 y que al 30 de junio de 2018, por diferencias de las mesadas pensionales se adeuda la suma de \$30.856.700, declarar no probadas las excepciones propuestas por ARFUNCOL RL & CIA hoy SAS, absolvió a COFRES LTDA, ARTÍCULOS FUNERARIOS ARFUNCOL S.A.S. y RAFAEL HERNÁNDEZ MORENO de todas las pretensiones incoadas y a ARFUNCOL RL & CIA hoy SAS de las demás pretensiones elevadas en su contra y condenó en costas ARFUNCOL RL & CIA hoy SAS **(CD fl.567)**

Como **argumento de su decisión**, la Juez trajo a colación todas y cada una de las pruebas aportadas al proceso tanto documentales como testimoniales, frente a lo cual consideró que no existía duda en cuanto a que el demandante había prestado sus servicios personales tanto para la persona natural demandada como para algunas de las empresas demandadas, refirió que en lo respectaba a la demandada ARFUNCOL RL & CIA hoy SAS había aportado 2 contratos de producción de servicios y unas planillas de pagos de aportes a seguridad social efectuados por parte de la empresa ARFUNCOL RL & CIA hoy SAS como trabajador independiente, las cuales no resultaban suficientes para desvirtuar la existencia de una relación laboral, advirtió que en el presente asunto no se podía declarar la existencia de una única relación laboral como se pedía en la demanda entre 1897 a 2012 a través de la figura de sustitución patronal.

Estableciendo la sentenciadora que los testigos no habían podido precisar para que persona natural o jurídica se había cumplido efectivamente las labores en cada unos de los periodos referidos en la demanda, además de que uno de los testigos había mencionado no conocer a la empresa COFRES LTDA, no existía prueba respecto de que el señor RAFAEL HERNÁNDEZ MORENO hubiera sido propietario de las empresas MADINAL MADERAS, DISEÑOS NACIONALES, IDIMA INVERSIONES DISEÑO Y MADERA, que el demandante señalaba haber laborado para COFRES LTDA de 1995 al año 2000, pero dicha compañía fue creada el 24 de marzo de 2007, existía un certificado expedido el 15 de mayo de 2009 que daba fe de un contrato con ARFUNCOL LTDA desde el 15 de enero de 2004, lo cual no concordaba con los hechos de la demanda, pues allí se decía que la vinculación con ARFUNCOL RL & CIA LTDA había sido en el año 2007, existía una certificación expedida por CAFESALUD EPS donde se indica aportes efectuado por la señora LUZ RODRÍGUEZ COFRES AGUILLÓN entre junio a agosto de 2000.

En relación a lo anterior, al no tenerse por demostrada la sustitución patronal alegada, la Juez sostuvo que debía enfocarse solamente en la única relación laboral que había quedado demostrada lo cual había sido con la empresa ARFUNCOL RL & CIA hoy SAS a partir del 1° de junio de 2010 momento para el cual se había hecho la primera cotización al sistema de seguridad social y la cual se había prologando hasta el 26 de agosto de 2012 momento de la última incapacidad reconocida por al ARL POSITIVA, estableció que el salario debía ser en la suma de \$ 1.604.000 el cual se había extraído de los contratos de producción por servicios y por lo dicho por los testigos.

En relación a la culpa patronal consideró que no existía duda en cuanto al accidente ocurrido al actor el cual había ocurrido el 25 de enero de 2011, en donde se había caído de un ascensor de carga, que el primer testigo dijo que se había informado al gerente que debía hacerse mantenimiento al ascensor, la segunda testigo había dicho que el ascensor tenía sueltas unas cadenas, lo cual había sido comunicado al gerente, adicionalmente señalando que de las pruebas aportadas se encontraba la historia clínica en la cual se establecía que el trabajador se encontraba en el ascensor subiendo una tapa para pintarla y el ascensor se soltó, al parte demandada ARFUNCOL RL & CIA hoy SAS no acreditó que hubiera actuado de manera diligente, no se aportó prueba de capacitación para prevención de accidentes, ni que se le hubiera dado algún elemento de protección, quedando de tal manera probada la culpa patronal.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante**, la parte actora solicita se revoque el ordinal primero de la sentencia y se declare la relación laboral como fue solicitada en la demanda, por cuanto la relación laboral no lo fue únicamente a partir del 1° de junio de 2010 con la empresa ARFUNCOL RL & CIA hoy SAS, sino que está arrancó con el señor Rafael Fernández Romero desde febrero de 1987 y siempre se demostró las respectivas sustitución patronal, para lo cual debe tenerse en cuenta que los 3 testigos que declararon ya que todos habían sido concordantes en su versión, que el primero de estos fue quien le enseñó a lijar y posteriormente, empezó a trabajar como pintor de cofres fúnebres en el año 1987.

Agrega, que si bien los testigos iban y volvían en diferentes épocas a trabajar con el demandante de sus versiones quedaba claro que el demandante había trabajado para todas las empresas ubicadas en el mismo lugar a pesar de los cambios de razón social, aspecto que también se encuentra demostrado con los certificados de existencia y representación legal, que el hecho de que se aportará un certificado de existencia y representación legal en el cual se diga que el señor Rafael Fernández Romero, fue comerciante y no se acredite o no se establezca los nombres de establecimientos de comercio en los cuales él estuvo, no es suficiente para establecer que no se demostró esa relación laboral, por el contrario, el certificado sí lo establece, pero dado caso en que no se estableciera debía tenerse en cuenta que la contestación de su demanda el señor Rafael aceptaba que había trabajado con el actor desde febrero de 1990 y lo vinculó al sistema de seguridad social, entonces esto verifica que sí estuvo vinculado

ahí y que estuvo como persona natural, por lo que, la obligación nace legalmente sobre la persona natural, indistintamente que tuviera o no establecimientos de comercio.

Solicita que en caso de reconocerse la sustitución patronal sean modificadas las condenas por cesantías, primas de servicios, interés a las cesantías, vacaciones, para que sean reconocidas desde 2 de febrero de 1987 hasta la fecha la ocurrencia el accidente, así como también se paguen los aportes a seguridad social en materia de pensiones, porque esto le conllevaría al demandante en un futuro reconocerle la pensión de vejez, teniendo en cuenta el salario demostrado en el proceso en la suma de \$1.604.000.

Recurso de apelación demandado ARFUNCOL RL & CIA hoy SAS

Aduce, que tanto en la demanda como la fijación del litigio se solicitó la existencia de un único contrato entre el actor y el señor Rafael Fernández Romero, situación que no había quedado demostrado, razón por la cual se había violado por parte de la Juez de primera instancia de manera flagrantemente el principio de congruencia, al haber condenado sorpresivamente a una de las 4 demandas a pagar la condenas, aspecto por el cual no se comparte la decisión de la Juez, siendo además que se había desvirtuado la existencia de subordinación laboral, pues si bien había prestado un servicio lo había sido a través de contratos de prestación de servicios, el cual no había sido tachado de falso o desconocido, además de estar sustentado con los aportes a seguridad social efectuadas por el señor demandante como independiente, así mismo, debe tenerse en cuenta que ninguno de los testigos escuchados había sido claro en afirmar que hubiera existido una relación laboral subordinada.

Manifiesta también descontento en cuanto al valor del salario, toda vez que lo que existieron fueron unos honorarios por la labor que hacía el demandante y el despacho se había limitado a dividirle el valor total del contrato entre el número de meses prestados del servicio, que si bien se echaba de menos unos mayores valores de aportes a la seguridad social, quien debía haberlos efectuados era el trabajador independiente más no la empresa, de igual manera, tampoco se encuentra de acuerdo con la condena en cesantías, intereses a las cesantías, prima, vacaciones y mucho menos con la indemnización moratoria, toda vez que en la realidad no existió ningún contrato de trabajo, por ello ambas partes tenían la certeza de que no se estaba frente a un contrato laboral, en tal medida no ha habido mala fe de la demandada en la presunta falta de pago en las prestaciones sociales y salarios a la finalización del vínculo laboral.

En cuanto a la indemnización plena de perjuicios, el artículo 216 del CST, era claro el artículo y la jurisprudencia en que esta culpa debe ser plenamente demostrada y la carga de la prueba le corresponde al demandante, él es quien debe demostrar la culpa de la empresa en la ocurrencia de tal suceso, no basta con demostrar el accidente, máxime que en este caso ambas partes tenían la certeza de que no tenían un contrato de trabajo, lo que hace esta responsabilidad objetiva, tiene su fundamento en la subordinación, es la subordinación la que liga a que el empleador vigile a su trabajador, cuide la salud de su trabajador que es la principal obligación del empleador, en este caso como se dijo no existió tal subordinación, por tanto, no había la obligación de cuidado con el señor demandante, aparte de eso no está demostrado en alguna parte del plenario, ni con los documentos, ni con los testimonios que hubiera habido la más mínima culpa del demandado en la ocurrencia del accidente de trabajo, aparte no estuvieron demostrados los perjuicios, pues fueron decretados por el juez con las formulas de la Corte Suprema, pero no estuvieron demostrados, ya que fue bastante subjetiva sus apreciación.

También echaba de menos la no condena en costas contra las empresas que fueron absueltas, de todo lo narrado reitera que la Juez violó el debido proceso en relación a los hechos de la demanda y el uso de facultades extra petita o ultra petita al reconocer unos extremos diferentes, en donde ninguna de las demandadas y especialmente la que fue condenada pudo defenderse de ellos, viéndose que sorprendentemente se absolvía a una de estas a pesar de que se había pedido un único contrato.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En consonancia con los recursos de alzada corresponde a esta Sala de decisión determinar si entre la parte demandante y los demandados existió sustitución patronal, en consecuencia, si debe declararse la existencia de una única relación laboral entre el 2 de febrero de 1987 al 26 de agosto de 2012 y, por lo tanto, si deben reliquidarse las acreencias laborales objeto de condena y si debe condenarse a los respectivos aportes a seguridad social en pensiones.

En caso de no prosperar lo anterior, se analizará si es posible declararse la existencia de una relación laboral entre el demandante y la empresa ARFUNCOL RL & CIA hoy

SAS entre el 1° de junio de 2010 hasta el 26 de agosto de 2012 a pesar de no haber sido solicitado como tal en la demanda, si se probó la existencia de una culpa patronal y sus respectivos perjuicios, sí el salario que tuvo en cuenta el Juez para las condenas se encuentra ajustado a derecho y si deben ser condenadas en costas las demás demandadas.

Sustitución patronal

Establece el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo lo siguiente:

“Art. 67. Definición. Se entiende por sustitución de patronos todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad de establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios”.

En relación a la literalidad de la norma, ha considerado la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción ordinaria laboral que de la misma se puede deducir que los requisitos de la sustitución de empleadores son el cambio de titularidad de la empresa, establecimiento o entidad económica, por cualquier causa ya sea cesión, venta, arrendamiento, fusión, etc. Ha señalado también, que es en el contexto de la relación laboral y su continuidad con otro empleador, en el que esta figura tiene pleno sentido o, más bien, en donde se activan sus garantías consistentes en que los términos de los contratos de trabajo no varíen, se mantenga la antigüedad laboral de los trabajadores y la transferencia de empresa no afecte la solvencia de pago de los créditos laborales adquiridos por el empleador transmitente (SL 4530 del 11 de noviembre de 2020, rad. 82478).

Así mismo, la CSJ Sala de Casación laboral en sentencia **SL 3003 del 5 de agosto de 2020, rad. 46669**, en relación a la sustitución patronal señaló lo siguiente:

“La jurisprudencia de vieja data, verbigracia, en la sentencia CSJ SL de 24 de enero de 1990, No. 3535, siguiendo el texto del artículo 67 precitado, exige lo siguiente para que se produzca la sustitución patronal:

siguiendo el texto del artículo 67 precitado, exige lo siguiente para que se produzca la sustitución patronal:

*Reiteradamente la Corte ha exigido para que se produzca el fenómeno de la sustitución patronal que se reúnan tres condiciones, a saber: **a) el cambio de un patrono por otro; b) la continuidad de la empresa y c) la continuidad de servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo**”.* (CSJ, Cas.

Laboral, Sec. Segunda, Sent. ene. 24/90, Rad. 3535. Destaca la Sala”.

Colofón de lo anterior, frente al requisito de la continuidad de la empresa de que trata el artículo 67 del CST, precisa la Sala que el solo cambio de empleador por la ocurrencia de la transferencia del trabajador entre sociedades que tienen el mismo objeto social o se dedican a actividades o negocios similares no se ubica dentro de la sustitución patronal.

*El yerro jurídico de interpretación anotado llevó al juez colegiado a valorar erradamente las pruebas. Si él hubiese partido de la interpretación correcta de la norma en comento, no habría aceptado los acuerdos de «sustitución patronal» celebrados entre las demandadas, la referencia que hizo la accionante al nuevo empleador en la demanda, **ni la similitud en los objetos sociales de las empresas, como elementos fácticos suficientes para corroborar la sustitución patronal. Al ad quem le faltó entrar a examinar si se dio el traspaso, por cualquier causa, de un establecimiento o unidad de negocio de una sociedad a otra para poder aplicar los efectos del artículo 67 del CST, ante la no discusión de los otros dos supuestos. O que se tratase de un cambio de régimen de administración de un establecimiento**”.* (subrayado y negrilla fuera del texto original)

Siguiendo los derroteros jurisprudenciales mencionados, la figura solicitada por la parte actora en efecto no se encuentra plenamente acreditada en relación a lo siguiente: si bien insiste en que la relación laboral inició con el señor RAFAEL FERNÁNDEZ MORENO como persona natural y propietario de los establecimientos de comercio MADINAL MADERAS, DISEÑOS NACIONALES, IDIMA INVERSIONES DISEÑO Y MADERA el 2 de febrero de 1987, es evidente que ni se probó como bien lo manifestó la *a quo* que el señor RAFAEL FERNÁNDEZ MORENO haya sido el propietario de los establecimiento mencionados, toda vez que de acuerdo a la documental obrante a folio 187 se visualiza es la cancelación de la matrícula mercantil como persona natural que ostentó del 22 de enero de 1990 al 30 de diciembre de 2011, más no se observa ser el propietario de dichos establecimientos de comercio.

Ahora, si bien es cierto como lo relata el recurrente existió una relación laboral con el señor RAFAEL FERNÁNDEZ MORENO, pues así lo reconoció él en la contestación de la demanda al indicar que prestó sus servicios entre el 16 al 28 de febrero de 1990, la cual se constata con la historia laboral obrante a folio 49 expedida por el ISS, como se corrobora con lo dicho por el testigo CARLOS EDUARDO PAIPILLA BUSTOS quien manifestó que trabajó con el demandante a favor del señor RAFAEL FERNÁNDEZ en el año 1987, por lo que podría decirse que la relación laboral inició en esa fecha; pero no existe certeza probatoria de que esa relación laboral haya continuado más allá del año 1990, máxime que el mismo testigo refiere que el domicilio donde el actor prestó sus servicio cambio de dirección, estableciéndose con ello que se trató de empresas diferentes.

Ya por este solo hecho es evidente que no se da la figura aludida por el promotor del proceso, por cuanto no se tiene conocimiento en qué momento el señor RAFAEL FERNÁNDEZ MORENO traspaso los supuestos establecimientos de comercio a las demás empresas aquí demandadas, aunado al hecho de que existen inconsistencias en lo narrado en la demanda con relación a las pruebas allegadas al plenario, pues dice el actor que continuó su relación laboral con la empresa COFRES LTDA a partir del 1° de enero de 1995 hasta el año 2002, sin embargo, al inicio de este extremo aún no había nacido a la vida jurídica dicha sociedad, como se puede ver del certificado de existencia y representación legal obrante a folio 436, el cual indica que dicha sociedad se constituyó por escritura pública No. 818 del 26 de marzo de 2001 – de la Notaría 25 de Bogotá, inscrita en la Cámara de Comercio el 20 de abril de 2001, cabe resaltar que la testigo de la parte demandante JANETH JURADO PRIETO quien manifestó haber laborado con el actor de 1991 a 1995 y posteriormente, en el año 2000 en ARFUNCOL LTDA, señala no conocer la existencia de la empresa COFRES LTDA, también como lo menciona la Juez existe una afiliación a CAFESALUD EPS con la señora LUZ YIMIRA RODRÍGUEZ COFRES AGUILLO por los periodos junio a agosto del año 2000 (fl.48).

De otro lado, tampoco existe claridad respecto de la prestación del servicio con la empresa ARFUNCOL LTDA, pues dice en la demanda (*hechos 25 a 27 fl.470*) haber continuado sus labores con esta a partir del 1° de enero del año 2002, pero no aporta el certificado de cámara y comercio que demuestre la existencia de esta sociedad, hecho que toma relevancia cuando el actor indica que esa sociedad pasó hacer ARTÍCULOS FUNERARIOS ARFUNCOL S.A.S., lo cual no coincide con el certificado de esta última, puesto que esta se constituyó el 1° de marzo de 2002 (fl.27), sin que de este certificado se logre ver que sean la misma empresa. Adicional a esto, llama la atención el hecho de que el actor señale que para el 1° de enero de 2002 continuó prestando los mismos servicios para ARFUNCOL RL & CIA LTDA cuando dicha sociedad se constituyó el 28 de marzo de 2007 (fl.287).

Sumado al hecho de que obra un certificado a folio 37 en el cual se certifica que el demandante prestó sus servicios para ARFUNCOL LTDA desde el 15 de enero de 2004 expedida el 15 de mayo del año 2009, que como bien se indicó no existe constancia como tal de que sea la misma empresa ARTÍCULOS FUNERARIOS ARFUNCOL S.A.S. y/o ARFUNCOL RL & CIA LTDA hoy SAS tal y como se evidencia de los mismos certificados aportados al plenario, empresa que además no se encuentra como demandada en este proceso, también debe resaltarse que si bien la misma aparece

firmada por el señor RAFAEL FERNÁNDEZ MORENO, se reconoció por la parte demandante en audiencia celebrada el día 11 de abril de 2018, que la firma allí contenida no era la del señor RAFAEL FERNÁNDEZ, mencionándose que lo había firmado la señora LAURA LOZANO LÓPEZ, rompiéndose nuevamente la cadena de la sustitución laboral pretendida, pues se insiste no existe constancia como tal de que durante los extremos reclamados en la demanda el demandante hubiera laborado para un mismo empleador, de lo contrario, se entiende que laboró para distintos empleadores, como así también lo demuestra la prueba testimonial.

Posibilidad de declarar la existencia de otras relaciones laborales diferentes a las solicitadas en la demanda

En relación a este aspecto, si bien en la demanda solicitó la existencia de una única relación laboral por existir sustitución patronal, ello no impide que el Juez pueda condenar la existencia de un contrato laboral no como única relación laboral, sino a través de diferentes relaciones laborales sí de tal manera queda demostrado en el proceso, pues como garante de los derechos laborales debe velar porque los mismos se veneren, más aun cuando los implicados hacen parte del mismo proceso, de manera que no es dable alegar violación del derecho al debido proceso, toda vez que se conocía de ante mano la posibilidad de una condena por la existencia de una relación laboral con sus respectivas consecuencias, que si bien podía ser por los tiempos solicitados, también podía ser en otros que fueran acreditados en el expediente pero que corresponden al mismo lapso, es así como las demandadas tuvieron la posibilidad de revertir tales afirmaciones previó a que se tomará la decisión por parte de la *a quo*, como tampoco existe violación al principio de congruencia, pues al tomarse varias relaciones laborales con distintos empleadores dentro de los extremos pedidos en la demanda, se trata de un mismo objeto y sobre las mismas cantidades solicitadas en la misma.

En el presente caso, se tiene que el Juez condenó únicamente a la empresa ARFUNCOL RL & CIA hoy SAS porque encontró en ella la existencia de un contrato entre el 1° de junio de 2010 hasta el 26 de agosto de 2012, aspecto que más adelante se pasará analizar. No obstante, no tuvo en cuenta que en efecto también se acreditó la existencia de un contrato con el señor RAFAEL FERNÁNDEZ a partir del año 1987, por lo que era su deber condenarlo también a las acreencias solicitadas en la demandada por ese lapso, es decir, a partir del 31 de diciembre de 1987, teniendo en cuenta el criterio de la CSJ Sala de Casación Laboral en cual ha señalado que si no se conocen con

exactitud los extremos de la relación laboral, pero se conoce el mes o el año, para el extremo inicial se debe tener en cuenta el último día del respectivo mes o año (*rad. 25580 del 22 marzo de 2006, rad. 33849 del 28 abril de 2009 y rad. 42167 del 6 marzo de 2012*), por lo que se tendría acreditada una relación laboral desde el **31 de diciembre de 1987 al 28 de febrero de 1990**, empero debe tenerse en cuenta que de su parte se propuso la excepción de prescripción, por tanto, las acreencias solicitadas por ese lapso se encuentra afectadas por tal fenómeno, en tanto la demanda tan solo se presentó el 16 de mayo de 2013 (fl.188), sin que con anterioridad se hubiera reclamado directamente con este empleador, conllevando únicamente a ser condenado a realizar el consecuente pago de reserva actuarial que determine el fondo de pensiones donde se encuentre afiliado el demandante del periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 1987 al 15 de febrero de 1990 para lo cual se tendrá como IBC el SMLMV como quiera que no se demostró un salario superior, lo anterior teniendo en cuenta que este derecho se encuentra exceptuado de la prescripción.

En relación a la empresa, ARTÍCULOS FUNERARIOS ARFUNCOL S.A.S. como bien se indicó en precedencia no queda claro en que momento se prestó el servicio para ella, ya que no concuerdan los hechos de la demanda con la prueba documental, ni con la prueba testimonial, motivo por el cual se modificará la decisión de primera instancia en lo que respecta la relación laboral con el señor RAFAEL FERNÁNDEZ y se CONFIRMARÁ en lo demás.

Existencia de la relación laboral con ARFUNCOL RL & CIA hoy SAS

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, por lo cual es obligación de la parte pasiva desvirtuar la existencia de un contrato laboral, cabe recordar que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, por lo tanto, es al empleador 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, señaló 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 de prestación de servicios existente entre las partes, esto es, si el actor actuaba con autonomía técnica y directiva, o si por el contrario se encontraba subordinado.

No existe discusión frente a la prestación personal del servicio, pues la misma fue aceptada por la demandada en su contestación, así como se corrobora con las pruebas allegadas al plenario en donde se encuentra minuta de contrato de prestación de servicios de fechas 20 de mayo de 2010 y 5 de enero de 2011 (fls. 381 a 384) en las cuales fue contratado el actor para la realización de servicios de pintura de cofres fúnebres, el primero de estos con un plazo de 7 meses y el segundo en un plazo de 12 meses, si bien de dicha documental podría entenderse que el actor actuó realmente bajo independencia y autonomía, los hechos ocurridos en el accidente de trabajo

ocasionado el día 25 de enero de 2011 en las instalaciones de la empresa ARFUNCOL RL & CIA LTDA hoy SAS como así de se desprende a las documentales expedidas por la ARL POSITIVA (fl.82), incluso evidenciándose de la misma aseguradora que la empresa accionada aparece como empleador del demandante, quien a su vez efectuó el pago de las incapacidades temporales (fl.74), incluso se reconoció por parte de la aseguradora la pensión de invalidez de origen profesional a partir del 27 de agosto de 2012, aunado a que la empresa le efectuó aportes a seguridad a seguridad social en la AFP COLFONDOS entre el 2010 a 2011 (fls 50 a 52), como también aparecen aportes a salud en la EPS SALUD TOTAL durante los años 2010 al 2012, de hecho esta misma aseguradora dando contestación a una petición presentada por el actor en la cual solicitaba se aclarara por qué aparecía sorpresivamente haciendo aportes como independiente si ello no había sido autorizado por él, frente a lo cual la aseguradora le reconoce que no existía dicha autorización y procedió a cerrar su contrato en calidad de cotizante independiente (fls. 35 a 36 y 38 a 39).

Luego, si bien la prueba testimonial no dio mayores luces en relación al elemento de subordinación por parte de esta demandada, de la prueba documental queda más que demostrado que la misma sí ocurrió, de suerte que no puede pretender la accionada que se establezca que la labor prestada por el demandante lo fue de manera liberal, cuando con sus actuaciones clarificó que lo que verdaderamente los ató fue un contrato de carácter laboral y por lo tanto, deberá cumplir con las obligaciones que ello representa.

En cuanto al salario tomado por la Juez de primera instancia el cual fue calculado en la suma de \$1.604.000, señalando que dicho valor se tomó de dividir las sumas totalizas en los contratos de producción por servicios, al verificarse tal manifestación se tiene que el primero de estos contratos indica una suma total de honorarios de \$11.700.000 que corresponde a 7 meses, que al ser dividido en efecto arroja la suma de \$1.671.428 y en cuanto al segundo contrato que lo fue por la suma de \$19.200.000 que corresponde al periodo 5 de enero de 2011 al 20 de diciembre de 2011, es decir, 345 días, en efecto arroja la suma de \$1.669.565, valores que tiene similitud con la suma que ha venido reclamado el actor insistentemente que correspondió a su verdadero salario, incluso ante el Ministerio del Trabajo (fls. 56 a 65), por ello no puede desconocerse que el salario tomado por el *a quo* efectivamente se asemeja más a la realidad de lo sucedido, por ello tampoco erró al haber reliquidado la pensión de invalidez, pues claramente la misma se reconoció teniendo en cuenta salarios que no fueron los que verdaderamente percibió el actor, por lo tanto, conlleva a esta Sala de

decisión a **CONFIRMAR** la decisión de primera instancia, en lo analizado.

Culpa patronal

Por último, se tiene que la empresa condenada refiere que en el presente caso no quedó plenamente acreditado que efectivamente hubiera actuado de manera negligencia frente a la ocurrencia del accidente sucedido al actor, pues de la prueba testimonial no se logra evidencia que ello haya sido así, a efectos de verificar su descontento, ha sido reiterativa la jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral en establecer que es el trabajador quien debe acreditar que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión, diligencia y cuidado por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente, correspondiéndole al empleador probar que cumplió con la diligencia y cuidado, es decir, no cualquiera, sino aquella que tiene relación armónica y directa con esa causa eficiente o, lo que es lo mismo, con el factor determinante en la ocurrencia del accidente (**SL 4291 del 26 de octubre de 2020, rad. 70848**).

No existe discusión frente al accidente que tuvo el señor MISAEL PULGARÍN RINCÓN el día 25 de enero de 2011, como bien lo refiere la ARL POSITIVA en la documental aportada al expediente (fls. 75 a 88 y 133), hecho que sucedió al caerse de un cuarto piso, por encontrarse dentro de un ascensor que se soltó cuando estaba subiendo una tapa para pintarla dentro de las instalaciones de la empresa demandada, situación que le ocasionó politraumatismo en extremidades y trauma craneoencefálico leve, requiriéndose hospitalización prolongada para múltiples manejos quirúrgicos de fracturas abiertas de humero, radio y cubito izquierdo con lesión de nervio radial severo y luxa fractura de pie derecho con lesión nerviosa (fl.87), presentando varias incapacidades que finalmente conllevaron a ser calificada su pérdida de capacidad laboral por parte de la ARL POSITIVA el día 13 de julio de 2012, determinándose una pérdida de capacidad laboral del 57,29% de origen profesional (fls. 82 a 87).

Frente al suceso el actor señaló en su interrogatorio de parte que el ascensor denominado malacate en donde sucedió el hecho era dispuesto solo para la carga de los cajones fúnebres o materia prima para su elaboración, pero no para el transporte de personas por cuanto allí con anterioridad ya había existido un accidente, sin embargo, por órdenes de sus superiores era utilizado por cuestión de tiempo, afirmando que tanto él como sus compañeros advirtieron siempre las malas condiciones en que se encontraba el mismo, pero a pesar de ello nunca se le hizo el mantenimiento requerido.

Teniendo en cuenta lo manifestado por el actor, se comprueba que la parte pasiva era conocedora del mal funcionamiento del ascensor que se descolgó y a pesar de ello, no efectuó acciones preventivas a fin de evitar el infortunio, sin que se pueda deducir que se trató de un hecho de fuerza mayor o caso fortuito, o que se encontraba en la imposibilidad de eludir sus efectos por ser intempestiva e inesperada y por ello deba ser eximida de responsabilidad, toda vez que la empresa ARFUNCOL RL & CIA hoy SAS no demostró de manera contundente de que ello hubiera sido así, aportando al plenario los mantenimientos que se le hacían al ascensor, con lo cual se pudiera ver que no se encontraba en malas condiciones y que por lo tanto, se trató de un mal uso por parte del trabajador o en su defecto demostrar que dicho mecanismo transportador era exclusivamente para subir y bajar la materia prima; y que fue el actor que de manera caprichosa lo utilizó, aspectos con los cuales desvirtuaría por completo su dicho, situación que no fue así, teniendo entonces que el empleador era conocedor del mal funcionamiento del mismo, siendo una escenario totalmente previsible y que por lo tanto, pudo evitarse, más aun cuando ya había ocurrido un hecho similar, valga traer a colación la sentencia **SL 1361 del 13 de marzo de 2019, rad. 61560 del CSJ** sala de Casación Laboral, en donde en un caso similar señaló:

“Como se concluyó, al analizar los elementos de convicción obrantes a folios 346 y 354, la pasiva, antes de producirse el accidente de trabajo, era conocedora del mal funcionamiento del ascensor que se descolgó, pese a ello, no desplegó las medidas protectoras buscando minimizar los riesgos a fin de que su empleada no sufriera lesión alguna en la ejecución de su actividad como ascensorista, sin que pueda predicarse que se trataba de una situación catalogada como de fuerza mayor o caso fortuito, o que se encontraba en la imposibilidad de eludir sus efectos por ser intempestiva e inesperada que la exime de responsabilidad, pues a no dudarlo, era un hecho totalmente previsible y que pudo evitarse de haber tomado acciones preventivas.

*En otras palabras, y como en casos similares lo ha sostenido la Sala, se evidencia que faltó aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (art. 63 CC), o la del buen padre de familia, y que para el caso, se traduce en que la enjuiciada debió haber dispuesto dejar por fuera de servicio el elevador ante los **«constantemente daños y desniveles»**, de lo que ella misma dio cuenta en la carta del 14 de abril de 2005 (f. 346), siendo en últimas la causa del infortunio del que fue víctima la trabajadora, lo que permite sostener con certeza, que aquella conducta omisiva o negligente de la accionada fue determinante en la ocurrencia del accidente de trabajo.*

Fuerza concluir entonces, que se encuentra suficientemente comprobada la culpa del empleador en ese evento laboral, y de igual forma, el nexo de causalidad entre esta y el daño producido a la señora Adriana Salamanca, que surge como consecuencia de la imprevisión de la enjuiciada y el incumplimiento de sus deberes de protección y seguridad en la salud de la trabajadora, como lo ha sostenido la Sala en otras ocasiones, pudiéndose citar la sentencia CSJ SL4913-2018, que rememoró la SL7181-2015 en la que se recordó la CSJ SL, 3 may. 2006, rad. 26126, que puntualizó:

De suerte que, la prueba del mero incumplimiento en la «diligencia o cuidado ordinario o mediano» que debe desplegar el empleador en la administración de sus negocios, para estos casos, en la observancia de los deberes de protección y seguridad que debe a sus trabajadores, es prueba suficiente de su culpa en el infortunio laboral y, por ende, de la responsabilidad de que aquí se habla, en consecuencia, de la obligación de indemnizar total y ordinariamente los perjuicios irrogados al trabajador.

La abstención en el cumplimiento de la «diligencia y cuidado» debidos en la administración de los negocios propios, en este caso, las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo para infligir al empleador responsable la indemnización ordinaria y total de perjuicios.

No puede olvidarse, además que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», tal como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil, por tanto, amén de los demás supuestos, probada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, en otras palabras, de diligencia y cuidado, se prueba la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados y, por consiguiente, si el empleador pretende cesar en su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquella, tal y como de manera genérica lo dice el artículo 1757 del Código Civil».

Por consiguiente, se concluye que se encuentra suficientemente comprobada la culpa del empleador en el evento laboral, sufrido por el señor MISAEEL PULGARÍN RINCÓN.

Perjuicios

Verificado este punto del recurso interpuesto, se tiene que el mismo tampoco tiene vocación de prosperidad, toda vez que al Juez de primera instancia condenó a la encartada a los perjuicios morales y fisiológicos, en relación a los primeros refirió que los mismo se encontraban a la arbitrio del Juez, considerando que teniendo en cuenta la pérdida de capacidad laboral del actor y el tratamiento médico al cual fue sometido, debían cuantificarse en la suma de \$20.000.000, decisión que se encuentra conforme a derecho, pues la jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral en efecto a establecido que su tasación se hace al “*arbitrium judicis*”, lo que significa que el juzgador está la capacidad de tasar libremente el monto de dicha indemnización, tal y como se dijo en la sentencia CSJ SL10194-2017, reiterada en la SL17547-2017.

Si bien pese a no existir parámetros que permitan establecer criterios objetivos para su tasación, los argumentos dados por la Juez resultan ser acertados a la luz de la realidad, pues es evidente que las secuelas que produjo al actor el accionante laboral ocurrido en el empresa demandada, le ha traído consigo múltiples inconvenientes emocionales como físicos que no le permiten llevar una vida normal, por lo que al ser

condenada la accionada a este perjuicio le resarce en parte su situación actual.

En lo concerniente a los perjuicios por **daño de vida de relación o fisiológico** a establecido la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencia con rad. 30621 del 22 enero 2008 y SL 4913-2018, reiterada en la sentencia SL 1361 del 13 de marzo de 2019, rad. 61560 del CSJ, que estos se originan por el *“menoscabo en la vida de relación social, que no se equipara a la aflicción íntima, que se padece en el interior del alma, calificada como daño moral subjetivo, ni tampoco con la pérdida de la capacidad laboral, que es estimable en dinero a partir del grado de invalidez establecido por las Juntas Calificadoras; es el daño que afecta la aptitud y disposición a disfrutar de la dimensión de la vida en cualquiera de sus escenarios sociales; es una afectación fisiológica, que aunque se exterioriza, es como la moral, inestimable objetivamente, y por tanto inevitablemente sujeta al arbitrio judicial.”*. (Negrillas fuera de texto)

De manera que, al ser calificado el actor con una pérdida de capacidad laboral del 57,29%, denota que su diario vivir ya no es el mismo, pues las actividades que normalmente hacía se encuentran impedidas, no solo en su vida social, sino también para con su esposa y sus tres hijos, siendo entonces que la condenada por este perjuicio también resulta ser acorde.

Costas procesales

Finalmente, en lo que respecta a la condena en costas de primera instancia las mismas deberá ser asumidas tanto por la empresa ARFUNCOL RL & CIA hoy SAS como lo tuvo en cuenta la *a quo*, como por el señor RAFAEL FERNÁNDEZ siguiendo los parámetros establecidos en el numeral 1° del artículo 365 del CGP, la cual dispone que deberá condenarse en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso los fueron únicamente estas dos demandadas, advirtiéndose que las costas a cargo del señor RAFAEL FERNÁNDEZ deberán ser tasadas en primera instancia.

COSTAS:

COSTAS en esta instancia a cargo de ARFUNCOL RL & CIA hoy SAS teniendo en cuenta que su recurso de alzada no prosperó.

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: ADICIONAR el ordinal primero de la sentencia apelada proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la existencia una relación laboral entre el demandante y el señor RAFAEL FERNÁNDEZ ROMERO entre el 31 de diciembre de 1987 al 28 de febrero de 1990.

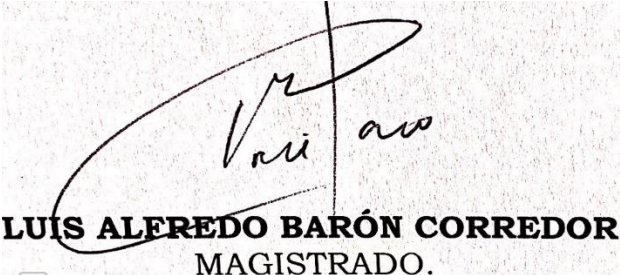
SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal sexto de la sentencia apelada, para su lugar **CONDENAR** al demandado RAFAEL FERNÁNDEZ ROMERO a realizar el consecuente pago de reserva actuarial que determine el fondo de pensiones donde se encuentre afiliado el demandante del periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 1987 al 15 de febrero de 1990 para lo cual se tendrá como IBC el SMLMV.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal séptimo de la sentencia, en el sentido de condenar al demandado RAFAEL FERNÁNDEZ ROMERO al pago de costas procesales, las cuales deberán ser tasadas en primera instancia.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de ARFUNCOL RL & CIA hoy SAS.

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 demandada ARFUNCOL RL & CIA hoy SAS 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

1

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de JOSÉ DEL CARMEN QUINTERO
RUÍZ CONTRA FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 **JOSE DEL CARMEN QUINTERO RUIZ**, se **condene** al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a indexar la primera mesada pensional a partir del 9 de junio de 2016, en aplicación de los principios supralegales de favorabilidad y de la condición más beneficiosa previstas en el artículo 55 de la Constitución Política de Colombia, se **condene** al reconocimiento y pago de las diferencias de pensión resultantes de la aplicación de la indexación, hasta la fecha de la inclusión en nómina sin perjuicio de la aplicación de los reajustes pensionales anuales de ley y se **condene** a las costas del proceso (**fls.4 a 5**).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls.2 a 4), señaló que, ingresó a laborar en los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA el 2 de febrero de 1961, ejerciendo su labor a dicha entidad hasta el 16 de marzo de 1993, configurando como tiempos de servicio 11 años y 21 días, equivalentes a 3.981 días, que para el 9 de junio de 2016 cumplió los 60 años de edad, que los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA para liquidar su cesantías definitiva lo hizo con el último salario promedio de liquidación de \$218.656,19 y la indemnización por supresión legal de su cargo la liquidó con base en el último salario promedio de liquidación de \$265.829,28, en el entendido de que la cesantía definitiva y la pensión se liquidan con base en un mismo salario promedio como lo prevé el Reglamento Interno de Trabajo, que acudió ante la entidad a solicitar la Pensión Sanción y al no obtener respuesta tuvo que demandar judicialmente su derecho, por lo que que el Juez 5° Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de agosto de 1998 resolvió concederle la Pensión Sanción al cumplimiento de los 60 años de edad, que al cumplir dicho requisito solicitó ante FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA el pago de la misma, la cual se le concedió mediante Resolución 2337 del 6 de diciembre de 2016, que al aplicar la formula de indexación con base en el IPC da un resultado de \$877.631,91 que es igual a la primera mesada pensional indexada, que la mesada pensional indexada con la formula aplicada da un monto de pensión mayor al establecido en la Resolución 2337 del 6 de diciembre de 2016, que reclamó ante la accionada la indexación de su primera mesada pensional sin obtener resultado alguno.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA contestó la demanda (fls. 34/39), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 3,4,5,6,7,11,12,13,14 y como no ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, ausencia de interés jurídico por la activa en obtener sentencia favorable a sus pretensiones, pago, falta de causa y título para pedir.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 7 de noviembre del 2018 (CD – fl. 60), **condenó** a la demandada a reajustar el valor de la primera mesada pensional reconocida al demandante en la de \$824.537, debiendo pagar las diferencias resultantes entre las mesadas que venía pagando la demandada y la reconocida, atendiendo los reajustes de ley causados a partir del 9 de junio de 2016 y en adelante por 12 mesadas pensionales al año y una extraordinaria conforme a la parte motiva de la providencia, **declaró** no probada la excepción de prescripción, se relevó del estudio de los demás medios exceptivos y **condenó** en costas a la parte accionada.

Fundamentó su decisión, indicando que no se discutía la calidad de pensionado del demandante, lo cual estaba plenamente demostrado, con la documental anexa en donde se puede ver que se le reconoció y pago una pensión de jubilación por aportes a través de la Resolución 2337 del 6 de diciembre de 2016, mesada pensiona que se reconoció sobre 1 SMLMV para dicha época.

Dicho esto, el *a quo* procedió a liquidar la pensión de jubilación atendiendo lo señalado en variada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, entre ella la sentencia del 10 de agosto del 2016, aplicando la formula valor a indexar multiplicado por IPC final / IPC inicial, que con la ayuda del grupo liquidador se había tomado una base salarial promedio teniendo en cuenta los factores señalados por parte de la ley 33 de 1985, lo cual arrojaba un total de \$124.013,59 pesos de acuerdo con los reportes salariales entregados por la demandada a favor del demandante visibles en el expediente administrativo a fl 39 y según certificado del DANE el IPC de diciembre de 1991 fue de 13.901 y para diciembre de 2015 fue de 126.149 y al aplicar la formula valor a indexar multiplicado por IPC final / IPC inicial arroja un valor de \$1.949.645 pesos, al cual al aplicarle la tasa de remplazo del 42.29% como quiera que el demandante laboró 11 años, 1 mes y 12 días resulta una primera mesada pensional de \$824.537 pesos la cual corresponde a su primera mesada pensional.

Al existir una diferencia entre la reconocida por la entidad demandada y la arrojada por el despacho, condenó a la demandada a indexar la primera mesa, indicando que no resultaba de recibo los argumentos de la parte demandante relacionados en debía tomarse como base el 80% del ingreso base de liquidación, toda vez que la Ley 171 de 1961 se remite a su vez al artículo 260 del CST el cual establece que la mesada pensional deberá ser reconocida sobre una base del 75% como tasa de remplazo y proporcional por fracción de tiempo, razón por la cual la tasa de remplazo aplicable al caso es del 42.29%.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando que se modifique la condena y se otorgue un mayor valor de la primera mesada pensional, con fundamento en que si bien está de acuerdo con los elementos facticos con los cuales se liquidó y determinó la favorabilidad de la indexación de la primera mesada pensional, tales como que el señor Quintero Ruiz ostentó una antigüedad en Ferrocarriles Nacionales de Colombia de 11 años y 21 días, es decir, de 3.981 días, que su fecha de retiro fue el 16 de marzo de 1992, que su fecha de goce de la pensión sanción fue el 9 de junio del 2016, que se le reconoció una pensión sanción en un monto equivalente a 1 smlmv, las discrepancias con la sentencia proferida es con el IBL, pues a su consideración se debe tener como salario base de liquidación la suma de \$202.184, así como deben tenerse en cuenta los factores salariales previstos en la normatividad, esto es en el estatuto legal ferroviario, la ley 53 de 1945 y la ley 64 de 1943, por haber ostentado el demandante la calidad trabajador oficial.

De otro lado, manifiesta estar en desacuerdo con la delimitación de la tasa de remplazo, toda vez que se tuvo en cuenta el artículo 260 del CST, pasándose por alto que desde la expedición del CST en su artículo 4° se había dicho que la parte individual del CST no era aplicable al sector ferroviario, porque dicho sector tenía un estatuto legal propio, por consiguiente, solicita se tenga en cuenta una tasa de reemplazo equivalente al 80% tal como lo prevé el artículo 1° de la ley 53 de 1945 y la proporcionalidad en la pensión de jubilación

restringida o pensión sanción se debe establecer con base en el 80% del último ingreso base de liquidación, lo cual de acuerdo a la antigüedad consolidada de 3.981 días arroja una tasa de remplazo de 44.23%, por lo cual la primera mesada pensional sería mayor al valor establecida por la sentencia impugnada

La parte demandada interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque en su totalidad y se absuelva de todas las condenas señaladas en la sentencia de primera instancia, por cuanto el señor José del Carmen Quintero Ruiz esta disfrutando de una pensión de jubilación a la que fue condenada la entidad mediante fallo del Juzgado 5° del Circuito Laboral de Bogotá del 11 de agosto de 1998, una vez se cumplió con la edad para entrar a gozar de la prestación, se indexó siguiendo con los principios de equidad, justicia e igualdad la mesada pensional del accionante y para esa indexación se aplicaron todos los factores salariales y se tuvo en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales que se establecieron en la contestación de la demanda, agrega que al accionante se la han respetado todos sus derechos y en consecuencia le monto que se liquidó, reconoció y pago.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver sobre la controversia anteriormente plasmada, es de advertir que en lo que respecta a los fundamentos del recurso de apelación de la parte actora, los mismos no guardan ninguna relación con lo pretendido en la demanda, pues al revisarse la misma se tiene que allí solamente se solicitó la indexación de la primera mesada pensional y nada se dijo de que se tuviera en cuenta para calcular el IBL los factores salariales previstos en el estatuto legal ferroviario, esto es, la ley 53 de 1945 y la ley 64 de 1943, ni tampoco de que se tuviera en cuenta una tasa del 80% como se prevé en el artículo 1° de la ley 53 de 1945, solicitudes que persiguen una reliquidación pensional, aspecto que como tal no se encuentra solicitado en la demanda, de manera que con ello el actor pretende pedir cosas nuevas al proceso cuando no es la etapa procesal para ello, actuaciones que afectan el principio de congruencia contemplado en el artículo 281 del CGP, razón por la cual esta Sala no se pronunciará sobre un tema que no fue materia de discusión.

Así las cosas, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si hay lugar a indexar la primera mesada pensional reconocida al actor mediante resolución No. 2337 del 6 de diciembre de 2016, a partir del 16 de marzo de 1992, fecha de retiro del servicio y hasta el 6 de diciembre de 2016, fecha del cumplimiento de la edad y hasta la verificación del pago. Así mismo, se determinará si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionada del señor JOSÉ DEL CARMEN QUINTERO RUIZ lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la copia de la Resolución 2337 del 6 de diciembre de 2016 (fls. 16 a 20), a través de la cual el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA le reconoce la pensión sanción contemplada en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 a partir del 9 de junio de 2016, en cuantía inicial de \$689.454.

Indexación primera mesada

Sobre el tema, la Corte Constitucional en Sentencias C-862 y C-891A de 2006 refrendó el criterio de la Corte Suprema de Justicia respecto al vacío normativo existente en torno a la indexación de la primera mesada con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y estimó que no reconocerla contrariaba los mandatos establecidos en los artículos 48 y 53 de la Constitución que ordenan mantener el poder adquisitivo constante de los recursos destinados a pensiones y su reajuste periódico. Así lo indicó en la primera de las providencias citadas al enseñar:

“No ocurre lo mismo con la pensión prevista en el numeral segundo del artículo 260 del C. S. T., porque en este caso la ausencia de previsión de indexación de la mesada pensional originó numerosos problemas interpretativos como antes se reseñó. Específicamente si se acogía la postura acogida por la Corte Suprema de Justicia a partir de 1999, eso significaba que a los trabajadores cobijados por este supuesto se le reconocían pensiones con el salario devengado en el último año de servicios, pero como en este evento si podía transcurrir un lapso considerable entre el momento en que el trabajador cumplía el requisito del tiempo de servicios y el momento en que alcanzaba la edad prevista para ser titular de la pensión, en la práctica eso conducía a que se reconocieran pensiones con base en un salario que había perdido sensiblemente su poder adquisitivo con el paso del tiempo, y en

muchos casos la pensión reconocida solamente alcanzaba el valor del salario mínimo.”

Ahora, si bien como se indicó en precedencia la H. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral sostuvo de antaño la improcedencia de la indexación para aquellas pensiones convencionales, legales y de sanción cuyo fundamento normativo era con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que dicha Corporación recogió el anterior criterio para entonces establecer la procedencia de la actualización de la mesada pensional sin diferenciar la cualificación pensional esto es, independiente su origen o fundamento legal.

7

Modulación jurisprudencial que a la fecha se encuentra vigente conforme se infiere entre otras en sentencias 43831 del 25 de septiembre de 2012, SL 736 del 16 de octubre de 2013 radicado 47709, SL 4623 del 16 de marzo de 2016 radicado 54050, SL 10926 del 3 de agosto de 2016 radicado 46563 y SL 3726 de 2018, estas últimas en las que la Corte Suprema de Justicia expuso:

“Finalmente, en la sentencia del 31 de julio de 2007, Rad. 29022, La Corte extendió la indexación a las pensiones extralegales y, con tales fines, reiteró que la fuente de dicho derecho estaba dada en los principios de la Constitución Política de 1991, plasmados en los artículos 48 y 53, por lo que, explicó, la naturaleza legal o extralegal de la prestación no tenía trascendencia, de manera que la actualización de los salarios resultaba procedente respecto de todas las pensiones causadas en vigencia de dicha norma.”

(...)

“De todo lo expuesto, la Sala concluye que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; que existen fundamentos normativos válidos y suficientes para disponer un remedio como la indexación, a pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991; que así lo ha aceptado la jurisprudencia constitucional al defender un derecho universal a la indexación y al reconocer que dichas pensiones producen efectos en vigencia de los nuevos principios constitucionales; que esa posibilidad nunca ha sido prohibida o negada expresamente por el legislador; y que, por lo mismo, no cabe hacer diferenciaciones fundadas en la fecha de reconocimiento de la prestación, que resultan arbitrarias y contrarias al principio de igualdad.”

“Todo lo anterior conlleva a que la Sala reconsidere su orientación y retome su jurisprudencia, desarrollada con anterioridad a 1999, y acepte que la indexación procede respecto de todo tipo de pensiones, causadas aún con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991.”

En ese orden de ideas, se tiene que la prestación pensional del actor se encuentra inmersa en el límite temporal para que la misma sea indexada, pues se denota que desde la fecha de retiro del servicio (16 de marzo de 1994 - fl.13) y de exigibilidad de la pensión (9 de junio de 2016 – fl. 19), transcurrió un tiempo considerable en el que hubo una pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Se observa de la resolución de reconocimiento que la pensión otorgada por el actor correspondió a la pensión restringida de jubilación contemplada en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, normatividad que establece que la cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

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 más reciente 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, sin que en el presente asunto haya sido objeto de debate lo relativo a que si todo lo percibido por el actor en el último año constituye salario, máxime, si la Corte en las sentencias en comento define de manera clara cuales son los factores que deben utilizarse a fin de establecer el IBL de este tipo de pensiones, de suerte, que con ello no puede pretenderse dar aplicación a cálculos diferentes a los que establece la norma y la jurisprudencia en cita, como tampoco dar la aplicación a otras normatividades que no hacen parte integral de la pensión restringida de jubilación.

Conforme a ello, encuentra la Sala que el Salario promedio devengado por el señor JOSÉ DEL CARMEN QUINTERO en el último año de servicios corresponde a la suma aludida por el Juez de primera instancia, esto es **\$214.840,59** ya que la misma resulta de tomar sueldo básico, prima de antigüedad, horas extras y dominicales y festivos, los cuales se vislumbra

como lo dijo el *a quo* en las imágenes 38 y 39 del expediente administrativo folio 39 del expediente.

Conforme a ello, se tiene que **como IBL para indexar se tomará la suma de \$214.840,59** la cual, el Juez que otorgó la prestación tomó como salario, aplicando para la indexación la fórmula dispuesta para ello por la Corte Suprema de Justicia, así:

$$\frac{\$124.013,59 \times \text{IPC FINAL (IPC diciembre 1991 - 126,149)}}{\text{IPC INICIAL (IPC diciembre 2015 - 13,901)}}$$

Total, ingreso base indexado: **\$1.949.645**

Valor al que se le aplica el **42.29%** que es el porcentaje que le corresponde teniendo en cuenta un tiempo de servicios de 11 años, 0 meses y 21 días equivalentes a 3981 días que van del 2 de febrero de 1981 al 16 de marzo de 1992, teniendo en cuenta los días de suspensión (CD - fl. 39), arrojando una mesada pensional de **\$824.537** al 9 de junio de 2016.

Prescripción

Sobre a este punto, se tiene que tal fenómeno no alcanzó a operar como quiera que el derecho se hizo exigible el día 6 de diciembre de 2016, momento en que la entidad demandada reconoció el derecho pensional a favor del actor, mediante acto administrativo 2337 y la demanda fue presentada el día 10 de mayo de 2017 (fl.21), sin que de una fecha a otra superará el término de 3 años contemplados en el artículo 151 del CPTSS, como tampoco se superó el término establecido en el artículo 94 del CGP al haberse notificado a la accionada del auto admisorio antes del año (fl.22/23).

Así las cosas, como quiera que la indexación de la primera mesada pensional otorgada por el *a quo* se encuentra ajustada a derecho, es por lo que, sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada y consultada.

COSTAS

Sería el caso condenar en costas a ambas partes dada la improsperidad de los recursos interpuestos. No obstante, no se condenará al pago de las mismas en esta instancia en tanto se dan por compensadas.

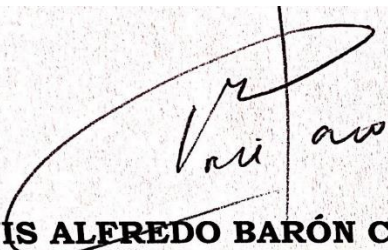
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: 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

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 LUIS ROPERO GUERRERO CONTRA
GIMNASIO SANTA ANA DEL NORTE SAS**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 **JORGE LUIS ROPERO GUERRERO** pretende se **declare** que existió un contrato laboral con la demandada a término indefinido desde el 23 de octubre de 2014 al 30 de julio de 2016, se **declare** que la demandada dio por terminado el contrato sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a la demandada al reconocimiento y pago de salarios de mayo, junio y julio de 2016, se **condene** al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios de toda la relación laboral, se **condene** a la indemnización moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de las cesantías, se **condene** a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, se **condene** a la indemnización por despido sin justa causa, se **condene** al pago de aportes a seguridad social en salud y riesgos profesionales, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales **(fls. 2 a 3)**.

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 3 a 4 del plenario en los cuales se señalaron en síntesis que fue contratado por la directora general de la institución demandada para ejercer la labor de asesor de publicidad y mercadeo a partir del 23 de octubre de 2014 al 30 de julio de 2016, devengando como salario la

Expediente No. 21 2017 00147 01

suma de \$6.000.000, pactándose como horario 4 horas diarias de domingo a domingo, que el contrato se dio por terminado de manera unilateral el día 30 de julio de 2016, adeudándole los salarios correspondientes a los meses de mayo a julio de ese año, que durante el tiempo de la vinculación laboral la demandada nunca le pagó prestaciones sociales.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La demandada **GIMNASIO SANTA ANA DEL NORTE SAS** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 18 al 20; y negó los demás, propuso como excepciones de fondo improcedencia de la acción, inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de prestación de servicios profesionales e independientes, pago de lo no debido, cobro de lo no debido, el demandante en el ejercicio de su profesión liberal, presta servicios profesionales independientes a terceros distintos a la demandada y temeridad (fls. 191 a 198).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 10 de septiembre de 2018 el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá **declaró** probada la excepción de inexistencia de contrato de trabajo y cobro de lo no debido, **absolvió** a la empresa demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la parte actora (**CD fl.243**)

Como **argumento de su decisión**, el *a quo* hizo relación a las pruebas aportadas al plenarios, frente a las cuales consideró que si bien el actor había prestado sus servicios personales no se encontraba acreditado el elemento de subordinación, por cuanto no se evidenciaba la existencia de un horario de trabajo, llamados de atención, la imposición de obligaciones propias de un trabajador dependiente, por el contrario, si bien habían sido asignadas tareas, muchas de estas el actor respondía con evasiones de las actividades encomendadas, incluso en uno de los chats aportados al proceso se le indicó que acudiera a determinada dependencia y este había señalado que se encontraba ocupado, también se había podido ver que el día 22 de junio de 2016, se le había solicitado la cuenta de cobro de manera insistente y el demandante no respondió el mensaje lo que demostraba que no estaba disponible las 24 horas como se decía en la demanda e interrogatorio de parte.

Señaló también que con la prueba obrante a folio 60 del expediente controvertía su versión en cuanto a que estaba obligado a cumplir las metas de admisiones, pues en este el actor indicaba que el seguimiento de esto estaba a cargo de Alex. Agregó la sentenciadora que entre la partes no se veía una relación de trabajador subordinado, por el contrario, más que un vínculo de este tipo entre las partes se había manejado una relación de plano de igualdad donde le demandante había prestado sus servicios para dar publicidad a la entidad demandada a fin de darla a conocer y así poder adquirir matriculas, en donde el actor efectuaba unos informes y ponía de presente las dificultades y necesidades para desplegar la labor encomendada de una manera autónoma.

Adicionalmente, debía tenerse en cuenta que la demandada no le había suministrado los elementos para la realización de la labor, por el contrario, el actor había utilizado su propio equipo personal, donde debía montar primero la estrategia, luego la señora Jackelin hacía el presupuesto y él debía ejecutar tal actividad en relación con la elaboración del video, desde esa orbita apreciaba el despacho que las actividades ejercidas por el señor Ropero Guerrero se efectuaban de manera independiente.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante**, interpuso recurso de apelación solicitando se tenga en cuenta las pruebas aportadas dentro del proceso, en donde la parte demandada manifiesta que para ingresar al GIMNASIO MODERNO debía presentar una hoja de vida la cual exigía más de 10 años de experiencia para poder entrar allí, que igualmente en el interrogatorio de parte la representante legal de la institución demandada reconoció que no le había hecho este proceso al actor porque era recomendado de su hermano.

También había confesado que el demandante pasaba una cuenta de cobro frente al cual se tenía 23 personas que revisaban que no se fuera a pasar ningún tipo de error, también había quedado demostrado los acuerdos que celebraba el señor Ropero en DIVER CITY a nombre del GIMNASIO SANTA ANA, no solamente en DIVERCITY, sino también para JUMBO, EL ÉXITO, MC DONALD y otro tipo de cadenas, siendo beneficiario únicamente el GIMNASIO SANTA ANA DE NORTE a través de su representante legal. Así mismo, había manifestado que para el pago lo hacía únicamente por intermedio de DINNERS, en cuanto al ingreso a la institución manifestó que el demandante tenía plena autorización para ingresar a las salas, que

ella no lo veía pero que él de todas maneras tenía la autonomía cualquier hora del día, más no a la torre.

También existe inconsistencia en su versión por cuanto ella dice que el demandante entró en el año 2014, laborando de forma consecutiva y paralela con la UNIVERSIDAD SAN MARTÍN, lo cual quedó desvirtuado por cuando el actor ingresó en octubre del año 2014 y para la Universidad San Martín laboró solo hasta el año 2014, de las actas de reunión obrantes a folio 107 se puede ver que el demandante participó, aspecto que había sido negado por la representante legal al manifestar que estas actas de reunión únicamente participaban mujeres. En cuanto al horario de trabajo, debe tenerse presente que el actor debía asistir a reuniones los días martes de 10:30 a.m. a 2:30 p.m., los sábados tenía que estar pendiente para las ventas y beneficios de todos los estudiantes que se iban a vincular a DIVERCIY, ÉXITO y JUMBO, estas labores se realizaban los días sábado, domingo y días festivos, puesto que eran los días en que los padres de familia más visitaban los centros comerciales, en cuanto a la publicidad el actor debía hacerlo en todo momento como se puede ver de los correos, lo cual se debía hacer para la celebración de los 20 años del colegio, también se aportó al proceso las metas que eran impuestas por la representante legal y las metas que se cumplieron por parte del demandante, también debe tenerse en cuenta la certificación aportada al proceso en donde la institución certifica que el actor se desempeñó como asesor, razón por la cual solicita sea revocada la sentencia.

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 prestación de servicios profesionales, ejecutado en forma autónoma e independiente por el demandante y regido por normativas ajenas al derecho laboral. Así mismo, en caso de confirmarse la existencia de una relación laboral si hay lugar el reconocimiento de las pretensiones solicitadas en el libelo demandatorio.

Existencia de un contrato 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, por lo cual es obligación de la parte pasiva desvirtuar la existencia de un contrato laboral, cabe recordar que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, por lo tanto, es al empleador 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, señaló que la Corte Constitucional al declarar la inexequibilidad 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 de prestación de servicios existente

entre las partes, esto es, si el actor actuaba con autonomía técnica y directiva, o si por el contrario se encontraba subordinado.

No existe discusión frente a la prestación personal del servicio, pues la misma fue aceptada por la demandada en su contestación, así como se corrobora con las pruebas allegadas al plenario. Alude la parte actora que contrario a lo manifestado por el *a quo*, la parte demandada no logró desvirtuar la subordinación y que por el contrario se dieron varios elementos durante la vigencia de la relación contractual que así lo demuestra.

Para resolver el asunto, se tiene que el **demandante mediante interrogatorio de parte** señaló que fue contratado por la señora YAQUELINE SANTANA GALEANO de manera verbal a mediados de 2014, para realizar una actividad meramente publicitaria y de mercadeo, debiendo realizar el análisis para la consecución de personal, que debía cumplir un horario de lunes a viernes de 8:00 a 10:00 p.m., incluso sábados y domingos dentro del colegio en las oficinas de diseño y admisiones donde tenía asignado un puesto de trabajo utilizando su propio equipo de trabajo, refiere que las instrucciones se las daba directamente la señora YAQUELINE SANTANA, a quien debía enviarle las estrategias para que ella las aprobara, a su vez él se encargaba de contratar terceras personas para la realización de lo encomendado, por ejemplo; para un video contrataba a un productor, previamente aprobado por la dirección de la institución.

Menciona que para los meses de abril y junio de 2016, se celebraron los 20 años del jardín debiendo realizar la publicidad correspondiente para ello, aduce que cuando no se realizaban esas actividades debía asistir todos los días martes al área de admisiones donde se realizaban programaciones para más actividades que se debían ejecutar en el transcurso de la semana, para que las mismas fueran realizadas el día sábado, también se tenían unas metas impuestas por parte de la señora YAQUELINE SANTANA para el ingreso de nuevos estudiantes, donde les prometía bonos por eso, pero que nunca fueron pagados, que el salario pactado en principio fue de \$10.000.000 por tiempo completo y \$6.000.000 por medio tiempo, que la relación laboral se terminó por que no se cumplió con los pagos acordados.

De otra parte, la señora **YAQUELINE SANTANA GALEANO** en calidad de representante legal de la institución demandada también declaró a través de **interrogatorio de parte** que conoció al demandante por intermedio del hermano de este, que era asesor de construcción del colegio, siendo contratado como proveedor para la publicidad del

jardín en el parque temático para niños DIVERCITY y se le pagaba dependiendo de las tareas que fueran asignadas por dicho parque, quienes eran los encargados de decirle directamente al proveedor cuando podían ingresar, que previamente DIVERCITY enviaba un contrato donde se indicaba que debía hacer y donde podía ubicarse la imagen del jardín, refiere que este proyecto comenzó en octubre de 2014 y terminó en enero de 2015, pero que cada año era un proyecto diferente por lo que podía ser nuevamente contratado, que una vez terminado este proyecto el actor se retiró, pero volvió a ser nuevamente contratado para un video institucional, también se le pidió que montará un página en la revista ABC del bebé conforme a las condiciones estipuladas por el periódico el TIEMPO, siendo todo lo anterior un trabajo colateral con DIVERCITY, es decir, era un trabajo en conjunto, hizo también el logo de los 20 años de la institución, afirma que el actor no diseña, sino que era el intermediario para que se ejecutará la publicidad solicitada, que la labor desempeñada se hacía de manera interrumpida, por lo que el servicio solo los prestó por 4 meses, permaneciendo en su gran mayoría en DIVERCITY, donde además hacía control de volanteo, pero eso no lo hacía todo el tiempo.

En el expediente se aportó chat de grupo de trabajo vía whatsapp creado por la señora YAQUELINE SANTANA de fecha 22 de diciembre de 2015, grupo del cual también hacía parte el actor, él cual no fue tachado de falso por la parte pasiva, de manera que tiene plena validez y resulta ser una pieza procesal relevante para dirimir la controversia, pues con ello se logra probar la existencia de subordinación sobre el señor JORGE ROPERO por parte de la señora YAQUELINE SANTANA, además con esta probanza se demuestra que la actividad ejecutada por el demandante no se realizó de manera temporal como se manifestó en el interrogatorio de parte por parte de la señora YAQUELINE SANTANA, sino que por el contrario era una actividad constante y permanente que tenía la institución, no solo encargado de conseguir la publicidad necesaria para hacer conocer el jardín infantil, sino que además debía cumplir metas relacionadas en atraer más estudiantes.

A folio 12 y 31 se puede ver que se ordenaba plazos concretos para entregar los trabajos, a folio 31 también se indica que el señor JORGE ROPERO estaba encargado de la cotizaciones de cajas felices y un evento programado en MCDONAL`S, a folio 33 la señora YAQUELINE SANTANA indica que el señor ROPERO debe realizar visita a otros jardines para matricular primaria, también se dice que los días martes y sábados se hace reuniones en admisiones donde debe estar todo el equipo incluyendo el señor ROPERO para iniciar matriculas.

Llama la atención la conversación de fecha 3 de junio de 2016 (fl.49) en donde la señora YAQUELINE SANTANA escribe textualmente *“Jorge donde van a repartir publicidad mañana, que va hacer para tener más contactos, no indicaron nada, se informa hoy la suspensión del contrato de la persona de servicio al cliente ya que no cumplió con el indicador, ni las metas”*, de lo cual claramente deja entrever que efectivamente existía dentro de la institución metas impuestas, que de no cumplirse implicaba la terminación del contrato, de manera que ello comprueba que el actor debía estar permanentemente al servicio de la institución a fin de poder lograr las metas impuestas, a folio 53 el actor refiere los trabajos por realizar, relacionando propuesta para UNICENTRO, TITAN PLAZA, YUMBO 170 y SANTA FE, contrato redes sociales, estrategia de llamadas para referidos y curso de vacaciones, demostrándose con ello que el actor no ejerció su labor únicamente para DIVERCITY como lo mencionó la señora YAQUELINE SANTANA en su interrogatorio de parte, a folio 57 el demandante indica que se encuentra en centros comerciales entregando volantes encontrándose ubicado en el centro comercial UNICENTRO, todos estos chats fueron escritos durante el periodos 22 de diciembre de 2015 hasta el 25 de julio de 2016.

De lo expuesto, si bien no queda plenamente demostrado el cumplimiento de un horario como tal, sí se acredita que el demandante debía estar a disposición de la institución estudiantil ejerciendo su labor de asesor de publicidad permanente y directa, pues es indudable que las ordenes eran dadas por la representante y dueña del GIMNASIO SANTA ANA DEL NORTE, lo cual desvirtúa por completo su dicho en que él era proveedor, de lo contrario, deja ver que el demandante era el encargado de conseguir los proveedores necesarios para la publicidad de la institución y precisamente por esa labor que ejercía resulta razonable que no tuviera que estar de manera fija en el centro estudiantil o que tuviera que tener un puesto de trabajo como tal, ya que como bien se mencionó en el interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada era el demandante quien debía estar pendiente de la publicidad que se pusiera en DIVERCITY, entre los demás sitios de los que se hizo mención en el chat antes mencionado.

Ahora, si bien la señora YAQUELINE SANTANA indica en su declaración que el demandante no estaba todo el tiempo realizando publicidad que solamente se contrataba por proyectos, esto no significa que no estuviere ejerciendo una actividad de carácter laboral, pues téngase en cuenta que la normatividad laboral permite la contratación de obra o labor determinada, de suerte que debió ser esta la forma

correcta de contratación del actor, sin embargo, no se cuenta con probanza suficiente que determine esta forma de modalidad contractual, puesto que era deber de la parte demandada en allegar documentación o testimoniales, que establecieran de manera concreta cuanto duraba el proyecto con DIVERCITY, por ejemplo; a fin de afirmar su versión, por lo tanto, se entiende que su vinculación lo fue a término indefinido, es importante resaltar que el actor ante estos establecimientos de comercio iba en representación de la institución, lo cual comprueba aún más su vinculación laboral con la misma. De otra parte, menciona la Juez de primera instancia que con la prueba obrante a folio 60 del expediente se controvertía la versión del actor en cuanto a que estaba obligado a cumplir las metas de admisiones ya que éste mencionaba que ese seguimiento estaba a cargo de Alex, verificada dicha documental encuentra la Sala que de la conversación como tal no se desprende que el actor no estuviera obligado a cumplir metas en las matrículas, pues lo que él refiere es que su labor consistía en la publicidad y colocación de datos, de manera que a partir de dicha actividad era que debía conseguir el ingreso de más niños a la institución, desprendiéndose además de dicha prueba que del área de admisiones cada uno de sus integrantes cumplía una función el cual iba encaminado a la recaudación de matrículas con metas impuestas por la dueña de la institución, siendo Alex el encargo de revisar la base de datos, que es el llamado de atención del que hace referencia la señora YAQUELINE SANTANA en la conversación.

Y es que si bien, pueden existir ciertas profesiones que suelen ser desarrolladas bajo la modalidad de prestación de servicios como lo sería el caso de los publicistas, quienes actúan bajo su propia autonomía e independencia, ese no es el caso del actor, ya que como bien se ha establecido, éste no solamente se encargaba de la publicidad como tal, sino que además debía enganchar más estudiantes para que se matricularan a la institución, incluso se reconoció por parte de la señora YAQUELINE SANTANA que dentro de las instalaciones del jardín existen unas salas de proveedores, lugar donde asistía el demandante cada vez que lo solicitaran, que como se pudo ver de los chats lo era de manera constante, pues las estrategias de mercadeo se hacían en todo el transcurso del año, si bien el promotor del proceso adujo que en ocasiones realizaba sus operaciones desde sus propios equipos, ello no conlleva a determinar que no estuviera bajo la constante subordinación y dependencia, pues todas las estrategias publicitarias llevadas a cabo para el institución debían ser previamente aprobadas la señora YAQUELINE SANTANA, debiendo ejecutarlo en una fecha previamente establecida, no siendo cierto como lo señaló la *a quo* que el demandante había sido contratado de manera independiente.

Así las cosas, se dieron los presupuestos de la primacía de la realidad sobre las formas y si bien la imposición de órdenes y horario no se evidencia de manera nítida, ello no quiere decir que no se hubieran dado, pues debe recordarse que la labor ejecutada por el demandante estaba relacionada con mercadeo y publicidad, lo cual le permitía potestad en sus decisiones, toda vez que era el experto en conseguir el personal idóneo para que la misma se realizará de manera adecuada y bajo los estándares exigidos por la institución, sin que esto conlleve a establecer que tuviera total autonomía e independencia, pues debe recalcar que quien finalmente tomaba las decisiones de los trabajos a realizar era la señora YAQUELINE SANTANA, al respecto, valga la pena mencionar la sentencia SL 225/2020 proferida por la CSJ SL en la cual se precisó que el **contrato de trabajo también cobija a las profesiones liberales**, señalando:

“En los casos aludidos, la Corte enseñó que la presunción de contrato de trabajo cobija el ejercicio de las profesiones liberales y que, en cada caso concreto, se ha de establecer la existencia de una relación subordinada, siempre que así derive de las circunstancias de ejecución; por tanto, corresponde al contratante desvirtuar la presunción legal y demostrar que los servicios se prestaron con la autonomía e independencia propias del esquema civil o comercial.

No puede dejarse de lado que la realidad social del país, refleja que los trabajadores que desempeñan profesiones liberales no están exentos de la vulneración sistemática de sus derechos laborales; además, reportan altos índices de precariedad; luego, no existe razón alguna para excluirlos de la presunción de contrato realidad e imponerles una carga probatoria que agudiza las desventajas que ya deben soportar.

En tal contexto, no es cierto que en el sub judice no tenga cabida la presunción de contrato de trabajo, de ahí que nada cabe reprocharle al Tribunal cuando estimó que una vez se demostró que el accionante prestó servicios como contador a las demandadas, ello habría paso a la presunción de contrato de trabajo y dejaba en manos de los convocados desvirtuarla”.

Por tales motivos, no queda más que **REVOCAR** la decisión de primera instancia.

EXTREMOS LABORALES Y SALARIO

En cuanto a los **extremos laborales** se tiene que la parte demandada en su escrito de contestación indicó que los extremos relacionados en el líbello introductor no eran ciertos, por cuanto para los años 2014 y 2015, el actor ostentaba la calidad de Asesor de Presidencia el Grupo Social de la Universidad San Martín, tal versión quedo desvirtuada por el mismo interrogatorio de parte de la señora YAQUELINE SANTANA quien manifestó que el hermano del actor fue quien los presentó y se lo recomendó como asesor comercial, por cuanto había regresado de la Ciudad de Barranquilla una

vez intervenida esa institución en donde él laboraba, aduciendo también que a partir del mes de octubre de 2014 es que comienza su labor con la institución demandada, si bien no se cuenta con el día exacto, pues no obra constancia de que haya sido el 23 de octubre como se aduce en la demanda, lo anterior permite acoger la jurisprudencia de CSJ Sala de Casación Laboral en la cual se ha dicho que al no tenerse certeza del día exacto, pero se cuente con el mes y el año, deberá tomarse el último día del mes, por lo tanto, se tendrá como extremo inicial el **31 de octubre de 2014** y como **extremo final**, el **25 de julio de 2016**, teniendo en cuenta la fecha en que el actor fue eliminado del chat de la institución, pues no existe constancia de que hubiera sido el 30 de julio como se dice en la demanda.

En lo que respecta al **salario** manifestó el actor en su declaración de parte que se había pactado como retribución de sus servicios la suma de \$6.000.000 si la labor se ejercía medio tiempo y tiempo completo la suma de \$10.000.000, de las probanzas allegadas por la parte demandada en donde se encuentra distintos comprobantes de pago efectuados a favor del actor (fls. 200 a 225), se pueden ver pagos con diferentes valores entre \$5.000.000, \$6.000.000, incluso de \$8.000.000, pero ninguno por la suma de \$10.000.000 como lo menciona el promotor del proceso. No obstante, dichos comprobantes corresponden solamente a los meses de diciembre 2014, febrero a mayo de 2016 y febrero de 2015, por lo cual no se es posible determinar que el valor aducido por el actor como salario realmente haya sido el devengado, como tampoco se podría determinar que se trata de un salario variable puesto que no se cuenta con la totalidad de los valores percibidos durante la vigencia de toda la relación laboral, de suerte que al no contarse con medio probatorio contundente con cual se certifique de manera clara el valor mensual percibido por el actor, se tomará como salario el SMLMV.

ACREENCIAS LABORALES

Establece la parte actora que en toda la relación laboral la parte demandada no le pagó ningún concepto relacionado con vacaciones, primas, cesantías e intereses a las cesantías, sin que la parte accionada logrará desvirtuar lo contrario, aportando constancia del pago de los mismos, sin que sea dable tenerlas por subsanadas con la documental que obra a folio 201 del expediente de fecha 26 de junio de 2015, en donde el actor manifiesta estar a paz y salvo con la institución, pues allí no se especifica con claridad, frente a que obligaciones se encontraba la demandada a paz y salvo y como quiera que la accionada a negado la existencia de una relación laboral se entiende que el paz y salvo mencionado no tiene ninguna relación con aspectos de carácter laboral. Así

Expediente No. 21 2017 00147 01

las cosas, corresponde reconocerle al señor JORGE LUIS ROPERO GUERRERO las siguientes sumas y conceptos:

Primas: \$1.137.707,84

Vacaciones: \$568.854

Cesantías: \$1.137.707,84

Intereses a las cesantías: \$105.942,33

SALARIOS ADEUDADOS

Se mencionada en el escrito de demanda que la parte demandada adeuda los salarios de los meses de mayo, junio y julio de 2016, sin embargo, en el interrogatorio de parte del actor, este reconoció el pago obrante a folio 209 del plenario, en lo que respecta al comprobante de pago del mes de mayo de 2016, entendiéndose entonces que no se adeuda el salario de ese mes, en los demás al no haber reconocido la documental que se encuentra a folio 214 del proceso, en donde se establece una constancia de cancelación hasta el 1° de julio de 2016, se entiende que dichos salarios se adeudan, pues no existe otra prueba con la cual se corrobore su pago, por lo que habrá de condenarse al pago de los mismos en la suma de **\$1.264.000.**

DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL.

Salud y riesgos laborales – En relación con esta temática, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que al trabajador no le es dable solicitar que se le cancelen directamente los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador. Además, tal y como fue indicado en sentencia SL 3009-2017 del 15 de febrero de 2017, *“lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales, es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos.”*

Por lo antes expuesto, como quiera que en el presente asunto el demandante no acreditó que se haya producido daño o perjuicio alguno por la falta de afiliación, como tampoco que se hubiera dado erogación alguna por su parte por estos conceptos, téngase en cuenta además que obran dentro del proceso algunos pagos relacionados con riesgos laborales como se puede ver a folios 444 y 452, e tal sentido se impone absolver a la demandada por esta súplica.

Indemnización del art. 65 CST y art. 99 Ley 50 de 1990.

En lo referente a estas dos clases de indemnizaciones moratorias, es criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas prestaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena fe que guiaron la conducta del empleador, tal y como lo ha indicado en sentencias SL 35414 – 2009, SL16572 de 2016 y SL-11436 de 2016, entre otras.

Así las cosas, para determinar si hubo buena fe en la actuación del empleador, se deben considerar los elementos y las circunstancias existentes al momento de la finalización del vínculo laboral, que se supone es el momento en que el empleador debe satisfacer las obligaciones económicas que tiene con el trabajador, tal y como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 08 de abril de 2008 con radicado No. 29999, posición reiterada en sentencia del 24 de enero de 2012, expediente No. 37288.

En el caso concreto, la buena fe no fue demostrada ya que la parte pasiva no acreditó razones justificables frente a su actuar, pues a sabiendas de saber que la labor ejercida por el parte demandante era permanente y necesaria para la institución, además de imponerle órdenes y metas, características propias de un contrato laboral, lo hizo creer que se trataba de una labor libre y autónoma a fin de evadir sus obligaciones laborales.

En cuanto a la **indemnización por no consignación de las cesantías** de que trata el art. 99 de la ley 50 de 1990, ha sido reiterada la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, al indicar que la falta de consignación de una anualidad de cesantías origina la mora hasta el momento en que ocurra la satisfacción de esa parte de la prestación o a partir de la terminación del contrato, momento en que empieza a causarse la indemnización moratoria por no pagarse acreencias labores (SL 70892/2019), en tal medida se tiene que la sanción por no consignación a las cesantías corresponde a un día de salario por cada día de retardo, en caso de que se adeuden las cesantías de años consecutivos, la indemnización se liquida desde la insatisfacción de la primera consignación con la base salarial que debió tomarse para calcular la cesantía dejada de consignar y cuando haya incumplimiento por segunda vez, el monto de la sanción seguirá causándose con base en el salario vigente en el año en que se causó la cesantía dejada de depositar y así sucesivamente. Por consiguiente, al actor se le adeudan la suma de **\$12.443.476** que corresponde a un día de salario por cada día de retardo de las cesantías dejadas de consignar de los años 2014 y 2015, en cuanto al año 2016, se

tiene que para dicho momento aún no había surgido la obligación para el empleador de consignarlas, por lo que para dicho periodo lo que debió efectuarse era su cancelación al momento del fenecimiento de la relación laboral.

En lo que respecta a la **indemnización moratoria** al no haberse acreditado las razones de incumplimiento en el pago de las acreencias laborales por parte de la demandada, ni haberse justificado su comportamiento, le incumbe el reconocimiento de la indemnización solicitada en la suma de **\$22.981,83** pesos diarios a partir del 26 de julio de 2016 y hasta que se haga efectivo su pago, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 65 del CST.

Despido sin justa causa.

Frente al particular, ha de indicarse que en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha referido sobre la carga demostrativa a la que se somete cada una de las partes en discusión sobre la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral y ha sostenido que la demostración del despido le corresponde al actor y la justificación o comprobación de las causales o hechos que motivaron la decisión, le corresponden a la demandada.

Sobre este aspecto, indicó la señora YAQUELINE SANTANA en su declaración que el motivo por el cual se había desistido de los servicios del actor, se debía a que este había hecho actos indebidos con una de las niñas de DIVERCITY, aceptando con ello que fue ella quien tomó la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, de suerte que era su deber probar las justas causas alegadas, las cuales no se encuentran plenamente acreditadas en el presente litigio, razón por la cual se deberá condenar a la accionada al pago de la indemnización de que trata el art. 64 el CST., por lo que, una vez efectuadas las operaciones matemáticas del caso, se tiene que la misma asciende a la suma de **\$1.029.075** que corresponde a 1 año, 8 meses y 26 días laborados.

COSTAS:

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

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: REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato laboral entre el señor LUIS ROPERO GUERRERO y el GIMNASIO SANTA ANA DEL NORTE SAS entre el 31 de octubre de 2014 al 25 de julio de 2016 a través de un contrato a término indefinido, devengando como salario mensual el Salario mínimo legal mensual vigente, que para el año 2014 correspondió a la suma de \$616.000, para el 2015 la suma de \$644.350 y para el año 2016 la suma de \$689.455.

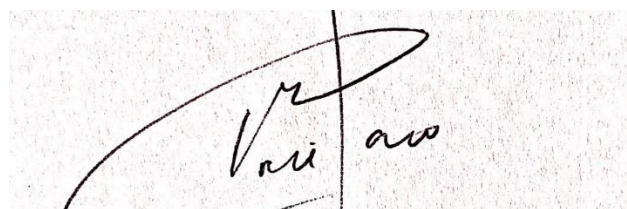
SEGUNDO: CONDENAR al GIMNASIO SANTA ANA DEL NORTE SAS a reconocerle al señor JORGE LUIS ROPERO GUERRERO las siguientes sumas y conceptos:

- **Primas:** \$1.137.707,84
- Vacaciones:** \$568.854
- Cesantías:** \$1.137.707,84
- Intereses a las cesantías:** \$105.942,33
- Salarios adeudados:** de los meses de junio y julio de 2016 en la suma de \$1.264.000.
- Sanción por no consignación a las cesantías:** \$12.443.476 que corresponde a un día de salario por cada día de retardo de las cesantías dejadas de consignar de los años 2014 y 2015.
- Indemnización moratoria:** \$22.981,83 pesos diarios a partir del 26 de julio de 2016 y hasta que se haga efectivo su pago
- Indemnización por despido sin justa causa:** la suma de \$1.029.075 que corresponde a 1 año, 8 meses y 26 días laborados.

TERCERO: ABSOLVER al GIMNASIO SANTA ANA DEL NORTE SAS de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandada, 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 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 JORGE EDUARDO ABONDANO LEÓN
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 **JORGE EDUARDO ABONDANO LEÓN** se **reconozca y pague** la pensión de vejez por contar con 60 años de edad y 2,176 semanas de cotización en el régimen de prima media y por serle más favorable y beneficioso, se **condene** al pago del retroactivo, se **condene** a la indexación, se **condene** al pago de intereses moratorios y se **condene** al pago de costas procesales **(fl.41 a 42)**.

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a folio 42 a 43 del plenario, en los cuales en síntesis se señalaron; que nació el 28 de marzo de 1957, que inició su vida laboral al servicio de GRANAHORRAR el 12 de febrero de 1975, que entre dicha fecha al 12 de febrero de 2018 cotizó a COLPENSIONES un total de 2,176.46 semanas de cotización, que con anterioridad a la Ley 100 de 1993, contaba con 984 semanas de cotización, que para el año 2005 acreditaba 1,538 semanas, que la entidad demandada le negó el reconocimiento pensional a través de las resoluciones SUB 26468 del 30 de enero de 2017, SUB 42568 y DIR 4817 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 1 a 3, 11 a 14, parcialmente cierto el numeral 10 y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia de intereses moratorios, improcedencia del cobro de intereses e indexación, buena fe e innominada o genérica (**fls 76 a 80**).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de noviembre de 2018, **absolvió** a COLPENSIONES de las pretensiones formuladas por el señor **JORGE EDUARDO ABONDANO LEÓN** y lo **condenó** en costas (**fl. CD 85**).

Como argumento de su decisión, señaló que el demandante para el 1° de abril de 1994 no contaba con 40 años de edad, pero sí contaba con cotizaciones superiores a los 15 años de servicio, es decir, más de 750 semanas, siendo beneficiario en principio del régimen de transición, si bien el demandante tenía para el 1° de abril de 1994 más de 900 semanas de cotización, por lo que se entendería que conservaría el régimen de transición, que debía tenerse en cuenta que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado tiene rango constitucional que fija el término del régimen de transición, razón por la cual no se puede modificar, ni declararse inconstitucional, ni acudir a la favorabilidad, que en ese caso si bien el demandante tiene más de 2,000 semanas de cotización, sin embargo, la edad los cumple el 28 de marzo de 2019, es decir, cumple 62 años de edad.

Como quiera que el régimen de transición terminó el 31 de diciembre de 2014, debía tener reunidos los 2 requisitos, es decir, densidad de semanas y la edad, si bien no existe discusión alguna en cuanto a las semanas por cuanto tiene reunidas 2,185 semanas, de manera que para el 31 de diciembre de 2014, tenía más de las 1,000 semanas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990, no cumplió con los 60 años de edad ya que estos tan solo los acreditó el 28 de marzo de 2017, razón por la cual no es posible aplicarse régimen de transición, adicionalmente debía tenerse en cuenta que la edad para el reconocimiento de la pensión conforme a la Ley 100 de 1993, también fue modificado a partir de 2014, señalando la norma que la edad se incrementaría para el caso de los hombres en 62 años de edad, por lo que ni

acudiendo a dicha Ley podría reconocérsele la pensión al actor a los 60 años, razón por la cual negó el derecho pretendido.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante inconforme con la decisión interpuso recurso solicitando se revoque la decisión y en consecuencia, conceda la pensión de vejez a favor del actor a partir de los 60 años de edad, debiéndose apartar totalmente de la tipología del Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que al devolverse a la esencia del Acto Legislativo la razón de ser fue la de proteger el estado financiero del sistema, garantizando que las prestaciones a cargo del régimen de prima media estuvieran debidamente financiadas, siendo que en el presente caso no se trata de un problema de financiación, luego por qué no aplicar bajo los principios superiores que gobiernan los Estados democráticos, los derechos humanos, los tratados, los convenios que ha suscrito Colombia en los que se ha obligado ampliamente a respetar los derechos humanos y las condiciones dignas, por qué no pensar en garantizar la pensión de vejez del demandante teniendo absolutamente claro que siempre que el Gobierno Nacional o el Legislador modificó las condiciones y requisitos para acceder a la prestación, el demandante siempre los cumplía.

Adiciona el apelante que en este momento está pendiente una nueva reforma pensional, la cual si determina que la edad para acceder a la pensión es a los 65 años de edad, el demandante también se vería inmerso en no poder cumplir con dicho requisito y tendría que seguir cotizando porque esa fue la regla que estableció el legislador, siendo una regla excesiva, contraria a derecho y contraria a los principios de seguridad social, que por supuesto se tiene que revisar ampliamente, entre otras que la edad no sea un requisito de exigibilidad de la pensión, pudiéndose apartar del Acto Legislativo 01 de 2005, no porque no sea una norma de orden constitucional, sino porque las leyes en el tiempo y en el espacio nos obligan a pensar de que se apliquen las normas y reglas de juego que se tenían vigentes; y si bien el Acto Legislativo es una norma constitucional también debe guardar coherencia y solidez interpretativa con los otros artículos de la constitución, respetando los derechos del afiliado, por lo tanto, solicita se evalúe si se está en presencia de un derecho adquirido, de una legítima expectativa, de un derecho causado de la edad como un requisito de exigibilidad, de esos elementos a luz de todos los principios que gobiernan un Estado Social de derecho y democrático.

CONSIDERACIONES

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, indexación y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Régimen de transición

Al respecto, se tiene que a folio 12 obra copia de la cédula de ciudadanía del actor en donde se puede ver que nació el 28 de marzo de 1957, acreditando al 1° de abril de 1994, 36 años de edad cumplidos, empero se observa del reporte de semanas cotizadas (fls. 64) que para el 1° de abril de 1994, contaba con 984 semanas de cotización lo cual equivale a 18,87 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 64 a 74 **registra un total de 1,538.16 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 28 de marzo de 2017 cumplió 60 años de edad y un total de **2,185 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 **1,538.16 semanas**, contadas desde el 12 de febrero de 1975, 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 EDUARDO ABONDANO LEÓN 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 le 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 sufraga 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 1° 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 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.

Cabe resaltar que si bien el actor también logra reunir los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme lo establece el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, por

cuanto reúne más de 1,300 semanas de cotización y cumplió los 62 años de edad el 28 de marzo de 2019, le es más beneficioso el reconocimiento de la pensión con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta que se deberá aplicar la tasa máxima de remplazo.

En tal sentido, como quiera que el señor JOSÉ EDUARDO ABONDANO LEÓN acredita los requisitos para acceder a la pensión de acuerdo a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, la **fecha de causación** de la pensión lo será a partir del **1° de marzo de 2018**, 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**, deberá tenerse en cuenta para su cálculo lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es con lo cotizado durante toda su vida laboral y los últimos 10 años, por haber acreditado más 1,250 semanas de cotización con una tasa de remplazo del 90% que sería la que le correspondería de acuerdo al parágrafo 2° del Acuerdo 049 de 1990, obteniéndose un IBL con toda la vida laboral en la suma de \$ 8.627.949,64 que al aplicarse la tasa de remplazo del 90% arroja como primera mesada pensional la suma de \$5.198.049,16 y en los 10 último años arrojó un IBL de \$ 8.627.949,64 que al aplicarse la tasa de remplazo del 90% se obtuvo una mesada de **\$7.765.154,68**, por lo que es esta última la que resulta más beneficiosa para el actor, para mayor ilustración podrá verse la liquidación anexa la cual se realizó con apoyo del grupo liquidador dispuesto para esta instancia, prestación que se reconocerá en 13 mesadas al año, teniendo en cuenta que no alcanzó a acreditar el derecho con anterioridad al 31 de julio de 2011, de conformidad con el parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 01 de 2005. En cuanto al valor del retroactivo, se tiene que el mismo al 30 de noviembre de 2020 asciende a la suma de **\$273.842.068,43**, advirtiéndose que el mismo se seguirá causando hasta que el actor sea incorporado en nómina de pensionado.

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:

‘Ciertamente 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 la misma no alcanzó a operar por cuanto el derecho se causó el 28 de marzo de 2017, momento en que cumplió los 60 años de edad y reclamó administrativamente el 12 de enero de 2018, agotamiento que finalizó con la expedición de la resolución DIR 4817 del 5 de marzo de 2018 (fl.12 a 40) y la demanda se presentó el 9 de abril de 2018 (fl.51), 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:

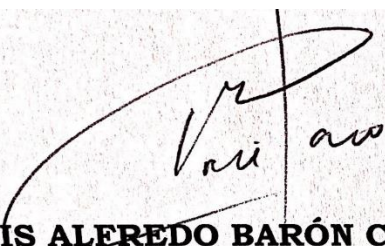
PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 1° de marzo de 2018 en cuantía de \$ 7.765.154,68, junto con los reajustes legales y la mesada adicional de diciembre, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar el valor del retroactivo de las mesadas pensionales causadas, el cual al 30 de noviembre de 2020 asciende a la suma de **\$299.470.686,78** debidamente indexado, advirtiéndose que el mismo se seguirá causando hasta que el actor sea incorporado en nómina de pensionado.

TERCERO: 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.

CUARTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

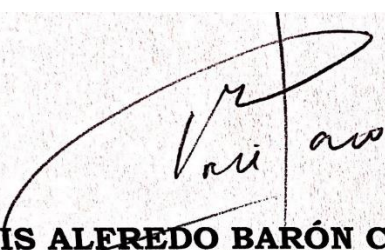


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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



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

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SANDRA MARLEY GARCÍA CUBIDES contra AFFINITY NETWORK SAS EN LIQUIDACIÓN, VIKY MARINA GONZÁLEZ SÁNCHEZ, HECTOR FAJARDO FAJARDO, JOSÉ GUILLERMO FAJARDO FAJARDO, NELSON FAJARDO FAJARDO, MISAEL FAJARDO FAJARDO, LUIS LEONARDO CARRILLO FAJARDO Y JENNY PAOLA BUENDÍA GAMBOA

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 **SANDRA MARLEY GARCÍA CUBIDES** se **declare** que existió un contrato de trabajo con AFFINITY NETWORK SAS EN LIQUIDACIÓN el cual terminó por causa imputable al empleador y que los valores por concepto de productividad y horas extras debidos con factores de salario. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada y a los demandados en solidaridad al pago de las cesantías y prima de servicios del año 2015, intereses a las cesantías y vacaciones por todo el tiempo laborado, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías, 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 8), señaló que se vinculó a la empresa demandada el 7 de abril de 2014 y laboró hasta el 30 de abril de 2015, desempeñando el cargo de jefe de servicio al cliente, al igual que el mismo día que inició labores, firmó otro sí en el que se señaló la jornada y se señaló que la productividad era por mera liberalidad del empleador. Sostiene que laboró más de las 8 horas diarias pactadas sin remuneración adicional, pues trabajó 4 horas extras diurnas semanales y todos los meses devengó el factor de productividad pactado en el otro sí, el cual ascendía a un promedio mensual de \$183.313. Refiere que la demandada no le ha cancelado la segunda quincena del mes de marzo y el mes completo de abril de 2015. Señala que el 30 de abril de 2015, la jefe de personal de la empresa le comunicó la finalización del contrato en forma unilateral y sin justa causa a partir del 30 de abril de 2015, prometiéndole el pago de la indemnización conforme a la ley. Aduce que a la terminación del contrato no le cancelaron salarios y factores adeudados, prestaciones sociales e indemnizaciones, como tampoco se incluyeron las horas extras efectivamente laboradas como factor de salario, ni pagó la productividad de las últimas tres quincenas ni ha pagado los aportes a la seguridad social descontados por nómina desde enero de 2015. Expone que la accionada no le indicó que entraría en liquidación voluntaria al momento de la terminación del contrato de trabajo y enajenó gran parte de sus establecimientos de comercio antes de entrar en liquidación voluntaria.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

AFFINITY NETWORK SAS EN LIQUIDACIÓN, VIKY MARINA GONZÁLEZ SÁNCHEZ, HECTOR FAJARDO FAJARDO, JOSÉ GUILLERMO FAJARDO FAJARDO, NELSON FAJARDO FAJARDO, MISAEL FAJARDO FAJARDO, LUIS LEONARDO CARRILLO FAJARDO Y JENNY PAOLA BUENDÍA GAMBOA a través de curador ad – litem contestaron la demanda (fls. 90 a 94), en la que se opusieron a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, no le constan en su totalidad. No propuso excepciones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 16 de julio de 2018 (CD – fl. 105), **declaró** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término, **condenó** a la sociedad demandada a pagar a la demandante los siguientes emolumentos: \$504.630 de cesantías, \$328.994 de intereses a las cesantías, \$807.408 de prima de servicios, \$1.288.489 de vacaciones, \$3.633.337 de salarios, \$2.570.250 de indemnización por despido injusto y la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST desde el 30 de abril de 2015 y hasta que se verifique el pago de las obligaciones, la cual a 31 de julio de 2018 asciende a \$94.466.775, **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones de la demanda y a los demás demandados de todas ellas y **condenó** en costas a la empresa accionada, fijando como agencias en derecho el equivalente a seis salarios mínimo legales mensuales vigentes.

Fundamentó su decisión, indicando que con la declaración del testigo, junto con los demás elementos probatorios que obran en el proceso, tales como la liquidación final de prestaciones, certificado, carta de terminación y otro sí, se encuentra acreditado el contrato de trabajo a término indefinido invocado por la demandante, el cual data del 7 de abril de 2014 al 30 de abril de 2015. Sobre el componente salarial, advierte que si bien dentro del expediente hay otro sí al contrato de trabajo, en e que se indica que existe un salario básico y una cifra adicional a este que se otorga de forma unilateral denominada productividad, la cual, en principio estaría excluida del salario, empero, la accionada debió demostrar que dicho concepto era para mejorar el desempeño de la actora y que no ingresaba a su patrimonio, máxime si el cargo de jefe de servicio al cliente, no es uno que por su naturaleza este propiamente encaminado a ser remunerado por factores variables, de ahí que el salario que se tenga a efectos de liquidación, sea la suma de \$2.422.225. Sostiene que no se acreditó que la demandada hubiere cancelado los salarios y prestaciones sociales que manifiesta la demandante le adeuda la empresa, por lo que se condenará a esta a pago de los mismos, además de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, en la medida que sobre esta última, no se aportaron elementos de juicio que evidencien que actuó de buena fe, más

aún cuando a la terminación del vínculo no le canceló las prestaciones y salarios debidos, mostrando una conducta evasiva, a punto que mantiene como dirección la de un predio desocupado, sin actualizar el certificado de existencia y representación legal; conductas estas que constituyen indicios que llevan al despacho a señalar que lo pretendido por la accionada era incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de trabajo. Respecto de la indemnización por despido sin justa causa, menciona que se probó que el contrato culminó sin justa causa, por lo que hay lugar al pago de dicha indemnización. Finalmente en torno a la solidaridad, advierte que la sociedad demandada es SAS, a lo que el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, previó que los accionistas no serán responsables por las acciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad, de ahí que no se pueda declarar la solidaridad deprecada, más aún cuando la solidaridad establecida en los artículos 33 y 36 del CST, surge exclusivamente para empresas de personas de responsabilidad limitada.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que si bien la norma en Colombia prohíbe que se persiga a las personas naturales que son accionistas de una sociedad, lo cierto es que la Corte Constitucional ha sostenido que ese principio resulta infranqueable, más si de trata de buscar la justicia social del derecho laboral, por lo que no se les puede premiar a la demandada y sus socios que no concurrieron al proceso y se beneficiaron del contrato de trabajo.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si hay lugar si las personas naturales demandadas en calidad de accionistas de AFFINITY NETWORK SAS EN LIQUIDACIÓN, son solidariamente responsables de las condenas impuestas a esta.

De otro lado, advierte la Sala que no se pronunciará respecto de la existencia del contrato de trabajo con AFFINITY NETWORK SAS EN LIQUIDACIÓN, como tampoco de las condenas impuestas a esta, como quiera que sobre esos aspectos no se presentó reparo alguno por las partes.

Solidaridad de los accionistas en las sociedades por acciones simplificadas

Al respecto, el artículo 1° de la Ley 1258 de 2008 que creó las sociedades por acciones simplificada – SAS, en lo atinente a la responsabilidad de los accionistas, señaló:

“CONSTITUCIÓN. *La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.*

Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.”

Norma esta que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C – 090 de 2014, al considerar:

“La jurisprudencia de la Corte ha reconocido que el límite al monto de los aportes no constituye una vulneración por parte de la ley de los derechos laborales o sociales, por cuanto le está permitido al Legislador dentro de la libertad de configuración determinar las características de las formas de asociación, así como los eventos en los que existe una extensión de la responsabilidad solidaria o la intercomunicación del patrimonio de los socios con el de la sociedad derivado del fraude o abuso del derecho.

El legislador quiso dotar a la empresa y a la economía de una herramienta más ágil y flexible en cuanto a su constitución, composición y funcionamiento en comparación de las otras formas de asociación, con el fin de modernizar el derecho societario, hacer la industria más competente e incentivar el desarrollo del país.

La separación del patrimonio de la sociedad y de los accionistas obedece a un propósito constitucional consistente en permitir el flujo de capital, la inversión y la estimulación del desarrollo empresarial del país, de conformidad con el artículo 333 CP.

En ningún caso el modelo de limitación de la responsabilidad previsto para las sociedades por acciones simplificadas expone a los trabajadores al riesgo de hacer inexigibles sus derechos, en tanto que

la legislación y la jurisprudencia ha dispuesto para el reclamo de sus acreencias diversos mecanismos legales y jurisprudenciales.

Finalmente, permitir el límite de responsabilidad no implica el desconocimiento de los derechos de los empleados, pues (i) en los artículos 42 y 43 de la Ley 1258 de 2008 se consagran dos excepciones a la responsabilidad del aportante, consistentes en la desestimación de la personalidad jurídica –levantamiento del velo societario– y el uso abusivo del voto que ocasionó perjuicios a la compañía, sus socios o terceros –nulidad absoluta e indemnización–, (ii) los trabajadores cuentan con herramientas legales –acción de nulidad, simulación, pauliana y otras– y jurisprudenciales –acción de tutela– en procura de la defensa de sus derechos.

El establecimiento del límite de la responsabilidad de los accionistas de una sociedad por acciones simplificadas al monto de los aportes, frente a las obligaciones laborales de la sociedad, no constituye una desprotección de los derechos del trabajador ni un incumplimiento de las disposiciones constitucionales que amparan el trabajo y la dignidad del trabajador, cuando quiera que existen mecanismos jurídicos para la defensa de los mismos, al tiempo que la separación patrimonial cumple el propósito constitucional de incentivar la creación de empresa y el desarrollo económico del país.”

De donde se colige, que los accionistas de las sociedades por acciones simplificadas, no son responsables de laborales entre otras, en que incurra la sociedad, salvo lo previsto en el artículo 42, de la referida ley, el cual dispone:

“DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. *Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.*

La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario.

La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario.”

Siendo ello así, es claro que los accionistas responden solidariamente por las obligaciones nacidas de actos defraudatorios y de los perjuicios causados

con estos, siempre que hubieren realizado, facilitado o participado en ellos, siendo la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, a través de la Superintendencia de Sociedades a prevención o de los Jueces Civiles del Circuito, la competente para conocer sobre la indemnizatoria de los perjuicios derivados de los referidos actos.

De suerte que, en tratándose de acreencias laborales, se escapa de la órbita de la especialidad laboral, el determinar la existencia de los actos defraudatorios en que hayan podido incurrir los accionistas de la demandada, para el no pago de las acreencias laborales que se causaron en favor de la actora, pues pese a que se trate de obligaciones emanadas de un contrato de trabajo, no es competente para pronunciarse sobre ello, pues, se itera, la Corte Constitucional en la sentencia en cita, avaló la norma en el sentido que estas personas no son responsables de las obligaciones laborales en que haya incurrido la sociedad, salvo que hayan facilitado, participado o realizado actos fraudulentos, cuya existencia e indemnización derivada de estos, es competencia de la especialidad civil como lo plasmó el legislador en la norma en comento y de la cual, dicha Corporación hace alusión en el proveído al que se hizo referencia.

Finalmente y si en gracia de discusión esta especialidad tuviera competencia para establecer que los accionistas realizaron, facilitaron o participaron en actos fraudulentos que conllevaron al no pago de los derechos laborales de la demandante, lo cierto es que no habría lugar a imponer condena alguna al respecto, toda vez que no aparece probado en el plenario cuales son los referidos actos fraudulentos, pues una cosa son las actuaciones de la sociedad y otra la de los accionistas, tan así, que en la demanda no se hizo alusión a ello.

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

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 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 JORGE LUIS GOENAGA PALMA
contra FIDUPREVISORA S.A vocera y administradora del PAR
CAPRECOM LIQUIDADO**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 LUIS GOENAGA PALMA**, se **declare** que existió un contrato de trabajo con CAPRECOM entre el 9 de junio de 1997 y el 9 de mayo de 2016 y que pertenecía a la organización sindical SINTRACAPRECOM, en igual sentido, solicita se declare que la demandada incumplió los acuerdos convencionales de no liquidación de la misma entidad contemplados en los años 2003 y 2013, por lo que los derechos convencionales dejados de percibir durante los años 2003 a 2016 por suspensión extra - convencional le deben ser otorgados. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la accionada de la diferencia del ajuste de sueldos y prestaciones sociales legales y extralegales desde el 12 de junio de 2003 hasta el 9 de mayo de 2016, más las prima de junio y navidad, bonificación de recreación y de servicios prestados, quinquenio, descanso especial o adicional, recreación por

vacaciones, aportes educativos de los hijos, plan de atención complementario actualizado en su conservación y desarrollo de derechos de salud, ruta de buses, dotaciones, indexación de las sumas adeudadas, y lo que resulte probado ultra y extra petita (fls. 16 a 19).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 16 y 226 a 229), señaló que se vinculó a CAPRECOM mediante contrato de trabajo a término indefinido como trabajador oficial desde el 3 de julio de 2007 hasta el 9 de mayo de 2016, en el que desempeñó el cargo de profesional universitario II, con un salario de \$3.065.300. Refiere que al entidad junto con SINTRACAPRECOM aprobaron mediante acuerdo extra – convencional suscrito en 2003 y ratificado en 2013, al suspensión de una serie de derechos convencionales, bajo el principio de la corresponsabilidad y que en caso de incumplimiento de la caja o del gobierno nacional de inmediato se desactivaría dicho acuerdo, pues el mismo suscrito por un periodo de 10 años se hizo para garantizar la estabilidad financiera y el punto de equilibrio requerido para evitar la liquidación de CAPRECOM. Sostiene que en 2013 la entidad y el sindicato evaluaron nuevamente la situación y prorrogaron por otros 5 años el acuerdo extra – convencional de 2003. Expone que dada la liquidación de la entidad ordenada en Decreto 2519 de 2015 las acreencias laborales que se encontraban suspendidas cobraron aplicación, dado el incumplimiento de la caja con su liquidación. Afirma que para la finalización de la relación laboral se acogió al plan único de retiro consensado, suscribiendo un acta de conciliación, sin que exista cosa juzgada en la medida que en la referida acta manifestó que para los conceptos donde considera que CAPRECOM le adeuda a 28 de diciembre de 2015, presentó la correspondiente reclamación ante el proceso de liquidación, pues la conciliación solo abarcó lo adeudado de 28 de diciembre de 2015 a la fecha de dicha acta que data del 5 de mayo de 2016. Señala que el 16 de marzo de 2016 elevó reclamación administrativa, la cual fue resuelta de manera negativa, aduciendo que esos derechos convencionales solo son exigibles desde el 28 de diciembre de 2015. Finalmente, menciona que se encontraba afiliado a SINTRACAPRECOM y por ende era beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del PAR CAPRECOM LIQUIDADO contestó la demanda (fls. 283 a 296 y 301 a 304), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 3 y no el constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, prescripción, incongruencia de las pretensiones frente a la aparente reclamación administrativa, cosa juzgada y retroactividad de la norma laboral.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 27 de junio de 2018 (CD – fl. 315), **declaró** que entre el demandante y CAPRECOM EICE existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 3 de junio de 1997 y el 9 de mayo de 2016 y que se encontraba afiliado a SINTRACAPRECOM, **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$400.000.

Fundamentó su decisión, indicando que se encuentra probado que entre las partes existió un contrato de trabajo que data del 3 de junio de 1997 al 6 de mayo de 2016, el cual culminó por mutuo acuerdo, al igual que se acreditó que el demandante se encontraba afiliado a la organización sindical SINTRACAPRECOM. Refiere que revisados los documentos allegados, aparece copia de la convención colectiva de trabajo celebrada entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM, la cual no cuenta con la constancia de depósito, requisito sin el cual no es posible otorgarle valor probatorio, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, por lo que no es posible establecer si quiera que el accionante era beneficiario de la misma, como tampoco de los acuerdos convencionales suscritos, de ahí que se absuelva a la demandada de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que la Corte Constitucional ha referido en varias oportunidades la finalidad de las convenciones colectivas de trabajo, luego si estaba vinculado durante su vigencia, era beneficiario de la misma, pues la función de las convenciones es fijar las condiciones que rigen los contratos de trabajo durante su vigencia, lo cual revela el carácter normativo que la doctrina y la jurisprudencia no conoce. Sostiene que el artículo 16 del CST no vulnera la prohibición de menoscabo de los derechos de los trabajadores, por cuanto él prohíbe la aplicación retroactiva de la Ley laboral, esto es, su aplicación para las situaciones ya definidas consumadas, de acuerdo a las leyes anteriores sobre las cuales operan los derechos adquiridos, luego el principio de menoscabo de los derechos laborales, se refiere a los derechos adquiridos y no a las expectativas legítimas, que pueden verse afectadas por las nuevas normas laborales sin que ello constituya una vulneración. Finalmente, menciona que toda ley penal o tributaria favorable al reo o contribuyente es retroactiva y no toda ley labora es retroactiva así favorezca al trabajador, pues solo lo es a que expresamente así lo diga, de ahí que el numeral 8° del acuerdo extra convencional del 12 de junio de 2013, estableció que en caso de la no viabilización de la entidad y se determine por parte del gobierno la fusión o liquidación de esta, al convención conservará su vigencia y el citado acuerdo quedará sin aplicación, por lo que quedó demostrado que en este caso si tenía vinculación y la caja sabía de los emolumentos que no le fueron cancelados.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante tiene derecho a los beneficios convencionales que fueron suspendidos en el acuerdo extra convencional suscrito el 12 de junio de 2003 y que según el demandante, se dejó de aplicar desde el 28 de diciembre de 2015 cuando CAPRECOM entró en liquidación.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre el demandante y la extinta CAPRECOM EICE, conforme se infiere de la copia de la certificación de folio 57 y del acta de conciliación celebrada el 5 de mayo de 2016 entre el actor y CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN (fls. 59 a 65), de donde se colige que el señor JORGE LUIS GOENAGA PALMA laboro al servicio de la entidad en calidad de trabajador oficial, del 6 de marzo de 1997 al 9 de mayo de 2016, desempeñando el cargo de profesional universitario II de la Regional Atlántico.

Tampoco se discute que perteneció a la organización sindical SINTRACAPRECOM del 16 de junio de 1997 a 30 de abril de 2016 (fl. 58).

Beneficios convencionales

Alega el demandante que SINTRACAPRECOM el 12 de junio de 2003, celebró un acuerdo extra convencional con CAPRECOM EICE en el que acordaron la suspensión por un término de 10 años, de una serie de beneficios convencionales, en aras de salvaguardar a la entidad y evitar su extinción, el cual, afirma se prorrogó en 2013 por 5 años más y en el que se dijo, que en caso de liquidación o fusión de la caja, el citado acuerdo se inaplicaría y por ende, los beneficios suspendidos dejarían de estarlo.

Al respecto, encuentra la Sala que no se aportó al plenario el citado acuerdo extra convencional, el cual era de vital importancia a fin de establecer cuáles fueron los beneficios convencionales suspendidos y los términos en que se suscribió, para determinar las causales de su inaplicación y si este, surtía o no efectos retroactivos, como lo señala el actor y en caso tal, analizar si le asistía derecho al pago de tales prebendas.

Y es que no basta con que él afirme que el citado documento existe e incluso indique apartes del mismo en los hechos de la demanda, cuando era su deber aportarlo al proceso, pues afirmar no es probar y era a él a quien le correspondía probar los supuestos de hecho de las normas en este

caso convencionales, cuya aplicación predica, en virtud de lo normado en el artículo 167 del CGP.

Ahora así en gracia de discusión, se hubieran aportado tales acuerdos extra convencionales, tampoco habría lugar a imponer condena alguna en contra de la accionada, en tanto tampoco se aportaron las convenciones colectivas de trabajo de 2003 a 2013 en las que se establecieron los beneficios a los que el demandante señala tiene derecho, a fin de establecer si cumple con los requisitos para ceder a ellos. Carga de la prueba que en virtud de la norma en cita también la asistía al demandante y si bien se aportó la convención 2014 – 2015 (fls. 149 a 180), esta no trae la constancia de depósito, requisito este ad substantiam actus para que surta validez y pueda considerarse como fuente de derechos, como así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias 43043 del 24 de abril de 2013, reiterada en la SL 8714 -2014 y SL 13693-2016, en la que dijo:

“El depósito oportuno de la Convención Colectiva según lo normado en el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo es una exigencia de la ley para su validez, como reiteradamente lo ha señalado la Sala en los siguientes términos: “al ser la convención colectiva de trabajo un acto solemne, la prueba de su existencia está atada a la demostración de que se cumplieron los requisitos legalmente exigidos para que se constituya en un acto jurídico válido, dotado de poder vinculante, razón por la cual, si se le aduce en el litigio del trabajo como fuente de derechos, su acreditación no puede hacerse sino allegando ... el del acto que entrega noticia de su depósito oportuno ante la autoridad administrativa del trabajo”. (Sentencias del 16 de mayo de 2001, rad. N° 15120 y de 4 de diciembre de 2003, rad. N° 21042).

Y en la última de las providencias citadas, fue enfática la Corte al señalar:

“Si tal prueba no se allega al proceso de manera completa, no puede el sentenciador dar por demostrado en juicio que hay una convención colectiva de trabajo, ni menos aún, reconocer derechos derivados de ella en beneficio de cualquiera de los contendientes. Y si llega a reconocer la existencia de aquélla sin que aparezca en autos la única prueba legalmente eficaz para acreditarla, comete error de derecho y, por ese medio, infringe las normas sustanciales que preceptúan cosa distinta...”

Así las cosas, como quiera que no se aportó el acuerdo extra convencional sobre el cual el actor edifica sus pretensiones, como tampoco las convenciones colectivas de trabajo cuya aplicación propende, es por lo que sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo del demandante.

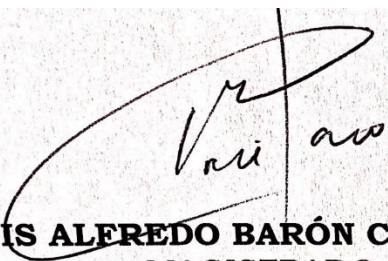
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

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

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

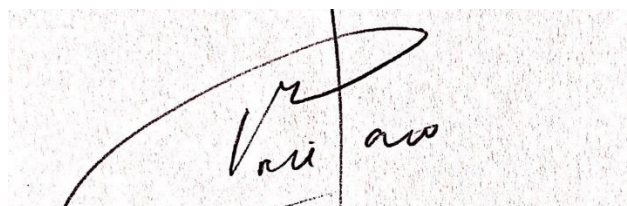


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante, 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 - JOSÉ CRISTOBAL PÉREZ OLARTE contra ASESORES EN DERECHO SAS, FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA Y LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 CRISTOBAL PÉREZ OLARTE**, 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 PROTECCIÓN, el título pensional o cálculo actuarial, a PROTECCIÓN a tener en cuenta el tiempo laborado en la Flota Mercante, para la pensión de vejez o devolución de saldos, más el pago de los perjuicios morales y materiales por el incumplimiento en el pago del cálculo actuarial, junto con los intereses moratorios desde el 27 de agosto

de 2013, fecha en la que debió redimirse el bono pensional, 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. 581).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 582 a 586), 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 mar 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 21 de agosto de 1977 hasta el 28 de junio de 1990, 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 segundo camarero a bordo de los buques de la compañía, devengando un salario en dólares de US 850,76, equivalente a \$41.025 pesos colombianos. Señala que se encuentra afiliado a PROTECCIÓN desde el 10 de junio de 1998 y cotizó a esta 281.43 semanas al igual que efectuó aportes a COLPENSIONES los cuales equivalen a 407.71 semanas. Finalmente, aduce que elevó reclamación ante las accionadas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO contestó el introductorio (fls. 622 a 635), oponiéndose a sus pretensiones. Respecto a los hechos, no le constan en su totalidad. Presentó las excepciones de mérito de indebida vinculación del ministerio, cumplimiento de obligación por parte de la entidad respecto de las pretensiones sobre bono pensional, falta de legitimación en la causa por pasiva, y buena fe.

FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, contestó el libelo (fls. 708 a 734), oponiéndose a las pretensiones de este. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1.27, 1.30, 1.36 a 1.44 y 3.30 y no le constan los demás. Formuló las excepciones de fondo de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación.

FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ contestó la demanda (fls. 1104 a 1119), en la que se opuso a las pretensiones de esta. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1.1 a 1.12, 1.19, 1.20, 1.25, 1.26, 1.29, 1.32 a 1.36, 1.38 a 1.44, 2.1, 2.2, 2.6 a 2.8, 2.14, 2.15 y 3.30 y niega y no le constan los demás. Como excepción de fondo propuso la de ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación, inexistencia de la obligación, buena fe, falta de legitimación en la causa y prescripción.

PROTECCIÓN no se pronunció sobre las pretensiones señalando que las mismas van dirigidas a un tercero, salvo las relacionadas con los perjuicios e intereses, sobre las cuales mostró oposición (fls. 1132 a 1147). En cuanto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 3.2 y no le constan los demás. Presentó las excepciones de fondo de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido y prescripción.

Finalmente, **ASESORES EN DERECHO SAS** mandataria con representación con cargo al PANFLOTA contestó el introductorio (fls. 1356 a 1383), oponiéndose a las pretensiones de este. Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1.11, 1.27, 1.30, 1.35 a 1.43, 2.8, 2.10 a 2.12, 2.17, 3.2, 3.5 a 3.7, 3.31 y 3.35 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, inexistencia de la obligación, imposibilidad legal y jurídica para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante, prescripción, buena fe y oposición a la codena de costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 3 de septiembre de 2018 (CD – fl. 2164), **condenó** a PROTECCIÓN a efectuar el respectivo cálculo actuarial en favor del demandante por el periodo en el que no se efectuó afiliación por la Flota Mercante Grancolombiana, durante el tiempo en que le prestó servicios subordinados a la entidad en comento, desde el 21 de agosto de 1977 hasta el 28 de junio de 1990. Teniendo en cuenta para la realización del cálculo actuarial correspondiente, las normas expedidas sobre ese punto en particular, principalmente el artículo 33 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el decreto 1887 de 1994 y como parámetro para efectuar el cálculo actuarial el equivalente a \$250.778.42 como el valor nominal real del último salario devengado por el trabajador a 28 de junio de 1990, **condenó** a Asesores en Derecho S.A.S, a expedir las resoluciones y actos administrativos a que haya lugar, para que conforme el valor del cálculo actuarial, ordene el pago en favor de PROTECCIÓN de la reserva actuarial mencionada, **condenó** a Fiduciaria la Previsora S.A, en calidad de vocera del patrimonio autónomo PANFLOTA, para Flota, a que dentro de los tres días siguientes a la comunicación del acto administrativo que ordena el pago expedido por Asesores en Derecho S.A.S, procesa a girar el valor del cálculo actuarial correspondiente a PROTECCIÓN, esto conforme a los dineros que a su vez sean girados por parte de la Federación Nacional de Cafeteros en su calidad de administradora del Fondo Nacional del Café,

condenó a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su calidad de administradora del Fondo Nacional del Café a girar a Fiduciaria la Previsora S.A. en calidad de vocera del patrimonio autónomo PANFLOTA el valor del cálculo actuarial, giro que realizara, dentro del término de 10 días contados a partir de la comunicación que efectuó PROTECCIÓN sobre el valor del cálculo actuarial, **ordenó** PROTECCIÓN que para todos los efectos pensionales correspondientes a saber: estudio sobre reconocimiento de pensión de vejez por solicitud del señor demandante, o la devolución de saldos a que hubiere lugar, tenga en cuenta el valor del cálculo actuarial, así como también el valor que fue devuelto al accionante por concepto de devolución de saldos que hiciera a su favor el mencionado Fondo de Pensiones en el año 2013, **absolvió** a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público de las pretensiones que fueron incoadas en su contra, para lo cual se declara probada la excepción de legitimación en causa por pasiva, **condenó** en costas a las demandas Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café, Fiduciaria Previsora S.A como vocera del patrimonio autónomo PANFLOTA, Asesores en Derecho S.A. en calidad de mandataria con representación de patrimonio autónoma PANFLOTA y a PROTECCIÓN, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.600.000 y **condenó** en costas al demandante en favor de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$200.000.

Fundamentó su decisión, indicando que se encuentra probada la relación laboral que existió entre el demandante y la extinta FLOTA MERCANTE, al cual data del 21 de agosto de 1977 al 28 de julio de 1990, menos 169 días de licencia. Sobre el cálculo actuarial, refirió que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que en los eventos en que un trabajador no hubiere estado afiliado al sistema de pensiones, independientemente de la causa esto es, porque no existiera obligación legal o por que el empleador haya incurrido en incumplimiento de la misma, este debe trasladar el cálculo actuarial a la entidad de Seguridad Social por el período de prestación del servicios, pues no puede desligarse de sus compromisos frente al Sistema Pensional y al derecho a la Seguridad Social, en virtud de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, de ahí que en el presente caso, la FLOTA

MERCANTE para la época en que el actor prestó sus servicios, tenía a cargo las pensiones de sus trabajadores y por ende, con base en lo expuesto, debió trasladar esos aportes que no se hicieron, al ente de seguridad social. Sostiene que dada la extinción de la Flota Mercante y con base en lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU 1023 de 2001 y lo señalado por la Superintendencia de Sociedades en los autos de liquidación de la entidad, además de lo expuesto sobre el tema por la Corte Suprema de Justicia, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS administradora del fondo nacional de cafeteros y a su vez, matriz y controlante de la compañía, es responsable subsidiaria en el pago del cálculo actuarial, para lo cual deberá girar los dineros respectivos al patrimonio autónomo PANFLOTA. Expone que el cálculo actuarial por el tiempo servido a la FLOTA MERCANTE por el demandante, corresponde elaborarlo a PROTECCIÓN con base en el último salario devengado por este. Menciona que para determinar el salario, se debe tener en cuenta la liquidación final de prestaciones que se aportó al proceso y los factores que al respecto ha señalado la jurisprudencia y que corresponden a la asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna, o día descanso obligatorio, de los cuales sólo estima el despacho que tienen el carácter salarial los siguientes: el salario base, la prima de antigüedad y el trabajo suplementario. Señala que conforme a esa liquidación que corresponde al último año de servicios y esta dada en dólares, que traducidos a la tasa representativa del mercado para el año 1990, el indicador económico corresponde a \$502.26 para ese momento, conforme con lo que certifica el Banco de la Republica en su página de internet, se tiene el monto de \$250.778.42 como último salario del trabajador que será tenido en cuenta por PROTECCIÓN para la elaboración del cálculo. Finalmente, en lo atinente a la excepción de prescripción, aduce que es imprescriptible el pago del cálculo actuarial, toda vez que forma parte del capital indispensable para el reconocimiento de la pensión que es de carácter vitalicio.

APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que en la FLOTA MERCANTE el salario estaba compuesto por una serie de ítems que precisamente los tenía en cuenta para la liquidación final y para ello basta con revisar esa liquidación, o sino las sábanas que están aportadas al expediente donde se liquidó la prima extra servicio en cada uno de los semestres en que estuvo el trabajador, hasta 1985 cuando fue despedido. Sin embargo basta revisar en ese mismo expediente la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que ordenó su reintegro y en la que se dijo que tenía un salario de US 470.49, durante el tiempo que duró despedido y esto es, 6 meses antes de que fuera reintegrado. Refiere que al revisar con detenimiento la liquidación final, se tiene que la empresa la efectuó sin tener en cuenta los salarios que ordenó la Corte Suprema de Justicia, pero en gracia discusión, teniendo como último salario lo que le determinaron ahí, porque no puede estar en discusión el salario que se determinó en esa liquidación, porque eso lo dispone el literal a) del numeral 2° del contrato de trabajo. Sostiene que no se tuvo en cuenta la alimentación y alojamiento, que a las luces del literal b) del artículo segundo de la cláusula 50 del contrato, son factor de salario. Aduce que todas las primas extralegales deben computarse para el salario, a lo que la Corte en 1973 determinó que solo el 8.33% era salario y si se revisan las nóminas ahí esta su pago y como no se efectuaban cotizaciones no existía deducción.

Aduce que si en gracia de discusión se tuviera como salario \$328.681, que corresponde a US 654.97 con un dólar a \$501, que corresponde a la época en que se desvinculó de la compañía, es por lo que considera, se debe corregir el salario base de liquidación.

Expone que no se debe absolver a la Nación – Ministerio de Hacienda, pues en caso de que el Fondo Nacional del Café deje de existir, debe ser la Nación quien debe cubrir el cálculo actuarial, de ahí que no se le deba condenar en costas en tanto se estaba dilucidando quien era el responsable del pago del cálculo.

Finalmente, menciona que las agencias en derecho deben incrementarse entre el 10% y el 15% del valor de la sentencia, en tanto las demandadas han dilatado el proceso, además se debe tener en cuenta lo señalado en el Acuerdo 1887 del 2003, que estableció los parámetros que son de obligatorio cumplimiento para fijar las mismas.

Por su parte, **FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio PANFLOTA, apeló la decisión**, señalando que el vínculo entre Fiduciaria Previsora S.A. y la Flota Mercante en liquidación, es única y exclusivamente contractual y las obligaciones de la fiduciaria emanan del contrato de fiducia mercantil, por lo tanto, su capacidad se encuentra enmarcada en el contenido de referido contrato. Afirma que el patrimonio autónomo de PANFLOTA del cual es administrador y vocero, se nutre los recursos generados por la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, por ende, al no ser la fiducia quien ha dado lugar a la iniciación de la presente demanda, como quiera que el patrimonio autónomo sólo actúa como un medio de pago y dependiendo de los recursos que sean girados por la Federación, es por lo que no tiene por qué haber sido condenada en costas, a más, que sus obligaciones están dadas únicamente al pago, siempre y cuando el mandatario con representación expida un acto por medio del cual se reconozca la prestación y se realice el giro por parte de la Federación.

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, aunque así no lo entienda la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sigue vigente y tan es así, que su constitucionalidad ha sido estudiada en dos ocasiones por la sala plena de la Corte Constitucional y por ende la interpretación que debe dársele es que la obligación del cálculo actuarial únicamente existe respecto de aquellos trabajadores que se encontraran vinculados a la fecha de la entrada en vigencia de la ley 100 y no para los que como en el presente caso, se desvincularon con varios años de antelación a la entrada en vigencia de esta disposición. Expone que la Corte Constitucional en auto de marzo de 2018, manifestó que existen tres posiciones vigentes al interior de esa corporación, en las que las diferentes

salas no se han puesto de acuerdo respecto a la existencia de la obligación de aprovisionar o no y que en un futuro la Sala Plena, deberá resolver si existe o no la obligación y en caso que esta no exista, dilucidar que sanciones aplicaría y en qué casos, si habría lugar a reconocer el valor de los cálculos actuariales, títulos pensionales por omisión o bono pensional. Menciona que la Corte Constitucional en posiciones intermedias, ha dispuesto que no hay obligación por cuanto los empleadores nunca fueron llamados a afiliarse a sus trabajadores, por lo que mal podría decirse que existió una omisión en la afiliación cuando nunca fueron llamados a afiliarse y cuando lo que se hizo fue una asunción del riesgo de una manera distinta y en este caso es claro que no se configuro el derecho y es tal que nos encontramos ante una indebida aplicación de normas legales, que lo cierto es que en este caso como lo manifestaba el apoderado de la parte actora en su apelación, se sestaría ante el ilógico que por 10 años de servicio, tendría según él que cancelar un bono que asciende a 600 millones de pesos y el cual pretende, porque esa es la pretensión de la demanda que se devuelva por vía de la figura de devolución de saldos.

Señala que no hay un derecho fundamental vulnerado ni derecho a la pensión, pues lo único que se pretende es el pago de un cheque para que de un lado se gire al otro, es decir, que se le entregue a un fondo de pensiones privado, por lo que además el trabajador ya no tiene un vínculo jurídico vigente, en tanto el mismo culminó en el año 2013 con la devolución de saldos que se le hizo, para que hoy en día se le efectúe el pago de un bono pensional para que por la vía de la devolución de saldos se le devuelva al trabajador, cuando la Corte Suprema ha cimentado su criterio en el entendido que está en juego el derecho fundamental a la pensión, el cual en este caso no está siendo vulnerado y en caso que se decida que sí existe la obligación de aprovisionamiento, se debe liquidar la misma con base en el salario mínimo de la época y hasta el número mínimo de semanas para obtener el derecho pensional.

Indica que existe una indebida aplicación del artículo 148 de la ley 222 de 1995, concretamente del párrafo, pues el mismo no lleva a la presunción de la totalidad de los elementos constitutivos de la responsabilidad subsidiaria, sino únicamente uno de ellos es decir, en caso que se partiera

de que si realmente existe la situación de matriz y controlante, lo que se presumiría o la presunción legal o de hecho que habría, sería únicamente respecto de que la situación de concordato se produjo en razón a esa condición y no respecto a los dos elementos faltantes, es decir, que la situación de insolvencia se produjo en beneficio de la controlante y en perjuicio de la controlada, circunstancias que por supuesto no se encuentran demostradas, además que no se valoraron las pruebas aportadas, tales como el dictamen pericial en el que se hace alusión a que la situación de insolvencia de la Flota Mercante, se dio por hechos externos y ajenos a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, circunstancias tales como la eliminación de la reserva de carga, la eliminación al impuesto de renta, sumado a unos años en que se veía que la Flota no estaba siendo rentable, sin que tuviera relación alguna o directa con ello, la actuación de la Federación como administradora del Fondo Nacional del Café y bajo ese entendido, la actuación de la Federación se da única y exclusivamente en los términos del contrato de administración suscrito para la administración del Fondo Nacional del Café, cuenta especial de naturaleza parafiscal de titularidad del Ministerio de Hacienda y en los términos de la ley, en esos términos mal se podría decir que la Federación como administradora de un Fondo sin personería jurídica, es la matriz o controlante de cualquier inversión de este fondo o en este caso concretamente de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana, menos aún, si se tiene en cuenta que el argumento usado para ello es la participación accionaria, que en este caso no es de la Federación sino es del Fondo Nacional del café,

De otro lado, refiere que en caso que se confirme la sentencia apelada, se debe ordenar descontar del valor del cálculo actuarial, el porcentaje que le habría correspondido al trabajador y en la medida que en este caso no existió una omisión en la afiliación, pues el llamado de inscripción de los trabajadores de mar se produjo con posterioridad a la desvinculación del trabajador aquí demandante, mal se podría ordenar en este caso de manera subsidiaria a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, cancelar la totalidad del bono pensional correspondiente al 16.5%, del ingreso base de liquidación, pues ello carece de cualquier sustento.

ASESORES EN DERECHO SAS mandataria con representación a cargo del patrimonio PANFLOTA apeló la decisión, señalando que no tiene ningún tipo de documental o no está a cargo de la custodia de los documentos, o del archivo de los ex trabajadores de la extinta Flota Mercante, como tampoco es representante legal, sucesor procesal, cesionario o subrogatario de la compañía, toda vez que esa entidad está liquidada desde el año 2012, precisamente por los autos que ha proferido la Superintendencia de Sociedades como juez del concurso del proceso liquidatorio de la extinta compañía. Sostiene que si bien es el A quo ha expuesto de que una de las de las obligaciones por las cuales está conminada la mandataria con representación con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA, es la expedición de actos administrativos, en los cuales se dé solución a los trámites pensionales que propongan los ex trabajadores de la extinta empresa y sus posibles beneficiarios, lo cierto es que teniendo en cuenta el extremo temporal que ha sido expuesto en el presente caso, se tiene que a 28 de junio de 1990, no se había llamado o no existía la obligación forzosa por parte de las agencias y empresas de transporte marítimo a la inscripción o afiliación de sus trabajadores de mar al Instituto Colombiano de Seguros Sociales para la cobertura de riesgos de invalidez vejez y muerte.

Refiere que disiente de la jurisprudencia que ha sido expuesta, precisamente porque ha sido fundada por el criterio de equidad que ha sido abordado por la Corte Constitucional, en aras de pretender sostener o salvaguardar los derechos pensionales que posiblemente han deprecado los trabajadores, que al momento de la culminación de su relación laboral, no había la extensión de la cobertura a esas actividades económicas o en los lugares donde no había cobertura y es que desde 1946 con la ley 90, si bien empieza la estructura del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, también lo es que en ella se verifica que no podía asumirse de manera inmediata, pura y simple dicha obligación y que por lo tanto su cobertura era de manera paulatina y es que el responsable de liderar esa ampliación de cobertura era el director del ISS, razón por la cual a partir de la resolución 3296 del 2 de agosto de 1990, determina como fecha pertinente el 15 de agosto de 1990, para que inicie ese proceso de

inscripción de los trabajadores de mar al Instituto, por lo que en ese sentido, la extinta compañía actuó en ese estado de confianza legítima respecto de la reglamentación que estaba vigente al momento del desarrollo de la relación laboral que está aduciendo el demandante y ahora bien, incluso tanta era la confianza, que la resolución ya referida fue sometida a control de legalidad y esta salió avante a partir de la sentencia proferida por el Consejo de Estado.

Expone que la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación 36280 del 7 de septiembre del 2010, expuso que no se incurrió en omisión de afiliación para que fuese procedente el cálculo actuarial como método para dar solución a este tipo de casos. Entonces si bien no se cumplió con el presupuesto fáctico que la normatividad vigente con respecto al concepto de omisión de afiliación se dio, resulta una carga excesiva y lesiva a una empresa que actuó de conformidad con la reglamentación vigente a los extremos temporales de la relación aquí alegada, pues el cálculo solo procede en caso de que la relación estuviera vigente al momento que existía o estuviera en vigor la ley 100 de 1993, presupuesto que no se cumple en el presente caso.

Aduce que dicente de los de los extremos temporales que han sido expuestos por el A quo, toda vez que dentro del el expediente administrativo, existen documentos en los cuales se citan inconsistencias respecto a los extremos y la cantidad de días laborados por él trabajador, ya que si bien existe una certificación del 14 de septiembre de 1998, en el cual se dice que sólo fueron 169 días de licencia o de concesión de suspensión del contrato de trabajo, existe también la liquidación definitiva de retiro del 18 de septiembre de 1985, en el cual dice que el concepto de licencias y suspensiones al contrato de trabajo fueron 544, razón por la cual se debe realizar una revisión específica de cuales fueron los días realmente laborados por el ex trabajador.

Menciona que si se aborda el principio de equidad, este también debe ser implementado a una entidad que actuó de conformidad con la reglamentación vigente y por lo tanto habría un análisis de ponderación de principios, pues está seguridad jurídica con la que actuó la extinta

Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., por lo tanto, analizando las teorías en cuanto al deber de aprovisionamiento, solicita sin que se entienda aceptación de las condenas impuestas, sea absuelta de las condenas impuestas, pero en caso de insistir en reconocimiento pensional alguno, éste debería corresponder sólo a cotizaciones indexadas para la formación del derecho pensional que en últimas pretende el ex trabajador y que debería ser el derecho a la pensión mínima, teniendo en cuenta que está afiliado a una administradora de fondo de pensiones del RAIS.

De manera subsidiaria y en virtud a los principios de solidaridad y participación, solicita que en caso de insistir en el cálculo actuarial como solución al presente conflicto, este deba corresponder sólo a al porcentaje que debió estar a cargo del empleador al momento de la culminación de la relación laboral.

Finalmente en lo que al valor de las costas se refiere, afirma que estas deben corresponder a la labor efectuada no solo por el apoderado, sino a la complejidad de la demanda y la justificación del desgaste generado en razón a la formulación de esta y es precisamente porque todo el escrito de la demanda, ha sido no sólo para solicitar el aporte de cierto material probatorio, sino también la solicitud de pruebas que no eran consistentes o que no eran pertinentes al momento de desarrollar el presente caso, lo que también constituye un desgaste por parte del demandante y en ese sentido, debe tenerse en cuenta que la condena en costas tiene que ser un criterio no automático sino dependiendo del despliegue de la actuación de la parte demandada en el proceso que se está evacuando en estos momentos.

PROTECCIÓN interpuso recurso de apelación, en el que manifestó su inconformidad respecto de la condena en costas, toda vez que al momento de la afiliación del demandante a la AFP año de 1998, la administradora no tenía conocimiento de la historia laboral respecto de los tiempos de los cuales se solicita el cálculo actuarial y en virtud de esa afiliación, el actor solicitó la devolución de saldos la cual ascendió a un poco más de 112 millones de pesos, por lo que en ese orden de ideas, el cálculo actuarial que corresponde por los periodos que se acaban de mencionar, estaría a

cargo de la entidad que lo tenía afiliado antes de su traslado a la AFP, de ahí que solicite se revoque parcialmente el fallo en lo que tiene que ver con la condena en costas.

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 21 de agosto de 1977 y el 28 de junio de 1990, 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 o el capital necesario para acceder a esta 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, los extremos de la relación laboral y la condena en costas.

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 de folios 474, 542 y 1387 a 2019 de donde se colige que el señor JOSÉ CRISTOBAL PÉREZ OLARTE laboró al servicio de la citada compañía desde el 21 de agosto de 1977 hasta el 28 de junio de 1990, desempeñando el cargo de timonel.

Ahora en lo atiente a los días efectivamente laborados, se tiene que del 4 de agosto de 1984 al 2 de septiembre de 1985, el contrato de trabajo del actor fue suspendido aduciendo la empresa en su momento, fuerza mayor y culminado el vínculo en la última de las fechas mencionadas, por lo que en la liquidación de prestaciones que se efectuó para esa época (fl. 1690), se indicó que el actor presentaba 544 días de interrupción que comprenden, 169 días de licencias y 375 de suspensión. Aspectos estos que fueron demandados por el extrabajador, a lo que el Juzgado Cuarto Laboral del

Circuito de Bogotá mediante sentencia del 10 de junio de 1988 (fls. 1739 a 1749), ordenó el reintegro del demandante, al igual que declaró ineficaz la referida suspensión. Providencia que fue modificada por este Tribunal en proveído del 16 de septiembre de 1988 (fls. 1770 a 1776), en el sentido de indicar que los salarios a los que fue condenada la demandada por concepto de reintegro, equivalen a US 470.49. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de noviembre de 1989 (fls. 1807 a 1832), casó parcialmente la del Tribunal, en lo referente al salario, cuya cuantía mensual determinó en US 436.

De donde se colige, que la relación laboral que unió al demandante con la extinta FLOTA MERCANTE, solo tuvo 169 días de interrupción, en la medida que la suspensión del contrato por 375 días, fue revocada judicialmente.

En cuanto al salario, de la liquidación final de prestaciones sociales de folio 542), se observa que en el último año devengó los siguientes factores los cuales se tomaron para la liquidación de las cesantías, así:

- Salario: US 4.515,10
- Prima de antigüedad: US 320,27
- Extras: US 1.156,40
- Alimentación y alojamiento: US 1.220,13
- Viáticos y/o suplementos: US 52,48
- Prima de servicios: US 605,36

Total: US 7.869,74

Suma esta que al dividirla en 12 (meses del año), arroja un promedio mensual de **US 655,81 dólares** el cual se tendrá como el salario devengado por el trabajador en el último año de servicios, el cual en su equivalente a pesos colombianos para esa época, teniendo en cuenta una tasa representativa de \$502.39, arroja la suma de **\$329.472**, por lo que sobre este punto se modificará la sentencia apelada, no sin antes advertir, que estos factores son los mismos que la entidad tomó en su momento para la liquidación de cesantías del año 1985 y si bien la Corte Suprema en la sentencia en comento indicó que el salario era de US 436, ello lo fue para el

periodo comprendido entre el 4 de agosto de 1984 y el 2 de septiembre de 1985 cuando operó la suspensión del contrato que fue revocada.

Sin que se demostrara que el actor devengó factores diferentes a los ya enunciados y que estos dado el caso, constituían factor de salario, pues como se dijo, la demandada tomó los enunciados para la liquidación de cesantías luego de existir adicionales, deberán discutirse en otro proceso, pues en este no se debatió lo relativo a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación final de cesantías y prestaciones sociales.

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, 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 tal, 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 21 de agosto de

1977 hasta el 28 de junio de 1990, menos 169 días de interrupción; 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 PROTECCIÓN, el valor del cálculo actuarial que este indique por el periodo en comento, para lo cual tendrá en cuenta como último salario devengado por el actor la suma de **US 655,81 dólares** equivalentes a **\$329.472 pesos colombianos**.

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 y con otro salario diferente al devengado en el último año, pues al tratarse de la falta de afiliación lo procedente es cubrir esos aportes mediante dicha figura, 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 lo indicó el a quo, 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 o capital 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 o en este caso, la devolución de saldos, pues este también es un derecho que 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 en representación con cargo al patrimonio autónomo PLANFOTA, en virtud del contrato de mandato suscrito con FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del referido patrimonio, le corresponde 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 la FLOTA MERCANTE y declaró extinguida la personaría jurídica de esta.

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 parágrafo 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 aquella 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 se 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.

De otro lado, en lo que se refiere a condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, no se accederá a ello, pues no se demostró que la FEDERACIÓN este en imposibilidad de pagar dado el caso, el cálculo objeto de condena, tan así que la misma no hizo alusión alguna al respecto, a más, que no debe olvidarse que esta funge como administradora de FONDO NACIONAL DEL CAFÉ según contrato firmado con el gobierno nacional, luego es claro que los recursos para cubrir este tipo de contingencias provienen del fondo y no de la Federación, aquellos como se indicó, provenientes de la Nación.

En lo que se refiere a la condena en costas impuesta a FIDUPREVISORA S.A. y a PROTECCIÓN, debe tenerse en cuenta que al ser vencidas en el proceso, pues se impusieron condenas en su contra, deben ser condenadas en costas, como lo dispone el numeral 1° del artículo 365 del CGP, al igual que el demandante, dada la absolución de la cartera ministerial.

Finalmente, sobre el monto de la condena en costas apelada tanto por el demandante como por ASESORES EN DERECHO SAS, la Sala no se pronunciará al respecto, toda vez que ello 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 **MODIFICÁ EL ORDINAL PRIMERO** de la sentencia de primer grado, únicamente en lo que al valor del salario devengado por el demandante en el último año se refiere y se **CONFIRMARÁ** en los demás.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo de ASESORES EN DERECHO SAS, FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo

PANFLOTA, la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y PROTECCIÓN S.A.

No se imponen costas a cargo del demandante en tanto su recurso prosperó parcialmente.

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,

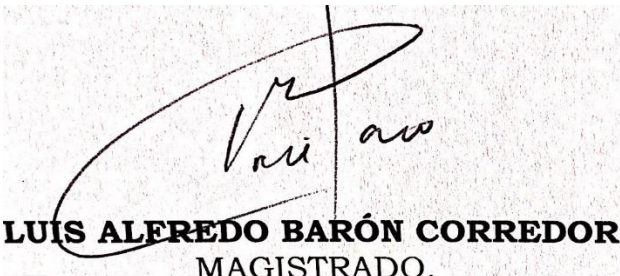
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada, únicamente en lo atinente al salario devengado por el demandante a 28 de junio de 1990, el cual corresponde a la suma de **US 655,81 dólares** equivalentes a **\$329.472 pesos colombianos**, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

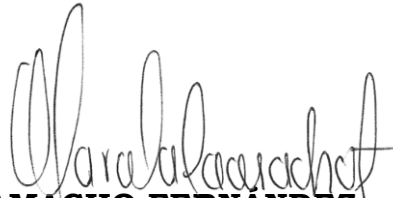
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído impugnado.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

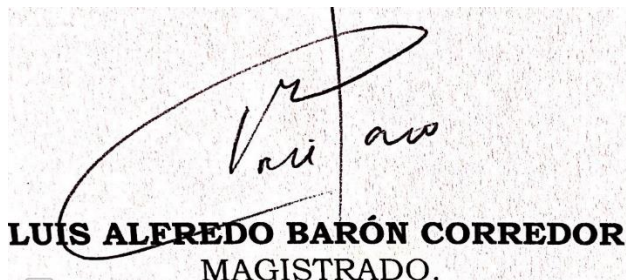
Magistrada



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 patrimonio autónomo PANFLOTA y la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y PROTECCIÓN S.A., la suma de \$900.000 para cada una.



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 ILMER ENRIQUE POLO ZUÑIGA
contra GESTIÓN Y RESULTADOS SAS**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 **ILMER ENRIQUE POLO ZUÑIGA**, se **condene** a GESTIÓN Y RESULTADOS SAS a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro de mayor categoría, junto con el pago de todas las prestaciones sociales desde el 26 de julio de 2006 hasta la fecha en que la empresa terminó el contrato sin justa causa, más las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 50).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 50 y 51), señaló que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 26 de julio de 2006 hasta el 2 de septiembre de 2016, fecha en que la empresa decidió culminar el vínculo en forma unilateral y sin justa causa, al igual que devengó una asignación básica de \$2.281.672 y a la fecha cuenta con la edad de 61 años. Finalmente, refiere que la demandada le canceló parcialmente las prestaciones sociales, como también la

indemnización a que tenía derecho, omitiendo el tempo laborado del 26 de julio de 2006 al 1° de febrero de 2008, esgrimiendo que en ese lapso fue contratado por prestación de servicios, encontrándose en mora con la liquidación definitiva de prestaciones sociales y la indemnización a que tiene derecho.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

GESTIÓN Y RESULTADOS SAS contestó la demanda (fls. 84 a 89), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, niega los contenidos en los numerales 3 y 6 a 8 y acepta los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe, prescripción de los derechos reclamados e inexistencia de contrato de trabajo.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de agosto de 2018 (CD – fl. 157), **declaró** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 26 de julio de 2006 hasta el 2 de septiembre de 2016, que terminó sin justa causa comprobada por el empleador, **declaró** ineficaz la terminación unilateral del contrato de trabajo, al estar amparado el accionante por la garantía constitucional de estabilidad laboral reforzada de las personas de la tercera edad próximas a pensionarse, **condenó** a la sociedad accionada al reintegro del actor a su cargo o a otro de igual o superior categoría que el que venía desempeñando, con el correspondiente pago de todos los salarios y prestaciones sociales que se generaron entre la fecha de terminación del contrato de trabajo y el día en que se haga efectivo su reintegro y a mantener el vínculo laboral, hasta tanto el demandante sea incluido en nómina de pensionados por COLPENSIONES, ordenando al empleador que de las sumas que se adeudan le sean descontados los valores reconocidos por concepto de indemnización por despido sin justa causa y **condenó** en costas a la demandada, fijando como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimo legales mensuales vigentes.

Fundamentó su decisión, indicando que no existe discusión en cuanto a la existencia de la relación laboral que existió entre las partes, según certificación que se allegó al plenario, como tampoco el hecho que fue despedido sin justa causa, con el pago de la referida indemnización. Respecto al reintegro por encontrarse próximo a pensionarse a la fecha de culminación del vínculo, sostiene que a la fecha el actor cuenta con 62 años y según el reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES, acredita 1.253.86, a lo que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha indicado que la estabilidad laboral de los pre pensionados, es una garantía constitucional de los trabajadores del sector público o privado, de no ser desvinculados de sus cargos cuando se encuentra a portas de cumplir con los requisitos de para acceder a la pensión de vejez y que no basta con acreditar tal condición, sino que se debe verificar si hubo afectación de los derechos fundamentales. Refiere que para el presente caso, al momento de la terminación del contrato de trabajo, al accionante le faltaban menos de tres años para pensionarse, lo que le confiere la garantía solicitada, máxime si dicha corporación ha precisado que el cumplimiento de los requisitos para pensionarse no es garantía del reconocimiento y pago de la misma, por lo que se debe proteger al trabajador que haya alcanzado la edad y número de semanas requeridos por la Ley para pensionarse, en el sentido de que su contrato no se debe ser terminado hasta tanto no haya sido incluido en nómina de pensionados. Expone que si bien el parágrafo 3° del artículo 9° de la ley 797 de 2003, establece y considera como justa causa, para dar por terminado el contrato de trabajo que el trabajador cumpla con los requisitos para acceder a la pensión, lo cierto es que el vínculo no puede finiquitar, hasta tanto no le sea reconocida y notificada la pensión por parte de las administradoras, como así lo señaló en la sentencia C - 1023 de 2003, donde adujo que la terminación con justa causa solo podrá tener lugar cuando el trabajador ha sido incluido en nómina de pensionados. Finalmente, menciona que como el accionante se encuentra en una situación de desprotección como consecuencia de la terminación del contrato de trabajo, se debe ordenar la ineficacia del despido con su consecuente reintegro al cargo.

APELACIÓN

GESTIÓN Y RESULTADOS SAS interpuso recurso de apelación, manifestando que en cuanto a los extremos de la relación laboral, está la afirmación que hizo el demandante en su interrogatorio en cuanto era empleado desde el principio y por otro lado, la de la representante legal que contó la historia de la empresa y que el demandante llegó como amigo de unos de los socios y al ser el trabajo muy poco, por eso la vinculación al principio por prestación de servicios y una vez la compañía tomó fuerza en 2008, se le vinculó mediante contrato de trabajo. Sobre la estabilidad laboral reforzada, aduce que la jurisprudencia exige no solo estar dentro de los tres años anteriores a cumplir la edad de pensión, sino que además que la persona dada la desvinculación, no tenga probabilidad en virtud de ello, de cumplir con el número de semanas requerido. Finalmente, aduce que no hay prueba dentro del expediente, sobre el número de semanas cotizadas, pues solo hay una afirmación en el derecho de petición que presentó una vez fue desvinculado, en la que dice que tiene 1252 semanas, sin que se cumpla con la jurisprudencia que fue citada en la parte considerativa de la sentencia.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 26 de julio de 2006 hasta el 2 de septiembre de 2016 y si el actor a la culminación del contrato de trabajo con **GESTIÓN Y RESULTADOS SAS** gozaba de estabilidad laboral reforzada en condición de pre pensionado 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 y prestaciones sociales, causados desde la fecha de culminación del vínculo y hasta que se produzca el reintegro.

Contrato de trabajo

A folio 2 del expediente, obra certificación expedida por la demandada en la que hace constar que el actor laboró para la empresa desempeñando el cargo de asesor control tarifario, del 26 de julio de 2006 al 31 de enero de 2008 por prestación de servicios y del 1° de febrero de 2008 como profesional especializado, a través de contrato a término indefinido.

Sobre el tema, se tiene que según el artículo 24 del CST, “*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”, de donde se colige que basta con que el trabajador demuestre la prestación personal del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y por ende, del contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar tal presunción, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias con radicado 44321 del 29 de octubre de 2014, donde puntualizó:

“Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.”

Al verificar si se acredita la prestación personal del servicio del demandante para con la sociedad demandada del 26 de julio de 2006 al 31 de enero de 2008; periodo este en el que la accionada certifica y manifiesta que el vínculo estuvo regido mediante un contrato de prestación de servicios, encuentra la Sala que no existe discusión sobre dicha prestación, pues así lo aceptó la demandada al expedir el referido documento y como así lo señaló la representante legal en el interrogatorio que rindió ante el Juez de primera instancia, acreditándose así dicha prestación y por ende, se presume que la relación que unió a las partes en ese lapso, quedando a cargo de la sociedad demandada, desvirtuar la misma.

Revisado el material probatorio obrante en el expediente, no se logra acreditar por parte de GESTIÓN Y RESULTADOS SAS que del 26 de julio de 2006 al 31 de enero de 2008, la relación que tuvo con el demandante lo fuera a través de un contrato de prestación de servicios, en tanto no allegó

ninguna prueba que evidencie que en efecto la vinculación fue de carácter civil y que la misma careció de subordinación, al punto que ni siquiera aportó el referido contrato, pues solo se limitó a decir que en ese tiempo, como la empresa hasta ahora estaba empezando la vinculación había sido de esa manera. Afirmación que por sí sola, no desvirtúa la existencia del contrato de trabajo, como tampoco los comprobantes de egreso de pago de honorarios de folios 119 a 131.

De manera tal, que se encuentra plenamente acreditado como lo señaló el a quo, que entre las partes existió un contrato de trabajo del 26 de julio de 2006 al 2 de septiembre de 2016 (fl. 3).

Estabilidad laboral reforzada – pre pensionable

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencias T – 638 de 2016, T – 229 de 2017 y SU – 003 de 2018, en lo que se refiere a la estabilidad laboral reforzada en calidad de pre pensionado del sector privado, en esta última, señaló:

“Acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.”

(...)

“La “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.”

(...)

En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el

requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.

De donde se colige, que dicha garantía solo cobija a aquellos trabajadores que les faltare menos de tres años para acreditar el número de semanas para acceder a la pensión en el régimen de prima media con prestación definida o el capital necesario en el régimen de ahorro individual.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que a folio 3 aparece comunicación del 2 de septiembre de 2016, mediante la cual la demandada le informa al actor, que ha decidido dar por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral. Data esta para la cual, según registro civil de nacimiento de folio 14, el accionante contaba con 60 años, 11 meses y 27 días, así mismo, del reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES (fls. 152 a 155), se denota que a 31 de agosto de 2016 acreditaba 1.253,86 semanas.

Conforme a ello, resulta evidente que al momento del despido del accionante, este gozaba de estabilidad laboral en calidad de pre pensionable, pues le faltaban aproximadamente 47 semanas, para completar las 1.300 que exige el artículo 9° de la ley 797 de 2003, para acceder a la pensión de vejez. Tiempo este que dada la edad del demandante, era difícil de completar ya fuera cotizando por su cuenta o en su defecto mediante un vínculo laboral con otro empleador, en la medida que estas personas al ser consideradas adultos mayores, les es difícil incursionar nuevamente en el mercado laboral pese a la experiencia laboral que pueda tener, viéndose afectado en sus derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital.

De suerte que, al gozar el demandante de la estabilidad laboral en comento, como así se lo hizo saber en la petición del 5 de septiembre de 2016 (fls. 10 a 13), la sociedad accionada no podía culminar el contrato de trabajo hasta tanto completara el número de semanas para acceder a la pensión, de ahí que el despido del actor se torne ineficaz y por ende, traiga consigo su reintegro y demás consecuencias derivadas del mismo, tal y como lo señaló el juzgador de primer grado.

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

COSTAS

En esta instancia a cargo de GESTIÓN Y RESULTADOS SAS.

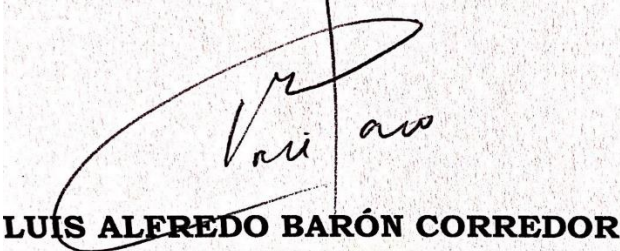
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

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 GESTIÓN Y RESULTADOS SAS.

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 GESTIÓN Y RESULTADOS SAS, 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 JAIRO ENRIQUE RIOS RODRÍGUEZ
CONTRA COLPENSIONES.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 **JAIRO ENRIQUE RIOS RODRÍGUEZ**, se declare que la empresa LASMO OIL COLOMBIA LTDA adeuda al demandante los aportes en pensión desde el 1° de septiembre de 1987 hasta el 18 de febrero de 1991, se declare que existe una sustitución patronal de LASMO OIL COLOMBIA LTDA a PETROBRAS COLOMBIA LTDA y a su vez PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LTDA, se declare que PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LTDA adeuda al demandante el pago de los aportes en pensión desde el 1° de septiembre de 1987 hasta el 18 de febrero de 1991, se declare que se encontraba afiliado al ISS desde el 3 de julio de 1968, se declare que es beneficiario del régimen de transición ya que al 1° de abril de 1994 contaba con 40 años de edad. Como consecuencia de lo anterior, se condene a la empresa PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LTDA al pago de los aportes a pensión desde el 1° de septiembre de 1987 hasta el 18 de febrero de 1991, se condene a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez al

demandante, por cumplir con los requisitos contemplados en el Acuerdo 049 de 1990, se condene a la empresa PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LTDA al pago de las mesadas pensionales desde el 11 de septiembre de 2010 hasta la fecha en que paguen los aportes en pensión del 1° de septiembre de 1987 hasta el 18 de febrero de 1991, se condene ultra y extra petita y se condene al pago de costas procesales (fls. 7).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 4 a 7), señaló que nació el 7 de septiembre de 1950, que se encuentra afiliado al ISS desde el 3 de julio de 1968, que ingresó a laborar el día 1° de septiembre de 1987 a la compañía LASMO OIL COLOMBIA LTDA en donde devengó un salario promedio de \$513.766, siendo desvinculado el día 20 de octubre de 1991, que el día 8 de septiembre de 2010 inició los trámites para el reconocimiento de su pensión de vejez, momento para el cual supo que no se encontraban relacionados por aportes efectuados con su antiguo empleador, que dicha empresa paso a ser PETROBRAS COLOMBIA LTDA y después PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LTDA, de manera que existe sustitución patronal, que el día 1° de julio de 2008 solicitó aclaración sobre sus aportes a su anterior empleador, el día 3 de febrero de 2015 solicita a PETROBRAS COLOMBIA LTDA certificación del tiempo laborado, quien le contestó que todos los bienes y activos se habían vendido a PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LTDA, por lo que presentó en varias oportunidades derechos de petición tanto a su ex empleador como a COLPENSIONES, por lo que se vio en la necesidad de interponer acción de tutela quien la conoció el Juzgado 26 Penal del Circuito con función de conocimiento de Bogotá quien el 27 de noviembre de 2015 ampara su derecho fundamental de petición.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 3, 10, 17, 23, 28, 31 a 38 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, buena fe e innominada o genérica (fls. 84 a 90).

PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LTDA contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 18 a 20, 25, 27 a 29, no ser ciertos los numerales 4 a 8, 11, 15 a 17, 21 a 23, 26 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, compensación, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido e innominada o genérica (fls. 115 a 130).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia celebrada el día el 9 de octubre de 2018, evacuó la audiencia de que trata los artículos 77 y 80 del CPTSS modificado por los artículos 11 y 12 de la Ley 1149 de 2007, en la etapa de conciliación decidió: **“ACEPTAR EL ACUERDO CONCILIATORIO** celebrado con PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LTDA consistente en la constitución de un título pensional, previó cálculo actuarial que para el efecto deberá solicitar a COLPENSIONES, con el fin de que esta sociedad empleadora cubra los aportes del tiempo laborado en que no cotizó el demandante por imposibilidad de afiliación, en el periodo comprendido entre el 1° de septiembre de 1987 al 18 de febrero de 1991, teniendo como ingreso base de cotización los siguientes salarios: para el año 1987 la suma de \$109.800, para los años 1988 a 1989 el que certifique el empleador ante COLPENSIONES, para el año 1990 \$219.000 y para el año 1991 la suma de \$342.000”.Teniendo en cuenta el anterior acuerdo conciliatorio, el Juez **declaró** terminado el proceso respecto de la demandada PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LTDA y consecuencia, procedió a **declarar** fracasada la etapa de conciliación respecto de COLPENSIONES.

Así las cosas, continuó el trámite respecto de esta demandada, dando paso a las demás etapas establecidas en la audiencia del artículo 77 y procedió a dictar sentencia conforme al artículo 80 del CPTSS, en donde decidió: **condenar** a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle al actor la pensión de vejez a partir del 25 de septiembre de 2013, conforme lo dispone el Acuerdo 049 de 1990, en cuantía de \$689.500 juntos con los reajustes año a año y mesada adicional, la **absolvió** de las demás pretensiones incoadas en su contra y se **abstuvo** de condenar en costas (CD – fl. 146).

Fundamentó su decisión, el *a quo* indicó que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante contaba con más de 40 años de edad, por lo que en principio era beneficiario del régimen de transición, en cuanto al Acto Legislativo 01 de 2005, el actor acreditaba un total de 571.53 semanas de cotización, sin embargo, teniendo en cuenta el acuerdo conciliatorio celebrado con la empresa PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LTDA en la cual se comprometió a efectuar el pago del cálculo actuarial de los aportes efectuados entre el 1° de septiembre de 1987 al 18 de febrero de 1991, periodo que equivale a 180,85 semanas que sumadas a las 571,53 reportadas el actor lograba acreditar un total de 752,38, conservando así el régimen de transición.

4

Al verificarse, si el demandante cumple con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, el Juez de primera instancia señaló que según la historia laboral el actor tiene un total de 1,079.86 semanas cumpliendo así con los requisitos para acceder al derecho pensional, en cuando a la fecha de disfrute de la misma, adujo que el actor cumplió los 60 años de edad el 7 de septiembre de 2010, por lo que a partir de ahí empezó a correr el término trienal, radicándose la demanda solo hasta el 24 de noviembre del año 2016, motivo por el cual deben declararse prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 24 de noviembre del año 2013, reconociendo la mesada pensional a partir del 25 de noviembre de 2013, en cuanto al monto de la pensión establecido que la misma debía ser sobre el SMLMV, teniendo en cuenta que la mayoría del tiempo había estado cotizando con el SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación solicitando sea revocada la decisión de primera instancia, argumentando que no puede ser condenada al reconocimiento y pago de una pensión hasta tanto se realice el correspondiente cálculo actuarial y se entre a analizar si efectivamente las semanas reconocidas son suficientes para acreditar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión y si es beneficiario del régimen de transición, teniendo en cuenta que al verificar la hoja de vida del demandante al 25 de julio de 2005, solo acreditaba 553,85 semanas,

motivo por el cual la aplicación del régimen iría solo hasta el 31 de julio del año 2010, por lo que al verificarse cédula del demandante se podía ver que este cumplió la edad el 7 de noviembre de 2010, momento para el cual ya estaba por fuera del límite señalado en el Acto Legislativo 01 de 2005, motivo por el cual al no cumplir con el requisito de la edad durante la vigencia de éste régimen no tendría por qué reconocérsele una pensión bajo lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 regulado por el Decreto 758 de la misma anualidad, básicamente reitera que COLPENSIONES no tuvo injerencia en la conciliación efectuada entre la parte demandante y su empleador en cuanto al pago de las semanas adeudadas.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, es de advertir que no existe discusión en cuanto a la relación laboral que existió entre el demandante y la demandada PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LTDA, así como la obligación que tiene esta de efectuar el pago del cálculo actuarial de los aportes efectuados entre el 1° de septiembre de 1987 al 18 de febrero de 1991, teniendo en cuenta el acuerdo conciliatorio al que llegaron.

De manera que, el **problema jurídico** a dilucidar en esta oportunidad es únicamente respecto de COLPENSIONES frente a lo cual se establecerá si es dable ordenar el reconocimiento pensional solicitado por el actor teniendo en cuenta los periodos correspondientes al cálculo actuarial, si es beneficiario del régimen de transición y si debe reconocerse la pensión conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990.

Obligación de COLPENSIONES al pago de la pensión de vejez

Al respecto, si bien fue a raíz del presente proceso que se llegó al acuerdo conciliatorio con la demandada PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LTDA quien se obligó a efectuar los aportes correspondientes al periodo 1° de septiembre de 1987 al 18 de febrero de 1991, ello no es óbice para establecer que el Juez no pudiera verificar si el actor acreditó los requisitos para acceder al derecho pensional, la cual efectivamente está sujeta al pago del respectivo cálculo actuarial, pues bien ha establecido la jurisprudencia de

la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que la falta de afiliación al sistema pensional por parte del empleador no puede generar la pérdida del derecho a la pensión, tan solo basta en que se acredite la existencia de la relación laboral para ordenarse el pago del cálculo actuarial y como consecuencia de ello, podrá el Juez ahí mismo reconocer la pensión si se acreditan los requisitos, siempre y cuando dentro del proceso se encuentre vinculada la administradora de pensiones en la cual se encuentre afiliado el demandante, situaciones que se observan plenamente en este caso, razón por la cual el *a quo* no incurrió en error al estudiar el derecho pensional, como sustento a lo mencionado se trae a colación la sentencia **SL 4248 del 4 de noviembre de 2020**, radicado 64871, en la cual la alta Corporación precisó:

“Según Colpensiones, la exigibilidad de la pensión solo será posible una vez se recauden de manera efectiva los valores que deben aportar los mencionados empleadores. Estima que eso es lo que acompasa con la realidad de los aportes del afiliado y la estabilidad del sistema pensional, a más que no podría ser de otra manera, en tanto se desconoce el salario percibido por el actor durante el periodo en que no hubo afiliación, «para dilucidar cuánto debe la entidad Fabricato cancelar para subrogarse de su obligación de reconocer la pensión de su trabajador».

Para la Sala, este dilema debe ser resuelto a partir de las reglas reivindicadas por esta Corporación en casos similares. En ese orden, es deber de la entidad de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido como efectivamente cotizado, sin perjuicio de la obligación del empleador de pagar el cálculo actuarial por los tiempos faltantes, a satisfacción de aquella (CSJ SL14388-2015).

De suerte que, si el actor cumplió a cabalidad con la totalidad de los requisitos para acceder al derecho pensional podrá ordenarse a COLPENSIONES el pago de la mesada pensional con su correspondiente retroactivo. Así las cosas, pasa la Sala a analizar si estos requisitos fueron cumplidos.

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 el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Dto. 758 del mismo año, por contar con semanas cotizadas al ISS hoy Colpensiones.

7

Dicho lo anterior, y conforme a la copia de la cédula de ciudadanía del demandante y que obra a folio 29 del expediente, se tiene que el actor nació el **7 de septiembre de 1950**, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 43 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 demandante 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 documental de folios 98 a 100 que corresponde a la historia laboral del actor, registra un total de **557,85 semanas de cotización**, de manera que no reúne las 750 semanas requeridas, como tampoco al sumar el periodo correspondiente al cálculo actuarial comprendido entre el 1° de septiembre de 1987 al 18 de febrero de 1991, toda vez que este equivale a **178 semanas**, que al sumarse a las 557,85 semanas anteriormente mencionadas, se tiene que el actor reúne para dicha data un total de **735,85 semanas de cotización**.

Pensión de vejez – Acuerdo 049 de 1990

Ahora, a fin de establecer si el demandante contaba con una **expectativa legítima**, debía reunir al **31 de julio de 2010**, los requisitos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990, normatividad que dispuso en su artículo 12, que para

acceder a la pensión de vejez en el caso de los hombres debía acreditarse 60 años de edad 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.

Al respecto, se tiene que el actor **cumplió los 60 años de edad el 7 de septiembre de 2010**, al verificarse las semanas cotizadas durante los **20 años anteriores al cumplimiento de la edad**, esto es, del 7 de septiembre de 1990 al 7 de septiembre de 2010, se acreditó entre la historia laboral allegada al plenario y teniendo en cuenta los ciclos del cálculo actuarial **402,87 semanas** de cotización y en **toda la vida laboral al 31 de julio de 2010** un total de **992,72 semanas de cotización**, por consiguiente, es claro que el actor no reunió la totalidad de los requisitos exigidos en las normas aludidas, por lo que habrá de **REVOCARSE** la decisión de primera instancia.

COSTAS

COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandante, de conformidad con el numeral 4 del artículo 365 del CGP.

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:

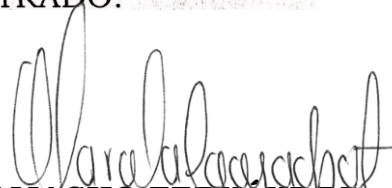
PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 20 Laboral del circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandante, de conformidad con 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 del demandante en la suma de \$ 300.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.