



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105017201800451-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Contrato de trabajo – Contrato Realidad – Indemnización Moratoria artículo 65 del CST.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, contra la sentencia proferida el 21 de mayo de 2021, por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **IVONNE CAROLINA RAMÍREZ VIANA** en contra de la **FUNDACIÓN NEIJING BOGOTÁ**.

ANTECEDENTES

IVONNE CAROLINA RAMÍREZ VIANA instauró demanda ordinaria laboral en contra de la FUNDACIÓN NEIJING BOGOTÁ, para que, se declare la existencia de un contrato de trabajo, entre el 01 de junio de 2008 y el 28 de octubre de 2016, el cual terminó de forma unilateral, ilegal e injusta, además que omitió su obligación legal de afiliarla al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; y, en consecuencia, se condene a la FUNDACIÓN NEIJING BOGOTÁ a pagar el auxilio de cesantías, intereses a la cesantía, prima de servicios, vacaciones, causados durante toda la relación laboral; que, se condene a la demandada, al pago del cálculo actuarial del 01 de junio de 2008 al 28 de octubre de 2016, así como de la indemnización establecida en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación del auxilio de cesantías, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, la sanción por el no pago de intereses a las cesantías, la indemnización por la terminación unilateral y sin justa causa, las costas y agencias en derecho, lo ultra y extra petita, así como la indexación, de las sumas de dinero solicitadas, entre la fecha en que se han debido reconocer y el día de su pago.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, prestó sus servicios personales bajo la continua subordinación y dependencia, a la sociedad Fundación Neijing Bogotá, a partir del 1 de junio de 2008, realizando labores relacionados con tratamientos con la técnica MOXA, elaboración de la papelería para la Clínica; masaje tui na, acupuntura, coordinadora, aseo de salas de consulta y diversos implementos de consulta, recibiendo órdenes de manera verbal por los señores JAVIER y GLORIA ARIAS MUÑOZ.

Indicó que, ejecutó su cargo y actividades en las diferentes sedes de la Fundación, ubicadas en Bogotá, dentro del horario fijado por la demandada, recibiendo una remuneración por sus servicios, por la suma de \$700.000 mensuales; que, el 05 de octubre de 2016, el señor JAVIER ARIAS MUÑOZ, representante legal de la FUNDACIÓN NEIJING BOGOTÁ, de manera verbal y en presencia de la señora MARCELA JIMENA PAVA DÍAZ, le informó de la terminación de su contrato de trabajo, prestando sus servicios hasta el 28 de octubre de 2016; que, la demandada, no le canceló sus derechos laborales y omitió su deber legal de afiliarla al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (fls. 19-26 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **FUNDACIÓN NEIJING BOGOTÁ**, dio respuesta con escrito visible a folios 52 a 80 (PDF), se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones; no aceptó ninguno de los hechos de la demanda y alegó en su defensa que, no existió ningún contrato de trabajo con la actora, quien se vinculó a la entidad hacia el año 2009 como estudiante; aclaró que, esa Fundación nació a la vida jurídica tan sólo hasta julio de 2008 y a comienzos del año 2009, inició sus actividades de atención al público y proceso pedagógico. Propuso las excepciones de prescripción de todas y cada una de las condenas solicitadas por la demandante, inexistencia del contrato de trabajo o de la relación laboral, del contrato realidad, carencia absoluta de legitimidad en la causa, inexistencia de los derechos alegados o pretendidos, cobro de lo no debido, ejercicio abusivo del derecho, principios de la buena fe, moralidad y de la lealtad procesal, genérica y la de compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 21 de mayo de 2021, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que, entre la demandante y la demandada existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 31 de diciembre de 2009 y el 28 de octubre de 2016; pues, aunque la actora, relacionó como extremo inicial desde el 01 de junio de 2008, lo cierto es que, la misma demandante en su interrogatorio de parte indicó que la propuesta de pagarle por sus prácticas en la Fundación la recibió en el año 2009, por lo que, sin precisar día y mes, tomó a-quo, el último día del año 2009; también declaró no probadas las excepciones de inexistencia de

contrato de trabajo y cobro de lo no debido y parcialmente probada la excepción de prescripción; condenó a la FUNDACIÓN NEIJING BOGOTÁ, a pagar a la actora, auxilio de cesantías e intereses, la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, primas de servicio, compensación de las vacaciones debidamente indexada, la sanción por la no consignación de las cesantías a un fondo, indemnización moratoria, a razón de un día de salario por cada día de mora por los primeros 24 meses e intereses moratorios a partir del mes 25, los aportes a pensión, causados entre el 01 de enero de 2010 y el 28 de octubre de 2016, previo cálculo actuarial efectuado por la AFP, a la cual se encuentra afiliada la actora, tomando como IBC para los años 2010 a 2015, la suma de \$600.000 y para el año 2016 de \$700.000; absolvió a la demandada, de las demás pretensiones; condenó en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior decisión los apoderados de las partes demandante y demandada, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **DEMANDANTE**, manifestó que su inconformidad era parcial, respecto a la indemnización moratoria que considera debió ordenarse de manera indefinida y no limitarse a un día de salario por cada día de mora por los primeros 24 meses e intereses moratorios a partir del mes 25, teniendo en cuenta que devengaba menos del equivalente al salario mínimo.

La **FUNDACIÓN NEIJING BOGOTÁ**, por su parte, insistió en que entre las partes no existió un contrato de trabajo, pues, no se dan los elementos fácticos para que se configure un vínculo laboral y menos aún para imponer las condenas ordenadas a favor de la demandante; que, las certificaciones expedidas en ningún momento hablan de una prestación de servicios de trabajo, sino que sencillamente se hace un voluntariado conforme el tema educativo que allí se prestaba.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, ninguna de las partes se pronunció al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación

interpuestos por las partes, la Sala, deberá determinar si resultó acertada o no la decisión del Juez de Primera Instancia, en cuanto declaró la existencia del vínculo laboral reclamado por la demandante, así como el reconocimiento de las prestaciones sociales e indemnizaciones relacionadas con el mismo; y, si la indemnización moratoria, debe ser ordenada de forma indefinida o limitada a un salario diario por cada día de mora, por los primeros 24 meses e intereses moratorios a partir del mes 25.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Refiere la parte demandada, en su recurso, que, entre las partes, no existió un vínculo laboral, sino que, la actora, quiso capacitarse en las técnicas tradicionales chinas, para el cuidado de la salud y desarrollo personal que enseñan en la Fundación y luego, emprendió sus prácticas en la misma Institución, sin que en momento alguno se dieran los elementos propios de un contrato de trabajo.

Al respecto, el Código Sustantivo de Trabajo, artículo 22, define el contrato de trabajo como: *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”*

A su vez, el artículo 23, subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990, definió que sus elementos son: ***a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c.) el salario como retribución del servicio.***

De otra parte, el artículo 24 del mismo ordenamiento, establece una ventaja probatoria a favor de la demandante, en el sentido de presumir que toda relación de trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo que se encuentra a cargo de la parte actora, **la demostración de la prestación continua del servicio**, para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: *“...Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador».*” (CSJ SL362-2018, Radicación 53801 del 21 de febrero de 2018).

En el presente caso al plenario se allegaron como pruebas, certificaciones expedidas por la demandada, de fechas 16 de mayo de 2011, 30 de diciembre de 2012, 30 de diciembre de 2013, 30 de diciembre de 2014, donde consta que la demandante, “...*PRESTA SUS SERVICIOS PROFESIONALES DE MANERA VOLUNTARIA Y SIN REMUNERACION ALGUNA PARA LA FUNDACIÓN POR LO ANTERIOR Y EN VIRTUD DE LA GRATUIDAD DEL SERVICIO LA FUNDACIÓN SE HACE CARGO DE LA MANUTENCIÓN, DESPLAZAMIENTO Y TODO GASTO EN QUE PUEDA INCURRIR PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO, EXONERANDO CON ELLO TODO VÍNCULO LABORAL Y PRESTACIONAL A LA FUNDACION NEIJING BOGOTÁ*” (fls. 8-12 PDF); también, certificación del 14 de agosto de 2015, en la cual se indicó que “*La señora IVONNE CAROLINA RAMIREZ VIANA (...) presta sus servicios como terapeuta en calidad de voluntaria en la Fundación Neijing, de martes a viernes en horario de medio tiempo, desde el año 2008, concepto por el cual recibe un aporte mensual de \$600.000*” (fl. 13 PDF) y, certificado del 14 de octubre de 2016, donde se indicó que la actora, “*PRESTA SUS SERVICIOS PROFESIONALES DE MANERA VOLUNTARIA PARA LA FUNDACIÓN POR LO ANTERIOR Y EN VIRTUD DE LA GRATUIDAD DEL SERVICIO LA FUNDACIÓN SE HACE CARGO DE LA MANUTENCION, DESPLAZAMIENTO Y TODO GASTO EN QUE PUEDA INCURRIR PARA LA PRESTACION DEL SERVIO, APOYANDO DICHA ACTIVIDAD CON UN APOORTE DE \$700.000 MENSUALES, EXONERANDO CON ELLO TODO VÍNCULO LABORAL Y PRESTACIONAL A LA FUNDACIÓN NEIJING BOGOTÁ. EL PROFESIONAL DESARROLLA SUS SERVICIOS DE ACUERDO A LOS HORARIOS DE DISPONIBILIDAD CONCERTADOS*” (fl. 19 PDF).

Igualmente, se aportó la hoja de vida de la demandante (fls. 94-87 PDF), Escritura Pública 2296 del 01 de julio de 2008, por medio de la cual se constituyó la Fundación Naijing (fls. 87-104 PDF); documento de constitución y estatutos de la demandada (fls. 105-113 PDF); diferentes certificados, diplomas y facturas, a nombre del señor Javier Arias Muñoz, representante legal de la demandada (fls. 114-155 PDF); certificación expedida por la AFP PORVENIR S.A., donde consta que la actora, se encuentra afiliada al fondo de pensiones obligatorias de esa Administradora (fl.169 y 216 PDF); consulta sistema RUAF a nombre de la demandante, donde se certifica su afiliación a SANITAS EPS, como cotizante y a la AFP PORVENIR S.A., para pensión (fls. 175-176 PDF); historia laboral consolidada de la demandante, en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 211-219 PDF).

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante, manifestó que, es profesional en odontología, mecánica dental y técnico en salud pública; que, la Fundación demandada, es una escuela que se encarga de la medicina tradicional china, tiene un área de estudio y una Clínica; que, ella inició su formación de acupuntura, en la Fundación Neijing Bogotá, en el año 2007 y terminó en el 2009, luego, ese mismo año, inició las clases en masaje tuina y terminó su capacitación en el 2011; que, de manera simultánea, desde el 2007, inició prácticas en la parte Clínica en la misma Fundación, que consistía sólo en observación de los tratamientos, y que, para el 2009, el señor Javier Arias, representante legal de la demandada, le hizo la propuesta de pagarle si asistía en los horarios de consulta, entre semana, como auxiliar, porque se necesitaba mucha gente para el apoyo en la atención de los pacientes, fue así como en el 2009, la demandada comenzó a pagarle, teniendo ella las dos condiciones de estudiante y auxiliar; que, todo lo relacionado con su contrato de trabajo fue verbal, no había nada por escrito, porque así se manejaba en la casa matriz “*Tuina*”, que, se acababa el mes y les daban el salario directamente en un sobre; que, la Fundación tiene una capacitación teórico-práctica, y ella desde que

comenzó sus estudios en el 2007, inició prácticas, pero, como resultó hábil para para el tema de los masajes y tenía conocimientos por su profesión, en el diligenciamiento de historias clínicas, le propusieron trabajar en el área Clínica, pero allí no usaban contratos, papelería, ni nada; que, los auxiliares reciben una capacitación para desempeñarse como tal; que, los dineros que recibía se los pagaban quincenalmente, y, a fin de año le daban las dos quincenas en un solo pago; que, la parte clínica funcionaba de martes a viernes, martes y jueves en la mañana de 8:00 a.m. a 1:00 p.m. y miércoles y viernes de 2:00 p.m. a 7:00 u 8:00 p.m., porque se cerraba sólo cuando se atendiera el último paciente; que, el horario no estaba estipulado por escrito, pero correspondía a horario de la Clínica, y ella debía estar allí mientras estaba abierto al público; que, dentro de sus funciones estaba la de recibir a los pacientes, llenar una historia clínica o de vida, luego iba con el médico a cargo para determinar el tipo de tratamiento que se le daría al paciente, y en los últimos 2 años, estuvo en la sección de masaje, coordinaba a los practicantes y de alguna forma les enseñaba; que, el 28 de octubre 2016, el señor Arias, le informó que no requerían más de sus servicios; dijo que, durante la relación laboral nunca se le pagaron aportes a Seguridad Social; que, la señora Gloria Arias, hermana del representante legal de la Fundación, era la persona encargada de pagarles el salario, además llevaba las cuentas de la Fundación; que, si no podía asistir a trabajar tenía que avisarle a Javier Arias, para que él le nombrara un reemplazo, que, estuvo incapacitada por un mes, debido a una cirugía y recibió el pago de su salario normal; indicó que, cuando inició sus labores en la Fundación, ella tenía su consultorio odontológico, pero lo cerró porque se dedicó de lleno a la medicina china, que, a veces el señor Javier Arias, les llamaba la atención por llegar tarde.

También declararon en el proceso, CAMILO LAUDELINO CRUZ RINCÓN, quien dijo haber trabajado para la Fundación demandada, donde atienden pacientes por medicina china, que es acupuntura y masaje; que, él atendió y coordinó la consulta de masaje, por 7 años, de 2007 a 2013, allí conoció a la actora, porque ella inicialmente hacía prácticas de masaje y luego se vinculó como empleada tanto en masaje como en la consulta de acupuntura; refirió que, ninguno de los trabajadores tenía contrato escrito de trabajo, la vinculación laboral era verbal; sabe que la actora era empleada de la Fundación, porque le empezaron a pagar, quincenalmente, pero desconoce cuánto le cancelaban, cree que podía ser cerca de \$200.000 quincenales, porque era lo que le pagaban a él; explicó que, el pago lo hacía la hermana del señor JAVIER ARIAS, que era contadora y les pagaba a todos; que, la actora, atendía pacientes en la consulta de acupuntura, les colocaba agujas, bajo la coordinación de Javier Arias, cumplía un horario martes y jueves de 2:00 p.m. a 7:00 p.m., miércoles y viernes de 8:00 a.m. a 1: 00 p.m., los fines de semana se dictaban clases; que, les exigían el cumplimiento del horario y tanto Javier Arias, como la secretaria, vigilaban que así fuera; que, solo se les pagaba el salario, no recibían el pago de otra prestación, ni Seguridad Social; que, el testigo se retiró en diciembre de 2013, por lo que desconoce cuándo terminó el vínculo de la actora; dijo que, visitó la Fundación, luego de su retiro, en 2 oportunidades, durante las cuales vio a la demandante, atendiendo la consulta de acupuntura; que, la señora RAMÍREZ VIANA, le comentó que le solicitó a la Fundación que la vincularan a la Seguridad Social, petición que le hizo verbalmente a Javier Arias.

LILIANA RAMÍREZ POVEDA, indicó que, conoció a la demandante, en la Fundación Neijing Bogotá, donde la actora, estuvo primero como estudiante y luego se desempeñó como auxiliar, entre 2008 y 2016, que, fueron compañeras de consulta; que, la testigo, llegó allí como paciente en 1998, hizo prácticas de estudio, en el 2003 y del 2004 al 2016, tiempo durante el cual fue contratada como secretaria; explicó que, la Fundación accionada, fue creada por José Luis Padilla, desde España, tiene varias sedes en Colombia, y es una Institución encargada de transmitir los conocimientos sobre la medicina tradicional china; que, hasta el año 2008, la sede de Bogotá, era manejada desde Medellín y a partir de ese año se formalizó, cuando llegó a dirigirla el señor Javier Arias; que, la actora, ingresó a participar en el grupo de consulta, ella fue estudiante, normalmente 3 años, ingresó en el 2007, e hizo prácticas antes de cumplir un año de estudios, como una concesión especial y en el 2008, ya estuvo en consulta con remuneración, después de haber demostrado sus capacidades y conocimientos, como auxiliar terapeuta; que, Javier Arias, era la persona encargada de la Fundación, con él se hacía el arreglo verbal para trabajar allí, quincenalmente se les hacía el pago, que denominaban aporte, todo el personal eran auxiliares, manejaban un horario de martes a viernes, se trabajaba en 2 turnos, en la mañana iban unas personas y en la tarde otros; dijo que, no siempre coincidía con la señora IVONNE CAROLINA, porque la testigo sólo trabajaba en la mañana, entonces se veían los días martes y jueves, que era cuando la actora, estaba en el turno de la mañana; que, en la Fundación, se exigía el cumplimiento de horario, por parte de Javier Arias, todos los días, antes de abrir hacían una oración y todo el personal debía estar allí porque también se daban instrucciones sobre la jornada; sabe que la actora, recibió llamados de atención, que, los pagos se hacían los días 15 y 30 de cada mes, inicialmente los hacía el señor JAVIER ARIAS, les daban un sobre y después se encargó la señora GLORIA ARIAS, que, no quedaba ningún soporte del pago; indicó que, a la demandante, entre 2008 y 2010 le pagaban \$250.000 quincenales y después le dieron \$350.000, también quincenales, hecho del cual tiene conocimiento porque una vez recibían los sobres, ellas dos se iban a contar el dinero y estaba presente ahí cuando la actora, verificaba el contenido del sobre; que, la demandante, trabajó hasta octubre de 2016, le consta que un día Javier Arias la llamó con otra compañera a su oficina y les dijo que prescindían de sus servicios; que, la señora RAMÍREZ VIANA, se ausentó por una cirugía y tuvo que pedirle permiso a Javier Arias, quien le pagó el mes completo; aclaró que, cuando la Fundación era manejada desde Medellín, entre el 2004 y 2008, la testigo sí fue vinculada mediante contrato de trabajo, pero a partir del 2008, todo cambió y se hacía de manera verbal.

ARACELY SIERRA GONZALEZ, informó que, conoce a la demandante desde 2007, porque fueron compañeras en el curso de acupuntura, en la Fundación demandada; dijo que, a mediados de 2007, las dejaron hacer prácticas en la Clínica y tomaron clases hasta el 2011, haciendo los cursos de acupuntura, masajes y capacitación con el SENA, además hacían servicio en la Clínica, pero que, la actora, empezó a tener horarios fijos para 2008, 2009, y entonces la testigo preguntó cómo podía hacer ella, para tener más tiempo de práctica a lo que la señora IVONNE CAROLINA, le contestó que ya no estaba allí como

estudiante, sino que la habían contratado y le pagaban entre \$500.000 y \$600.000; que, el horario lo imponía el señor Javier Arias, era de martes a viernes, en dos turnos de 8:00 a.m. a 1:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 7:00 p.m., que, algunas veces coincidían, pero la testigo refiere que ella no era constante y no iba siempre; que, a todos les daban instrucciones, generalmente el señor Arias y otros médicos que estaban observando las actividades que hacía los auxiliares; desconoce si la actora estaba afiliada a la Seguridad Social, pero sabe que algunas veces alquilaba un espacio en una clínica dental para atender algunos pacientes por su profesión de odontóloga; que, a finales del 2016 se encontró en un grupo de oración con la demandante y allí se enteró que le habían quitado el contrato con la Fundación.

CARMEN ALCIRA UMAÑA CUJAR, dijo haber estado vinculada con la demandada, hasta el año 2019; que, conoció a la demandante, como alumna de la Fundación Neijing Bogotá, en el 2008; que esa Fundación, es un centro de atención en medicina alternativa y funcionó hasta el año 2019, que, había atención a pacientes en medicina de tradición oriental, pero además se daban clases un fin de semana cada mes y después algunas personas hacían un servicio voluntario, que era práctica de sus estudios, en atención de pacientes, pero había unos médicos que eran los encargados de las consultas; que, la demandante, tomó clases en el año 2007, cuando hizo su formación en masaje y medicina tradicional china; que, cada curso tenía una duración de 3 años, las prácticas duraban año y medio; explicó que, a quienes realizaban el servicio del voluntariado, se les daba un aporte a final de año, pero desconoce el valor que le pagaban a la actora; que, las prácticas comenzaban en una jornada en la mañana y otra en la tarde y dependiendo de la disponibilidad de personas podía estar en uno u otro horario; que, la testigo hizo las prácticas algunas veces en la mañana y en la tarde, y coincidía en algunos turnos con la demandante; desconoce si, además del pago anual, a la actora, se le llegó a pagar algo adicional o si ésta tenía algún acuerdo con Javier Arias, al respecto, pero, sabe que le reconocieron a IVONNE CAROLINA un pago, para que siguiera ayudando; que, la actora estuvo hasta 2016, porque ya había cumplido un tiempo y hubo cambio de practicantes; reiteró que todas las personas que prestaban sus servicios a los pacientes eran voluntarios.

ROQUE JESUS ORTEGA MURILLO, señaló que, tuvo un vínculo con la demandada desde el año 2009 y hasta 2017, fue docente, estudiante y colaborador; dijo que, allí conoció a la demandante, como estudiante y practicante; que, la Fundación estaba dedicada a difundir los conocimientos de la cultura tradicional oriental y prestaba un servicio a la comunidad, en atención a través de la medicina alternativa, allí se hacían masajes y aplicación de acupuntura, había unos médicos a cargo y una serie de alumnos que les colaboraban; explicó que, la formación era de 3 o 4 años, dependiendo si los estudiantes querían profundizar, las clases se tomaban un sábado cada mes y un domingo, luego seguía la práctica que se cumplía en la Fundación, como observadores y asistentes del médico que atendía la consulta; desconoce con exactitud las fechas en que se desempeñó la actora, como practicante, pero sabe que era asistente, llevaba las agujas, hacía algunos masajes, ponía calor; dijo el testigo, que él no asistía a la Fundación en el mismo horario que la

actora, desconoce si por su actividad le pagaban algún valor, aunque explicó que las personas que más tiempo estaban allí a finales del año recibían un pago o un incentivo; indicó que, la formación que allí se daba no era profesional, ni daban ningún título o certificado, porque el carácter de la Fundación era humanístico; y que, la supervisión implicaba instrucciones y órdenes, pero al comienzo eran observadores.

De las pruebas antes señaladas, claramente se advierte que, sin desconocer que la demandante, se vinculó inicialmente a la Fundación Neijing, como estudiante de terapias médicas orientales, para el año 2009, cuando comenzó las prácticas correspondientes al curso de acupuntura que hizo entre 2007 y 2009, fue vinculada laboralmente por el señor JAVIER ARIAS, para prestar sus servicios personales a la demandada, recibiendo una remuneración por ello, cumpliendo órdenes e instrucciones, además de un horario determinado, además, tenía un superior jerárquico, elementos propios de un contrato de trabajo; siendo, los testigos coincidentes y contundentes en señalar que la señora IVONNE CAROLINA RAMÍREZ VIANA, se destacó como estudiante de la medicina tradicional china y por eso fue contratada por la accionada, diligenciando las historias clínicas de los pacientes de la Institución, además de prestar sus servicios en el área de acupuntura y masajes; circunstancias de las que también dan fe las certificaciones expedidas por la propia Fundación demandada, donde se advierten las labores ejercidas por la actora y el pago “*mensual*” recibido por ellas; sin que, por el hecho de darle al oficio desarrollado por la demandante, el nombre práctica o voluntariado, logre la pasiva, desvirtuar el carácter de una verdadera relación subordinada y dependiente; razón por la cual se confirmará la sentencia apelada, en cuanto declaró la existencia del vínculo laboral entre las partes.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 65 DEL CST

De otra parte, la actora manifestó su inconformidad, al no haberse reconocido a su favor la indemnización moratoria indefinida, pese a que en el plenario quedó demostrado que su salario era inferior al mínimo legal mensual vigente.

En lo que interesa para resolver esta inconformidad, el artículo 65 del CST, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002, establece esta sanción, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador, no paga los salarios y prestaciones debidas, caso en el cual deberá pagar al trabajador, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor. Si transcurrido los 24 meses contados desde la terminación del contrato, el trabajador, no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o no hay un pronunciamiento judicial al respecto, se pagarán intereses moratorios desde la iniciación del mes veinticinco hasta cuando se verifique el pago sobre las sumas adeudadas; salvo, para los trabajadores que devenguen sólo un salario mínimo legal mensual vigente, quienes recibirán como indemnización moratoria un día de salario por cada día de retardo, hasta cuando se acredite el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudadas por el empleador.

En el caso bajo estudio, determinó el Juez de Primera Instancia y no fue objeto de discusión en la alzada, que el último salario devengado por la trabajadora, para el 28 de octubre de 2016, fue la suma de \$700.000, valor superior al mínimo legal de esa anualidad correspondiente a \$689.455; resultando ajustada la decisión del a-quo, al limitar la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora, por los primeros 24 meses e intereses moratorios a partir del mes 25; debiendo igualmente confirmarse la sentencia apelada en este sentido.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos por las partes.

Costas en esta instancia a cargo de los recurrentes, por haberle sido desfavorable la alzada. Las de Primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de mayo de 2021, por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **IVONNE CAROLINA RAMÍREZ VIANA** contra la **FUNDACIÓN NEIJING BOGOTÁ**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante y la demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$500.000.00, a cargo de la demandante y de \$1.000.000 a cargo de la demandada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado
SALVO VOTO


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105036201900102-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022) fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social – Pensión Ley 71 de 1988 o Acuerdo o Acuerdo 049 de 1990.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante, contra la sentencia proferida el 09 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **CLAUDIO ARMANDO LOCARNO BLANCO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**.

ANTECEDENTES

CLAUDIO ARMANDO LOCARNO BLANCO, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y de la NACION MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que, se declare que cotizó 504 semanas al ISS, entre el 01 de febrero de 1967 y el 31 de enero de 1994; que, se declare que, trabajó para el servicio público, entre el 02 de enero de 1951 y el 17 de marzo de 1977, con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Industria Licorera del Magdalena, la Contraloría Departamental del Magdalena y el Departamento Administrativo Nacional, por lo que, cuenta con un gran total del 1.769 semanas cotizadas en toda su vida laboral, entre entidades públicas y privadas, hasta el 31 de enero de 1994; que, se declare que es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por tanto, el regimen anterior aplicable es la Ley 71 de 1988; que, se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA

Y CRÉDITO PÚBLICO, certificar que laboró para la Aduana Nacional entre el 02 de enero de 1951 y el 16 de febrero de 1960; y, en consecuencia, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, a partir del 01 de febrero de 1994, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 15 de diciembre de 1933, por lo que, cumplió 60 años, el mismo día y mes de 1993; que, mediante resolución No. 256 del 16 de abril de 1979, la Industria Licorera de Magdalena, le reconoció pensión convencional, en cuantía de \$12.065, a partir del 02 de febrero de 1979, la cual no estipulaba compartibilidad alguna con la pensión del ISS; que, cotizó al ISS hoy COLPENSIONES, 504 semanas del 01 de febrero de 1967 al 31 de enero de 1994, tiempo dentro del cual se incluyen 387 cotizadas a través de la Industria Licorera de Magdalena, del 01 de febrero de 1967 al 29 de julio de 1972 y del 24 de febrero de 1977 al 01 de febrero de 1979.

Indicó que, también trabajó para el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Aduana Nacional, del 02 de enero de 1951 al 28 de febrero de 1960, para la Industria Licorera de Magdalena, del 15 de febrero 1960 al 02 de febrero de 1979, la Contraloría Departamental del Magdalena del 28 de septiembre de 1972 al 30 de julio de 1973 y el Departamento Administrativo Nacional del 30 de agosto de 1973 al 17 de marzo de 1977, para un total de 1.275 semanas.

Refirió que, pese a haber trabajado para el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Aduana Nacional, desde el 02 de enero de 1951, éste sólo le certificó los servicios prestados del 06 de diciembre de 1956 al 16 de febrero de 1960, debido a que las plantillas del periodo anterior, desaparecieron en una inundación que destruyó la totalidad de los archivos; que, radicó ante el ISS, la solicitud de pensión de jubilación, la cual le fue negada mediante resolución No. 011371 de 1999, argumentando que no acreditaba el tiempo de servicios requerido por la Ley 71 de 1988, decisión contra la cual interpuso los recursos de ley, pero fue confirmada.

Manifestó que, nuevamente el 14 de enero de 2000, solicitó la pensión de vejez, la que le fue negada mediante comunicación 062-2-10 No. 1721 del 30 de mayo de 2002, por no contar con el tiempo exigido por la Ley 71 de 1988; lo que, ratificó la demandada COLPENSIONES antes ISS, a través de la resolución 00491 de 2003, donde dijo que, sólo tenía 15 años, 2 meses y 14 días cotizados entre tiempos públicos y privados, sin que pudiera contabilizar las semanas laboradas a la Industria Licorera de Magdalena, del 15 de febrero 1960 al 02 de febrero de 1979, que se excluían por ser objeto de la pensión de jubilación que ya se encontraba disfrutando; además que, tampoco podría acceder a la pensión de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por contar sólo con 504 semanas cotizadas en toda su vida laboral, de las cuales sólo 125 se encuentra dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para pensionarse.

Que, mediante resolución 042105 de 2006, le fue reconocida indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pero sólo a razón de 507 semanas cotizadas, sin incluir el tiempo de servicios a la Industria Licorera de Magdalena; que, el 20 de junio y 01 de noviembre de 2018, agotó la reclamación administrativa ante las demandadas (fls. 1-19 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO dieron oportuna contestación a la demanda, se opusieron a todas y cada una de las pretensiones y, en cuanto a los hechos aceptaron la mayoría de ellos.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, alegó que, el demandante, no acredita el cumplimiento del requisito de tiempo de servicio de 20 años exigido por la Ley 71 de 1988; además que, ya se le reconoció indemnización sustitutiva mediante resolución 042105 de 2006, considerando que contaba con 507 semanas cotizadas directamente al ISS. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y la innominada o genérica (fls. 85-104).

La **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, dijo que esa Entidad, no está facultada para reconocer, reliquidar, pagar o definir derechos pensionales; además, que, los tiempos que alega el actor, como laborados al servicio de la Aduana Seccional Santa Marta, no corresponden a los certificados por ese Ministerio y la DIAN. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe y la genérica (fls. 114-118 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 09 de junio de 2021, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las demandadas, de todas las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas al actor.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderado del demandante, interpuso recurso de apelación, argumentando que, si la Juez de Primera Instancia, no se consideraba competente para resolver la pretensión relacionada con el tiempo de servicio del señor LOCARNO BLANCO a Aduanas Nacionales entre

1951 y 1956, debió declararse incompetente desde un principio, remitiendo el expediente al correspondiente Juez, que sí pudiera conocer de esa pretensión; tiempo que además, se logró demostrar con las declaraciones extraproceso presentadas y la certificación de folio 42; que, en cuanto a los precedentes jurisprudenciales citados por la Juez de Primera Instancia, respecto a la sumatoria de tiempos públicos y privados para el reconocimiento de un derecho pensional, considera que, no sólo deben ser aplicados a los beneficiarios del régimen de transición, pues, desde el 2014, según criterio de la Corte Constitucional, pueden tenerse en cuenta incluso para aquellas personas que cumplieran los requisitos antes del 01 de abril de 1994, por lo que debe reconocérsele la pensión de vejez, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990; que, la pensión de jubilación de la cual goza el actor, es una pensión extralegal, reconocida en virtud de una Convención Colectiva, por lo tanto, es compatible con la pensión reclamada a través de esta acción, para lo cual pide tener en cuenta lo señalado en la sentencia SL5036 de 2020, donde se estudia un caso similar; que, la pensión convencional reconocida al señor LOCARNO BLANCO, lo fue con requisitos muy inferiores a los exigidos por las normas vigentes en esa época para las pensiones de carácter legal, fue otorgada antes de 17 de octubre de 1985 y nunca se suscribió documento alguno donde se estipulara que esa prestación pensional, sería incompatible con la pensión del Seguro Social ahora COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, la parte actora, solicitó que se revoque el fallo proferido por el Juez 36 Laboral del Circuito, y se acceda a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, reiterando los mismos argumentos expuestos en el recurso de apelación, sustentado en Primera Instancia.

COLPENSIONES, por su parte, pidió que se mantenga la decisión absolutoria, toda vez que el demandante, no reúne los requisitos de la Ley 71 de 1988, para ser acreedor a la prestación pensional de vejez, como se solicitó en su escrito de demanda, ya que esta normatividad exige en su artículo 7, 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y 60 años de edad para los hombres, y el actor, aunque en efecto cumplió con la edad requerida, no acreditó el número de semana suficientes; que, debe tenerse en cuenta que para realizar la sumatoria de dichas semanas se debe validar las efectivamente probadas dentro del proceso, por lo que, no es dable sumar las semanas del 02 de enero de 1951 al 05 de diciembre de 1956, ya que, el certificado CLEBP aportado al plenario sólo acredita semanas desde el 06 de diciembre del año 1956 hasta el 16 de febrero de 1960 y no se logró probar un tiempo superior, limitándose el actor, a indicar que dichos ciclos se perdieron por una inundación que ocurrió en el archivo de dicha Entidad, tal como la misma se lo hizo saber mediante certificados aportados al plenario, constituyéndose en una prueba insuficiente para demostrar lo alegado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala, deberá determinar *i)* si se logró demostrar dentro del proceso, el tiempo de servicio prestado por el demandante, a Aduanas Nacionales, entre el 02 de enero de 1951 y el 12 de febrero de 1960; y en consecuencia de ello *ii)* si el señor LOCARNO BLANCO, cumple con los requisitos legales para ser beneficiario de la pensión por aportes prevista en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 o de la pensión de vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

DEL TIEMPO DE SERVICIOS PRESTADOS A ADUANAS NACIONALES SECCIONAL SANTA MARTA

Insiste la parte actora, en que se debe reconocer el tiempo de servicio laboral para Aduanas Nacionales Seccional Santa Marta, desde el 02 de enero de 1951 y hasta el 28 de febrero de 1960, pues, pese a no existir una certificación expedida por esa Entidad, donde conste el extremo inicial de dicho vínculo laboral, lo cierto es que, las declaraciones de los compañeros del actor y la constancia de inundación de la sede del empleador en mención, donde se advierte la pérdida de los archivos con la información de los trabajadores, son pruebas suficientes para reconocer la totalidad del tiempo que asegura haber laborado en esa Entidad.

Al respecto, efectivamente obran en el plenario las declaraciones extraproceso de los señores Andrés Linero Barranco, Jaime Peralta Forero y Carmen Paulina Espejo Bermúdez, quienes, el 13 de enero de 2017, ante la Notaria Cuarta de Santa Marta, manifestaron conocer al actor, y que, éste trabajó para Aduana Nacional Seccional Santa Marta, desempeñándose como chequeador de almacén, en el periodo comprendido entre los años 1951 a 1960, lo que les consta, porque ellos también fueron trabajadores de esa Entidad, para la misma época (fls. 39-41 PDF); igualmente, el señor Jaime Peralta Forero ratificó su dicho en audiencia celebrada el 28 de agosto de 2020, ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta (Archivo 03 PDF).

También se allegó, comunicación de fecha 14 de enero de 1975, expedida por el señor Oswaldo Bermúdez Núñez, sin membrete y un sello ilegible, donde se lee que *“... la sección de Nómina y Tiempo de servicios de esta Aduana, no le puede expedir la certificación de su tiempo de servicio como Chequeador de esta Aduana durante el tiempo comprendido desde el 02 de Enero de 1.951 hasta el 30 de Febrero de 1960.- solicitado en su carta de fecha Enero 13 de 1.975. Lo anterior se fundamenta en que no existen en la actualidad nóminas de los años por usted solicitados, dichas nóminas desaparecieron a causa de una inundación que destruyó la totalidad de los archivos. Se deja constancia en la presente certificación que sí desempeñó el cargo de Chequeador con sueldo de \$350*

mensuales, por figurar en una nómina de servicio extraordinario del año 1959.-” (fl. 42 PDF); certificación expedida el 19 de octubre de 1999, por el Grupo de Archivo de la División de Servicios de la Subsecretaría de Servicios de la Secretaría Administrativa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, donde consta que el actor, prestó sus servicios para ese Ministerio del 06 de diciembre de 1956 al 16 de febrero de 1960, como chequeador de Almacenes (fl. 38 PDF); además, certificación electrónica de tiempos laborados CETIL, donde se aclara que la prestación de servicios del demandante, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se produjo del 21 de julio de 1956 al 16 de febrero de 1960 (fls. 66-74 PDF), tiempo ratificado en la historia laboral válida para bono pensional obrante de folios 123 a 125 (PDF).

Así las cosas, a más del dicho del demandante, respecto al extremo inicial de su vínculo laboral con la Aduana Nacional Seccional Santa Marta, a partir del 02 de enero de 1951, no existe dentro del plenario, prueba alguna real, seria y contundente, que permita traer certeza al respecto; por el contrario, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sí demostró a través del certificado CETIL y la historia laboral válida para bono pensional, que la relación de trabajo con el actor, comenzó el 21 de julio de 1956, como acertadamente lo advirtió la Juez de Primera Instancia, lo que conduce a confirmar la sentencia apelada en este sentido.

DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN LEY 71 DE 1990 O POR VEJEZ ARTÍCULO 12 DEL ACUERDO 049 DE 1190

Previo a establecer la procedencia o no del derecho pensional reclamado por el demandante, considera la Sala, necesario hacer las siguientes precisiones:

1. El señor CLAUDIO ARMANDO LOCARNO BLANCO, nació el 15 de diciembre de 1933 y cumplió los 60 años de edad, el mismo día y mes de 1993.
2. El actor, prestó su servicios a las siguientes entidades públicas:

ENTIDAD	TIEMPO DE SERVICIO	No. DÍAS
MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - ADUANA NACIONAL SECCIONAL SANTA MARTA (fl.66 PDF)	21/07/1956 A 16/02/1960	1.266
INDUSTRIA LICORERA DEL MAGDALENA (fl. 24 PDF)	15/03/1960 A 01/02/1979	6736
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL MAGDALENA (fl. 43 PDF)	28/09/1972 A 30/07/1973	303
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL	30/08/1973 A 17/03/1977	1277

3. También realizó cotizaciones al Seguro Social, por los siguientes tiempos:

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
5012100005	IND LICOR DEL MAGDAL	01/02/1967	29/07/1972	\$5.790	288,57	0,00	0,00	288,57
5012100005	IND LICOR DEL MAGDAL	24/02/1977	01/02/1979	\$14.610	101,14	0,00	0,00	101,14
1008215185	EDIFICIO CORAL KEYS	04/08/1987	15/04/1988	\$25.530	38,57	0,00	0,00	38,57
1008301520	LOCARNO Y LOCARNO AS	18/04/1991	30/04/1991	\$70.280	1,88	0,00	0,00	1,88
1008201021	SOC CAPIT AHORROS LI	31/07/1992	30/11/1992	\$70.280	17,57	0,00	0,00	17,57
1008300015	SEGUROS BOLIVAR S.A	01/11/1992	31/01/1994	\$81.510	65,29	0,00	4,29	61,00
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:			
					504,71			

4. De los anteriores tiempos de servicio y semanas cotizadas, los días laborados para la Contraloría Departamental del Magdalena, entre el 28 de septiembre de 1972 y el 30 de julio de 1973 y para el Departamento Administrativo Nacional, del 30 de agosto de 1973 al 17 de marzo de 1977, son periodos simultáneos, al tiempo laborado con la INDUSTRIA LICORERA DEL MAGDALENA, del 15 de marzo de 1960 al 01 de febrero de 1979, que no pueden ser tenidos en cuenta a efectos de calcular la densidad de semanas requeridas para la causación de la pensión, como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, entre otras, en sentencia del 05 de junio de 2012 radicación 42299.
5. Mediante resolución 256 del 16 de abril de 1979, la INDUSTRIA LICORERA DEL MAGDALENA, le reconoció al actor, pensión de jubilación de acuerdo a lo fijado en el artículo 6 de la Convención Colectiva de Trabajo 1975, por sus servicios prestados en el *“cargo de Almacenista desde el 15 de marzo de 1960 al 1° de Febrero de 1979 menos dos (2) meses que duró suspendido, lo que da un tiempo de (18) Años, (8) meses y (16) días”* (fls. 24-31 PDF).
6. Comoquiera que, la pensión de jubilación convencional reconocida al demandante, lo fue mucho antes de la expedición del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por Decreto 2879 del mismo año, el 17 de octubre de 1985, dicha prestación es autónoma, independiente y compatible, con cualquier otra pensión de origen legal reconocida por COLPENSIONES; por lo que, no se advierte, que al reconocer una y otra prestación se pueda incurrir en la prohibición constitucional y legal de recibir dos o más asignaciones que provengan del erario público, pues, cada derecho pensional tiene una naturaleza jurídica distinta en cuanto a su fuente y origen, uno, está a cargo de la Industria Licorera del Magdalena por haber cumplido el actor con los requisitos previstos en la Convención Colectiva de Trabajo, que es ley para las partes, y el otro en virtud de haber cumplido con un tiempo de servicio o número mínimo de cotizaciones y la edad mínima establecida en la ley.
7. Mediante sentencia SL1981 de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, abandonó criterio anterior, respecto a la no sumatoria de tiempos públicos y privados, para el reconocimiento de la pensión de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, determinado que era viable la convalidación de todos los tiempos laborados, para otorgar ese derecho pensional, pues:

“...De esta forma, el régimen de transición no es un mundo separado o excluido de la Ley 100 de 1993, es 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 significa que para estas personas la forma de computar o establecer el número de semanas se rige por lo dispuesto en el literal f) del artículo 13 y el parágrafo 1.º del artículo 33, disposiciones que, expresamente, consagran la suma de tiempos públicos, hayan sido o no objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

Por tanto, no hay razón alguna que justifique inaplicar las normas en cita para los beneficiarios del régimen de transición cuyo régimen anterior es el del Acuerdo 049 de 1990, pues, en estricto rigor, dichas personas están afiliadas al sistema general de pensiones, conforme lo prevé el artículo 15 de la Ley 100 de 1993. Luego, les asiste el derecho a la portabilidad de las semanas efectivamente laboradas, independientemente de que su empleador público no las hubiera cotizado al ISS o a otra caja o entidad de previsión social.

Con otras palabras: si los beneficiarios del régimen de transición son afiliados al sistema general de pensiones y están sometidos a su regulación -salvo los tres aspectos referidos-, ello aparece como consecuencia lógica el derecho a que las directrices y principios rectores de este sistema se les aplique, de manera axiológicamente coherente, de manera integral, tal como ocurre con la posibilidad que se contabilicen en su favor todas las semanas laboradas para el otorgamiento de las prestaciones.

(...)

iii) Los beneficiarios del régimen de transición, son afiliados del sistema general de seguridad social y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas laboradas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS, hoy Colpensiones.

(iv) Esta regla de cardinal importancia la resaltó el legislador en el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al habilitar para los beneficiarios del régimen de transición, los tiempos públicos y privados, cotizados o no a entidades de previsión social o al ISS.

(v) Para darle viabilidad a esta posibilidad legal de integrar las semanas laboradas en el sector público sin cotización al ISS, la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios regulan extensamente todo un régimen financiación de las prestaciones a través de cuotas partes y títulos pensionales...”

8. Aunque la última cotización del demandante, fue efectuada el 31 de enero de 1994, habiendo causado cualquier derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; lo cierto es que, para el 01 de

abril de 01 de abril de 1994, el señor LOCARNO BLANCO, tenía 60 años de edad y más de 15 años de servicios, únicos requisitos para acceder al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin que fuera necesaria su afiliación al entrar en vigencia el Sistema General de pensiones, para acceder a la transición pensional (Sala de Casación Laboral CSJ sentencia del 28 de junio de 2000 radicación 13410); pues, como señaló la Corte Constitucional en sentencia C-168 de 1998, el regimen de transición *“no hace cosa distinta de cumplir los mandatos contenidos en el inciso final del artículo 53, y el artículo 58 del Estatuto Superior, en el sentido de respetar los derechos adquiridos de las personas que hubiesen cumplido los requisitos para acceder a una pensión (...), como también los de quienes ya estuvieren gozando de alguna de ellas”*.

9. Tampoco se advierte que el demandante, pertenezca a algún, régimen especial de pensiones, aplicable a los servidores del sector de comunicaciones, correos, telégrafo, empleados públicos, funcionarios de los Ferrocarriles Nacionales en liquidación, Superintendencias, Fondo de previsión del Congreso, Universidades Públicas, Foncolpuertos, Banco de la República, Telecom, Inravision o Rama Judicial, entre otros, que, por la naturaleza de su actividad, tienen exigencias propias para el reconocimiento de un derecho pensional; y que, en consecuencia, harían incompatible concederle a sus beneficiarios una pensión de carácter legal; lo que no ocurre en el presente caso, donde, se reitera, la pensión de jubilación reconocida al señor LOCARNO BLANCO, por la Industria Licorera del Magdalena, no es de carácter especial, sino convencional, además, tienen causa, finalidad y regulación diferente a las pensiones legales, que persigue el actor, con esta acción.

Por todo lo anterior, contrario a lo manifestado por la Juez de Primera Instancia, considera la Sala, procedente, incluir el tiempo servido por el demandante, a la Industria Licorera del Magdalena, para determinar si procede o no el reconocimiento de la pensión de jubilación, prevista en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 o si resulta más favorable el reconocimiento de la pensión de vejez, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues, aunque no fue objeto de demanda, sí se discutió en el proceso y hubo un pronunciamiento de la a-quo, en cuanto el derecho del actor, a esta última prestación, lo que también fue objeto de alzada.

Dispone el artículo 7 de la Ley 71 de 1988:

“Artículo 7.- Reglamentado por el Decreto Nacional 2709 de 1994. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación

siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.

Parágrafo.- INEXEQUIBLE. Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente ley, tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarán aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes. Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994”

En sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, del 11 de septiembre de 2007, con radicado 29991 se dijo “*que lo que aporta el afiliado tanto en el sector oficial como en el ISS, se puede acumular de forma simultánea para el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes.*” Y en sentencia SL5113-2019 recordó que no sólo se suman los tiempos cotizados, sino aquellos donde la entidad empleadora no realizó las cotizaciones debidas, es así como expuso: “*En ese orden, se tiene que esta Sala, a partir de la sentencia CSJ SL4457-2014, 26 marzo 2014 rad. 43904, cambió de criterio y avaló la posibilidad de sumar las semanas cotizadas con el tiempo servido al sector público (no cotizado) en aplicación del régimen de la Ley 71 de 1988 (pensión por aportes), bajo el raciocinio de que el derecho pensional no puede verse truncado por la circunstancia de que la entidad empleadora no hubiese efectuado aportes a una caja de previsión social.*”.

Así las cosas, en el caso concreto, como ya se indicó, el demandante, cumplió los 60 años de edad, el 15 de diciembre de 1993, su última cotización lo fue hasta, inclusive, el 31 de enero de 1994, fecha para la cual contaba con un total de 1260,14 semanas, tanto de servicios al sector público como cotizados al ISS, superando las 1.029 requeridas en la norma, por tanto, al reunir tales requisitos incluso con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no cabe la menor duda que tiene derecho a que le sea reconocida la pensión de jubilación por aportes en los términos exigidos por el artículo 7 la ley 71 de 1988, razón por la cual, con un IBL de toda la vida laboral, por \$190.288, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75%, se obtendría una mesada pensional de \$142.716.

Por otro lado, señala el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990

ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los Sigüientes requisitos:

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
- b) 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 mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”*

Así pues, siendo el actor, beneficiario del regimen de transición, no existe discusión en cuanto al requisito de los 60 años edad, que cumplió el 15 de

diciembre de 1993; ahora, en cuanto al número de semanas cotizadas, dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión esto es, entre el 15 de diciembre de 1973 y el 15 de diciembre de 1993, el demandante, sólo cotizó 213,85 semanas, por lo que, no cumple con el requisito de las 500 semanas, dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años de edad, pero, acogiendo el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la sumatoria de los tiempos públicos y privados para el reconocimiento de la pensión de vejez, conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, tomando la totalidad del tiempo laborado por el actor, que asciende a 1.260,14, es claro que cumple con las 1000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo.

Teniendo en cuenta lo anterior, con un IBL de toda la vida laboral del demandante, esto es, \$190.288 que resulta más favorable para él, que el correspondiente a los últimos 10 años laborados, al aplicarle una tasa de reemplazo del 90%, arroja una mesada pensional de \$171.259, superior a la que le correspondiera frente a la pensión de jubilación, del artículo 7 de la Ley 171 de 1988, por lo que, habrá de revocarse la sentencia apelada, para en su lugar, condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar a favor del demandante CLAUDIO ARMANDO LOCARNO BLANCO, la pensión de vejez prevista en el artículo 12 de la Acuerdo 049 de 1990, en cuantía de \$171.259 a partir del 01 de febrero de 1994, teniendo en cuenta que su última cotización lo fue el 31 de enero de 1994, junto con los reajustes legales y mesadas adicionales de junio y diciembre, por haberse causado el derecho pensional, antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005.

INTERESES MORATORIOS DEL ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993

Señala el tenor literal del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, *“INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, 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 efectuó el pago.”*

Los intereses de mora contemplados en el artículo aludido se consideran generados cuando existe mora en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, por lo tanto, los mismos se producen de pleno derecho por el simple hecho de que la entidad se encuentre en mora de reconocer y pagar la pensión a que tiene derecho el afiliado.

De acuerdo con lo dicho, es claro que si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredite el derecho y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace, incurre en mora, por lo que, surge entonces la obligación de reconocer los intereses moratorios, salvo que el fondo de pensiones justifique su conducta con la aplicación de una norma sin tener en cuenta la

interpretación que sobre el mismo aspecto ha realizado la Corte Suprema de Justicia, según lo ha explicado la CSJ, Sala Laboral, en sentencia SL 787-2013, radicación 43602 del 6 de noviembre de 2012.

En el presente caso, quedó demostrado que el demandante, sí cumplía con los requisitos legales para acceder a la pensión de jubilación prevista en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 e incluso con los requisitos para la pensión de vejez del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, sin que COLPENSIONES, justificara su negativa a dicho reconocimiento, resulta procedente ordenar el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 21 de octubre de 2018, día siguiente al vencimiento del término con el que contaba esa Administradora para reconocer el derecho y hasta el día anterior a aquel en que se realice el pago de lo adeudado.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

El artículo 151 del CPTSS, sobre la prescripción de los derechos en materia laboral indica: *“PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”*

Aclarado lo anterior, ha de advertirse que el derecho pensional es a todas luces imprescriptible, no ocurriendo lo mismo con las mesadas pensionales, las cuales prescriben si transcurridos tres años de su causación no se reclaman.

En el presente caso, el demandante, solicitó el reconocimiento del derecho pensional ante COLPENSIONES, el 20 de junio de 2018, la que se resolvió de forma negativa con resolución SUB 187391 del 13 de julio de 2018, por lo que optó por impetrar la presente demanda como consta en el acta individual de reparto el 29 de enero de 2019; de ahí que se entiendan prescritas todas y cada una de las mesadas anteriores al 29 de enero de 2016; ascendiendo el retroactivo pensional desde esa fecha y hasta la de la presente decisión a la suma de \$75.933.767, valor al que se condenará a COLPENSIONES, sin perjuicio de las demás mesadas que se causen con posterioridad y hasta al momento de reconocimiento y pago de la pensión otorgada.

Finalmente, comoquiera que, el entonces INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, mediante resolución 042105 del 18 de octubre de 2006, le concedió al demandante, indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por la suma de \$843.133, se autorizará a COLPENSIONES, a descontar dicho valor del retroactivo pensional antes mencionado.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

Sin Costas en esta Instancia. Se revocan las de Primera Instancia, que serán a cargo de COLPENSIONES.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 09 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., para en su lugar, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a favor del demandante CLAUDIO ARMANDO LOCARNO BLANCO, la pensión de vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, en cuantía de \$171.259, a partir del 01 de febrero de 1994, junto con los reajustes legales y mesadas adicionales, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a favor del demandante CLAUDIO ARMANDO LOCARNO BLANCO, la suma de SETENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$75.933.767.00) por concepto de retroactivo pensional, causado hasta la fecha de la presente decisión, sin perjuicio de que se incluya en él las mesadas pensionales que se generen hasta el reconocimiento del derecho pensional.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a favor del demandante CLAUDIO ARMANDO LOCARNO BLANCO, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 21 de octubre de 2018 y hasta el día anterior a aquel en que se realice el pago de lo adeudado, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción de los derechos causados con anterioridad al 29 de enero de 2016, de acuerdo a lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: AUTORIZAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a descontar del retroactivo pensional, la suma de ochocientos cuarenta y tres mil ciento treinta y tres pesos m/cte (\$843.133), cancelados al señor CLAUDIO ARMANDO LOCARNO BLANCO, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, mediante la resolución 042105 del 18 de octubre de 2006.

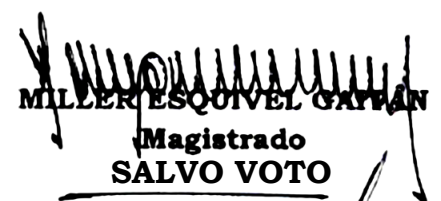
SEXTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

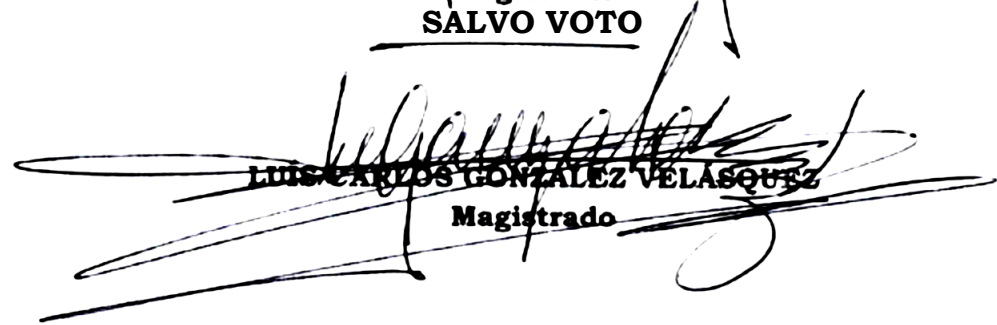
SÉPTIMO: Sin Costas en esta Instancia. Se revocan las de Primera Instancia, que serán a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GARMÁN
Magistrado
SALVO VOTO


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado