

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 28 2017 033 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: NOHEMI GUEVARA MASABEL
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 1 de abril de 2019, proferida por el Juzgado Veintiocho laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por el apoderado de la demandada PORVENIR S.A. y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior, para presentar alegaciones, se recepción por vía correo electrónico, los de la parte demandada.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 033 01 Dte: NOHEMI GUEVARA
MASABEL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Solicitó la parte actora se declare la nulidad del traslado inicial del régimen en el que se encontraba como trabajadora oficial del banco Popular, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.

Que se ordene la afiliación inmediata de la actora al sistema de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES y se ordene al Fondo privado PORVENIR S.A. la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual e la actora, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora con los rendimientos causados.

Finalmente solicitó se ordene a COLPENSIONES efectuar la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida con el fin de seguir cotizando como empleada dependiente del Banco Popular. (fl.- 18-19)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 12 de octubre de 1.959.
- Que efectuó cotizaciones como empleada pública en el cargo de secretaria de saneamiento en el servicio de salud del Guaviare desde el 1 de febrero de 1984 hasta el 28 de febrero de 1985, en la Caja de Previsión Social.
- Que inició a prestar servicios en el Banco Popular en calidad de empleada oficial desde el 05 de febrero de 1985, por lo que al 1 de abril de 1994, el sistema pensional en el que se encontraba afiliada la actora era la ley 33 de 1985.
- Que el Banco Popular la afilio a Porvenir a partir del 24 de agosto de 1994.
- Que al momento de la afiliación el fono privado no le informó que al ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 033 01 Dte: NOHEMI GUEVARA
MASABEL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Ley 100 de 1993, tenía derecho a pensionarse bajo la noma anterior, el cual le permitía unas condiciones más favorables.

- Que PORVENIR no le suministró el cálculo actuarial que le permitiera establecer el valor de la mesada pensional en cada uno de los regímenes
- Que el Fondo Privado en su afán por capturar de forma masiva a os afiliados y lograr su beneficio particular, faltó por completo a su deber profesional de analizar la situación pensional particular de aconsejar de forma honesta y diligente sobre la conveniencia o no de su traslado.
- Que el día 17 de febrero de 2016, solicitó la nulidad del traslado inicial de régimen pensional ante los fondos demandados, pero dicha solicitud fue despachada de manera desfavorable (fl.- 7-11)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 y 23 a 25, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y declaratoria de otras excepciones. (fl. 86 - 90).

Por su parte la demandada **PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales a, 23 y 24, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento son justa causa y la innominada o genérica. (fl. 103 - 114).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 033 01 Dte: NOHEMI GUEVARA
MASABEL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

El Juzgado de conocimiento, declaró la ineficacia de la afiliación que hiciere la demandante a PORVENIR S.A; condenó a esta a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, con todos sus frutos e intereses legales y ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado y la afiliación de la actora (fl. 168).

Fundamentó su decisión en síntesis la Juez de primer grado señalando que la controversia radica en determinar si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual por cuanto considera que la demandada PORVENIR no le brindó la información correcta y necesaria al momento de realizar su traslado de régimen.

De acuerdo a lo anterior, y para la resolución de los argumentos expuestos por las partes y como quiera que en primer lugar se ataca o se predica la nulidad de la afiliación, trajo a colación lo establecido respecto al tema por la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 con ponencia del Doctor Eduardo López Villegas.

Posteriormente señaló que de la lectura de lo anterior y contrario a lo que señalan las demandadas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la administradora del régimen de ahorro individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Reseñó la totalidad de las pruebas allegadas a los autos para concluir que la única prueba que existe es el formulario mediante el cual la actora se vinculó a la demandada PORVENIR, en el cual se encuentra plasmada su firma; no obstante lo anterior, no encuentra que por el solo hecho de la firma del



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 033 01 Dte: NOHEMI GUEVARA
MASABEL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

mentado formato de afiliación se pueda entender que le fue brindada toda la información necesaria, todo lo contrario, ya que de conformidad con el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, es la parte demandada la que está en la obligación de informar a la actora todas las consecuencias de su traslado y probar en el presente juicio dicha afirmación.

Así las cosas encontró que la actora en el presente caso, no debía probar que la información que le fue suministrada al momento del cambio de régimen fue escasa y tampoco se estuvieran alegando vicios de consentimiento como error fuerza o dolo; por cuanto según lo señalado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de casación laboral, lo que genera la nulidad de la afiliación, es la omisión de informar a la actora los pormenores de su traslado, por lo que la carga de la prueba de conformidad con la jurisprudencia antes transcrita radica en cabeza de las demandadas, y se reitera, en el presente caso la actora no debe llevar al despacho a la certeza de sus afirmaciones, y era la parte demandada quien contaba con todos los medios probatorios, llámense testimoniales, documentales etc, para demostrar que la información suministrada fue totalmente clara y que se le informó, no solo lo favorable sino lo desfavorable del cambio, pruebas que brillan por su ausencia, ya que se reitera, no se aportó prueba alguna al respecto.

Señaló que es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene valor para acreditar esas estipulaciones, no menos cierto que, el ordenamiento jurídico también establece como principio de trascendencia legal y constitucional, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, por tal motivo no le basta a la demandada con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por la demandante como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de la situación de la actora.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 033 01 Dte: NOHEMI GUEVARA
MASABEL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Igualmente, trajo a colación la sentencia proferida por la H. Corte Suprema de Justicia, SL 19447 de 2017, radicado 47125 del 27 de septiembre del año en curso del año 2017 y de conformidad con lo anterior, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante demandada PORVENIR S.A., y la condenó a trasladar a la demandada COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y comisiones cobradas con todos los frutos e intereses legales. Igualmente ordenó a la demandada COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida.

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, es de advertir que la acción de nulidad deprecada, no está sometida al término de prescripción trienal, ya que éste asunto está ligado al derecho pensional en sí, razón por la cual no puede verse afectado por el fenómeno de la prescripción.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada PORVENIR S.A. (20:50), interpuso recurso de apelación en el que solicita se revoque la sentencia antes proferida y en su lugar se absuelva a su representada de las pretensiones de la demanda.

Argumentó la recurrente que el Despacho indica que no se probó la información dada a la demandante y por línea jurisprudencial también indica que no se evidencia una proyección pensional y tampoco se observa de manera exacta que se hubiera indicado los términos de la asesoría a la demandante y declara la ineficacia de la afiliación.

Al respecto debe decirse que en primer lugar la demandante al 1 de abril de 1994, no tenía 750 semanas, por lo que no s del régimen de transición y esa



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 033 01 Dte: NOHEMI GUEVARA
MASABEL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

es la condición principal para que la demandante tuviese en este caso lugar al traslado en cualquier tiempo.

Observamos en la historia laboral de la oficina de bonos pensionales, la actora contaba con 131,29 semanas al 1 de abril de 1994, por tanto no es del régimen de transición. De otra parte el deber de información no está en discusión en el presente proceso, ya que porvenir acepta que si existió el deber de información, sino que para dicha fecha no era obligatorio dejar una documental adicional para constancia de la asesoría ello se vino a dar después del año 2014, donde se obliga a ello. Considero que por vía de jurisprudencia y no por que se hubieran probado los hechos facticos alegados por la parte demandante.

Considero también que no hubo un esfuerzo probatorio por parte de la demandante en consideración a que esos mismos hechos no los probó en el proceso, ya que solo hizo manifestaciones a la no asesoría.

No se está dando aplicación al art. 13 de la ley 100 de 1993, ya que la manifestación lo fue por escrito y no puede echarse de menos el formulario de afiliación, con el cual se demuestra la asesoría.

No es de recibo que la demandante después de 24 años alegue una nulidad máxime cuando quien regula los vicios del consentimiento, es el C.C. y por analogía nos remitimos a él, se tiene que los vicios del consentimiento son el error la fuerza y el dolo por lo que para la fecha en la que se trasladó la actora no había norma expresa que la obligara a documentar la asesoría.

Señala que en el presente proceso no se solicitó la ineficacia del traslado sino la nulidad del mismo, por lo que no podía emitir la Juez esta condena. Que la jurisprudencia utilizada únicamente hace referencia a personas que tenían una expectativa legítima o eran beneficiarios del régimen de transición, circunstancias que no cobijan a la actora.

CONSIDERACIONES



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 033 01 Dte: NOHEMI GUEVARA
MASABEL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos por la demandada PORVENIR S.A. en su recurso de apelación, procede la Sala al estudio de la nulidad del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora NOHEMI GUEVARA MASABEL, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada PORVENIR S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 033 01 Dte: NOHEMI GUEVARA
MASABEL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 033 01 Dte: NOHEMI GUEVARA
MASABEL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

de engaño, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el actor como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión en este sentido, proferida por la Juez de conocimiento.

**HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES APROBADAS UNÁNIMEMENTE
POR LA SALA.**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 033 01 Dte: NOHEMI GUEVARA
MASABEL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Además de lo anterior, a juicio de los demás Magistrados, se autorizará a COLPENSIONES para que obtenga, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial 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 de fecha 1 de abril del año 2019, proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito y que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, señora NOHIMI GUEVARA MASABEL.

SEGUNDO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

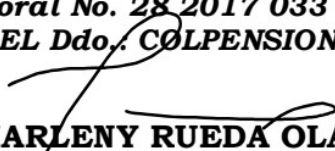
Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 033 01 Dte: NOHEMI GUEVARA
MASABEL Ddo. COLPENSIONES Y OTRO**


**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

(salva voto parcial respecto de la autorización dada a Colpensiones para
que inicie acción judicial)


**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.


**HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28 2017 033 01 Dte: NOHEMI GUEVARA
MASABEL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Me aparto parcialmente de lo resuelto por la mayoría de La Sala en sentencia compartida en lo que tiene que ver con la autorización a COLPENSIONES para iniciar acciones en caso de sufrir perjuicios ya que este es un asunto que no le compete al Juez, es de la autonomía de las entidades determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder e iniciar o no las acciones pertinentes.



MARLENY RUEDA OLARTE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No 27-2016-727-01

ASUNTO: CONSULTA

DEMANDANTE: LISBETH MAYERLY VILLAMIL GIL

DEMANDADO: AEROREPUBLICA S.A. hoy COPA AIR LINES
COLOMBIA

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferido por la Juez Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el día primero (1) de abril de dos mil diecinueve, por medio del cual resolvió NEGAR las pretensiones de la demanda y **ABSOLVER** de las mismas a **AEROREPUBLICA S.A.** (fls 317 y 318).

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la parte demandada la que solicita se confirme la decisión de primer grado.

HECHOS

La señora **LISBETH MAYERLY VILLAMIL GIL**, a través de apoderado instauró demanda en contra de **AEROREPUBLICA S.A hoy COPA AIRLINES COLOMBIA**, para que mediante un proceso ordinario de primera instancia se declaré que el despido de fecha 1 de marzo de 2016, fue sin justa causa. En consecuencia, solicita el pago de indemnización del art 64 del CST, salarios no pagados, prestaciones, vacaciones, indemnización del art 65 del CST, indexación aportes, sanción del art 26 dela ley 361 de 1997, extra y ultra petita y agencias en derecho. En forma subsidiaria solicita el reintegro, pago de salarios y prestaciones dejados de percibir entre el

despido y el reintegro, indexación, sanción del art 26 de la ley 361 de 1997. (fls 87 al 99).

Como fundamento de sus pretensiones y, en síntesis, afirma la demandante que el 3 de abril de 2008, celebró contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, con AEROREPUBLICA SA, que el cargo a desempeñar era el de tripulante de cabina, que el 13 de junio de 2016 se certificaron sus funciones, que estas subsisten en la empresa, que el 1 de marzo de 2016 le entregan un aviso de no prorroga de acuerdo con el artículo 46 de la ley 361 de 1997, que la empresa continúa ejecutando su objeto social y por ello se infiere el contrato terminó sin justa causa, que no ha pagado indemnización, ni liquidación de manera completa, que en el 2012, la demandante fue diagnosticada con lumbago no especificado, otras sinovitis, y tenosinovitis, sin que la demandada tuviera en cuenta las recomendaciones médicas, lo anterior afirma, se prueba pues en el 2016 asistió a una cita con ortopedia, en la que le ordenaron una serie de exámenes, que el 28 de enero de 2016, sufrió un accidente de trabajo, en vuelo, sufriendo una lesión en su pie, fue incapacitada tres días y aun a la fecha de la demanda no se ha recuperado, por lo que no puede trabajar en su profesión de asistente de vuelo, que a pesar de haber informado la demandada no prorroga el contrato, que la demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada. (fls 82 al 99).

La demanda fue contestada mediante apoderado, quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, afirmando que el contrato terminó de conformidad con lo establecido en el art 46 del C S T, luego no hay despido sin justa causa. Aseguró además que la demandada canceló todo lo adeudado y que, a la fecha de la terminación del contrato, la demandante no se encontraba amparada por la ley 361 de 1997, no tenía ninguna limitación severa y profunda. En cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1,2,3, 3, esto es los relativos al contrato y aviso de no prorroga, negó los demás. Propuso las excepciones de falta de requisitos de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, improcedencia del reintegro, prescripción y genérica. (fls 145 a 183).

Tramitada la primera instancia la juez 27 Laboral tomó la decisión que hoy revisa la Sala afirmando en síntesis que: *“....el problema jurídico que corresponde dilucidar al despacho se centra en determinar si para la fecha en que la demandada finalizó el contrato de trabajo de la señora Lizbeth Villamil Gil, esto es para el 2 de abril de 2016 estaba amparada por la estabilidad laboral reforzada y por ende la empresa Aerorepublica S.A, solo podía terminar el vínculo laboral con autorización del Ministerio del trabajo. Como premisas normativas tenemos los artículos 46 y 61 del CST el art 26 de la ley 361 de 1997 la sentencia C-531 del 2000, de la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis la sentencia 42.451 del 29 de junio del 2016 de la sala de Casación Laboral y la sentencia 53.394 del 11 de abril de 2018 con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Como premisas fácticas tenemos las siguientes entre los años 2008 y 2016 la señora*

Lizbeth reportó a la empresa Aerorepublica los siguientes periodos de incapacidades del 17 de julio al 18 de julio de 2008 folio 72 del 14 al 15 de septiembre de 2008 folio 67 del 19 al 21 de septiembre de 2008 folio 68 del 29 al 30 de noviembre de 2010 folio 70, la certificación que obra a folio 251 a 252. Respecto a las incapacidades otorgadas a la trabajadora no será tenida en cuenta por no tener certeza el despacho, que la entidad la emitió, pues no está firmada. El 27 de septiembre de 2012 la administradora de riesgos profesionales Sura, realizó un estudio del puesto de trabajo de la señora Lizbeth según se verifica a folio 230 a 244, del plenario el 30 de octubre de 2012 la empresa Aereorepublica remitió a Compesar EPS, historial de cargos de la señora Lizbeth y la descripción detallada de las funciones desarrolladas en el cargo de tripulante de cabina folio 245. El 01 marzo de 2016 la empresa demandada comunicó a la demandada su decisión, de no renovar el contrato de trabajo que finalizaba en 02 abril de 2016, como consta a folio 32 del plenario. El 13 de junio de 2016 la comisión medico laboral de la administradora de riesgos laborales Sura Comunicó al medico jefe de salud de trabajo de Aereorepublica, que el caso de la señora Lizbeth registra un evento del 18 de diciembre de 2011, por el que recibió atención en urgencias, no volvió a consultar y no se recibieron incapacidades para tramite. En septiembre de 2012 se solicitó estudio del puesto de trabajo por diagnóstico de lumbago, no especificado y un evento del 28 de enero de 2016 que se aceptó como accidente de trabajo en atención médica y en ultima valoración del 21 de junio remiten a control de ortopedia. A folio 246 el 06 de septiembre de 2016 nuevamente la comisión medico laboral de la ARL Sura remitió comunicación en el mismo sentido al médico jefe y salud en el trabajo en Aerorepublica, a la que se agregó al evento del 28 de enero de 2016 que había citas programadas por diferentes especialidades desde el 06 de abril de 2016 hasta el 19 de agosto de 2016 y además “no tenemos recomendaciones de este evento que continua en seguimiento médico” folio 247. **El 22 de diciembre de 2016, la administradora de riesgos laborales notificó a la señora Lizbeth, el dictamen de calificación de secuelas por el accidente de trabajo recurrente al 28 de enero de 2016 mediante el cual se determinó que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral es del 0% folio 248 y 249 del plenario.** Las declaraciones de los señores José francisco Medina Sepúlveda, Luis Fernando Galindo Gómez, así como las manifestaciones de las partes en los interrogatorios de parte no ofrecen mayores elementos de juicio al despacho para resolver el problema jurídico planteado, toda vez que lo que hacen es reiterar lo que se puede verificar en las pruebas documentales aportadas al proceso y que se relacionaron en líneas anteriores. **Teniendo en cuenta las premisas fácticas y normativas concluye el despacho para el 2 de abril de 2016 fecha de terminación del contrato que la vinculaba con la empresa de Aerorepublica la señora Lizbeth no padecía una limitación física psíquica o sensorial y con el carácter de moderado esto es que se enmarcara dentro de los porcentajes de la pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15 % como para merecer la especial protección de que trata el art 26 de la ley 361 de 1997 y tal como lo indico la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias tomadas como premisas normativas, toda vez que no es suficiente el quebrantamiento de la salud del trabador o encontrarse en incapacidad médica para considerarlo un sujeto de especial protección a través de la estabilidad laboral reforzada que se pregona en este proceso pues debe verificarse que la actora se encuentre en los límites porcentuales que señala la sentencia tomada como premisa normativa.** Tan cierto es lo anterior que para la fecha en que fue comunicada por la empresa su decisión de no renovar el contrato a término fijo que vinculaba a las partes y la de la finalización del vínculo laboral; **la señora Villamil no estaba incapacitada no había recomendaciones médicas laborales que se hubieran comunicado a la empresa ni había iniciado proceso de calificación de perdida de la capacidad laboral.** Si bien es cierto que hubo 2 eventos que ameritaron la atención de la EPS y de la ARL los días 11 de diciembre de 2011 y 28 de enero de 2016, respecto del primero de ellos la ARL Sura certificó que la demandante no volvió a consultar y no se recibieron incapacidades para tramite, en septiembre de 2012 se solicitó estudio del puesto de trabajo por diagnóstico de lumbago no especificado y tenosinovitis no se ha recibido concepto de calificación de origen de EPS y respecto del segundo evento certificó que había citas programadas por diferentes especialidades desde el 06 de abril de 2016 hasta el 19 agosto de

2016. **No hay registro de recomendaciones médicas y hasta el 22 de diciembre de 2016 la administradora de riesgos laborales notificó a la señora Lizbeth el dictamen de calificación de secuelas por el accidente de trabajo ocurrido el 28 de enero de 2016 mediante el cual se determinó el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral es del 0%. Es decir, reitero, para la fecha de terminación del vínculo y para la fecha de terminación del contrato no hay registro de que la demandante se encontrara en algún tratamiento médico que hubiesen recomendaciones médicas remitidas al empleador o que hubiese una disminución en su capacidad laboral.** Ahora debe tenerse en cuenta aun cuando lo que pretendió la ley 361 de 1997 al establecer la prohibición de despedir a trabajadores en condición de discapacidad que consagra en su artículo 26, es impedir que ese despido de la desvinculación laboral obedezca justamente a la disminución física del trabajador y por esta razón se establece la obligación que ese despido solo pueda hacerse con justa causa donde debe evaluar previamente el Ministerio del Trabajo, en el caso que atiende la atención del despacho además que no se considera a la demandante como limitada física por las razones ya expuestas y por ende no está cobijada por la presunción contenida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 lo que basta para concluir, no estaba amparada por la estabilidad laboral reforzada. **Pero si aun en gracia de discusión, lo estuviera el contrato de trabajo que la vinculaba a la empresa Aerorepublica finalizó por una causa legal como es la finalización de un contrato de trabajo a término fijo la cual fue comunicada oportunamente que en debida forma por su empleadora lo que quiere decir que el contrato no terminó por razón de su condición médica si no por una razón objetiva prevista en el artículo 61 del CST por lo que no opera tampoco la protección prevista en el art 26 de la ley 361 del 97, pues el contrato finalizó por una causal objetiva de terminación,** más allá de si se contrató a nuevos tripulantes de cabina de pasajeros, lo cierto es que el artículo 46 CST permite la existencia de contratos a término fijo y que el artículo 61 de la misma norma señala como causa de terminación del contrato la expiración del plazo fijo pactado, a esa misma conclusión arribó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 53.394 que se tomó como premisa normativa cuando señaló "(cita la sentencia)"

Así las cosas y para la fecha de finalización del contrato de trabajo, la demandante no se encontraba amparada por la estabilidad laboral reforzada, por lo que su contrato de trabajo podía ser finalizado por vencimiento del término pactado y sin autorización del Ministerio del Trabajo como lo hizo la empresa Aerorepublica, por lo que no están llamadas a prosperar las pretensiones formuladas en la demanda.

El segundo problema jurídico es determinar si la empresa demandada debe re liquidar las prestaciones sociales de la demandante, para incluir dentro de su liquidación el valor de los pagos extralegales, que se hicieron a la trabajadora durante el vínculo laboral que existió. Para resolver este problema jurídico tenemos en cuenta los artículos 127 y 128 del CST como premisa fáctica tenemos que el 7 de junio de 2008 se celebró la señora Lizbeth Villamil Gil y la empresa Aerorepublica una cláusula adicional al contrato de trabajo que las vinculaba en virtud de la cual se otorgó a la trabajadora un auxilio extralegal de alimentación y uno extralegal de transporte, **acordaron expresamente que no constituían salario de las premisas fácticas y normativas relacionadas se concluye que existió entre las partes ese pacto expreso de exclusión salarial respecto de los beneficios pactados expresamente como no salariales** en el otro si al contrato de trabajo celebrado entre las partes, **como quiera que no se demostró cual era la finalidad de los servicios como para establecer si era una contraprestación directa por el servicio prestado.** No puede este despacho condenar a que se re liquiden estas prestaciones sociales y demás emolumentos laborales devengados por la señora Villamil Gil pues tales pagos se calcularon sobre el factor devengado, por la trabajadora que constituía salario los demás elementos fueron excluidos del salario por disposición expresa de las partes son suficientes las razones para negar las pretensiones de la demanda y declarar probada las excepciones de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido falta de título y causa formuladas por la demandada y condenar en costas a la demandante en la suma de 1.000.000 de pesos como agencias en derecho..”

Como la sentencia no fue apelada conoce el tribunal, se itera, en grado jurisdiccional de **CONSULTA**.

CONSIDERACIONES

Bien atendiendo a las pretensiones de la demanda, y dado el grado jurisdiccional de consulta, que lo primero a determinar es si la demandante era un sujeto de especial protección de acuerdo con lo consagrado en la ley 361 de 1997, resolviendo en conjunto los demás temas planteados, esto es, clase de contrato, terminación del mismo, reliquidación y pago de indemnizaciones derivadas no solo de la terminación unilateral y sin justa causa, sino de las derivadas de la estabilidad laboral reforzada que sostiene la demandante, la amparaba.

Está acreditado incluso desde lo afirmado en la demanda y con la documental aportada, que el tipo de contrato celebrado entre las partes fue a término fijo, inferior a un año, el cual aparece a folios 184 y siguientes del expediente, con fecha de iniciación 3 de abril de 2008, prolongándose hasta el 2 de abril de 2016, lo cual indica que se convirtió, **de acuerdo con lo establecido en el artículo 46 del C S T, en un contrato a término fijo de un año.**

En este punto conviene precisar tal y como lo hizo la Juez de primera instancia, que este tipo de contratos jamás mutará a indefinido, por lo que nada interesa establecer si luego del aviso de no prorroga, la demandada continuó o no desarrollando las actividades, para las que contrató a su trabajadora, pues desde el inicio, la duración del contrato fue definida por acuerdo entre las partes, dado que el de trabajo es eminentemente consensual, luego el argumento planteado por la parte actora, en el que señala que esta circunstancia da lugar a un despido injusto, carece de sustento.

También se encuentra acreditado y así aparece a folio 210 del expediente que la demandada, **AEROREPUBLICA SA** hoy **COPA AIRLINES Colombia**, mediante comunicación de fecha 1 de marzo de 2016, avisó a la demandante su deseo de no prorrogar el contrato, en estricto apego de lo que ordena la Ley en el artículo 46 del C S T, **luego no hay duda el contrato finalizó por vencimiento del plazo pactado.**

Definido lo anterior lo que trae desde luego la consecuencia del fracaso del pago de indemnización por despido sin justa causa, debe decir la Sala que tal y como señaló la Juez, al momento en que se terminó el contrato no existía calificación de pérdida de capacidad laboral, limitación alguna en ningún grado, ni siquiera incapacidad o recomendaciones médicas, que situaran a la demandante como persona amparada con la estabilidad laboral reforzada, prevista en la Ley 361 de 1997.

Al respecto conviene recordar que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el Decreto 019 de 2012 indica que “En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. **Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio de Trabajo...**”

La anterior Ley fue expedida **con el fin** de garantizar una protección integral y readaptación social del limitado físicamente en un grado de moderado, severo o profundo, lo cual se deduce del artículo 1º y 5º de la norma en mención, esto es, que no hacen parte de esa población protegida los demás limitados que no padecen ese grado de minusvalía y se estableció en el artículo 26 la prohibición para los empleadores **de obstaculizar una vinculación laboral por motivo de la limitación física de una persona**, a menos, que esta se demuestre como incompatible o insuperable para el ejercicio del cargo, **lo cual persiste independientemente de las discusiones sobre derogaciones y vigencia.**

Sobre el tema la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencia 35606 de 2009, 36115 de 2010, 41845 de 2012, 42451 de 2016 y en la más reciente 46842 del 22 de febrero de 2017, **señaló que dicha estabilidad no se otorga con el sólo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, pues debe acreditarse la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral, para lo cual enseñó una serie de requisitos que se exigen para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 como son: “(i) Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y (iii) Que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio de la Protección Social.**

Es claro entonces, que para que opere la protección al momento del despido debe existir o bien discapacidad o bien un estado de debilidad manifiesta que también y según lo ampliamente analizado tanto por la Corte Suprema como por la Corte Constitucional da lugar a la protección contenida en la Ley 361 de 1997, **pues si ella existe el despido se presume discriminatorio, debiendo la demandada probar que no lo fue, que obedeció a una razón objetiva y no a tal condición.**

Revisado el expediente, se itera, resulta evidente, **que la demandante no se encontraba en ninguna de las situaciones antes descritas**, obsérvese como la evaluación al puesto de trabajo por riesgo osteomuscular (fls 230 y siguientes), tuvo lugar **en 2012** y la actora permaneció laborando por cuatro años más, luego no hay indicio alguno que la condición de la demandante fuera el motivo de la terminación del vínculo, sin olvidar que fue el vencimiento del plazo la razón de este finiquito.

Es así como uno de los accidentes que sufrió la demandante en un vuelo tuvo lugar varios años antes de la terminación del contrato. Por ese evento la demandante recibió atención de urgencias, pero nunca volvió a consultar y que, **en enero de 2016, sufre otro accidente, que el genera trauma en un pie, lo que solo ocasiona una incapacidad corta, pero que solo en junio de ese año luego de la terminación del contrato da lugar a una valoración de ortopedia.** (ver folio 246 informe de SURA).

Finalmente, dicho incidente según la documental visible a folio 248, expedida por SURA, **no generó pérdida de capacidad laboral**, sin que sobre reproducir el texto en el que se indica:

*“.. **ARL SURA** atentamente le notifica el dictamen de calificación de secuelas en primera oportunidad por el **ACCIDENTE DE TRABAJO** ocurrido a Usted el 28 de enero de 2016, mediante el cual se determinó el porcentaje de pérdida de su capacidad laboral.*

De conformidad con lo estipulado en el Decreto 1507 Agosto (sic) 12 de 2014, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral fue del 0.0%. Anexamos copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral que le fue realizado”

De otra para corroborar lo afirmado que solo puede llevar a la confirmación de la sentencia de primera instancia, por acertada, basta con revisar el historial de incapacidades de la demandante, que detallan como estas fueron expedidas por 2 y 3 días en diferentes periodos de 2008 a 2013, continuando en su labor la demandante se itera, por varios años más, indicando esto que nunca fue intención de la demandada desvincular a la demandante por causas de salud. (fls 251 y 252)

Así que ni antes ni al momento de la terminación del contrato en verdad existía un diagnóstico, una incapacidad y menos aún una limitación, se itera, que ubicara a la trabajadora en las situaciones descritas.

Que se hubiesen dado eventos catalogados como accidentes de trabajo, no es ni siquiera un indicio para determinar que el empleador iba a presumir por tal causa, una discapacidad y menos aún que ubiquen, - se insiste por su relevancia-; a la trabajadora en estado de debilidad manifiesta.

Y es que definitivamente no todo estado de salud deteriorado conduce a un estado de debilidad manifiesta o grado alguno de discapacidad, ni aún las incapacidades lo indican, pues lo que se espera, es la recuperación de la salud, por eso es que en cada caso en particular **debe analizarse si en verdad existía la condición en el momento del despido o terminación por otro evento del contrato, pues si es así se presume discriminatorio, como por ejemplo cuando son constantes las incapacidades, son conocidas por el empleador, son de tal seriedad que se prolongan en el tiempo y originan recomendaciones específicas, de las que en este caso definitivamente no hay prueba.**

Por tanto, en este caso, no se puede presumirse circunstancia discriminatoria alguna, como para dar aplicación a las sentencias de la Corte Suprema al respecto, como la sentencia SL 12998 Rad 49321 de nov 29 de 2017 MP JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ y la SL 1360 de 2018 de abril 11 de 2018 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, que explican detalladamente el tema.

Justamente en esta última providencia la Corte aclara que si se acredita que al momento del despido existía esta condición, el despido se presume discriminatorio, luego corresponde al demandante probar primero que hubo un despido- que no sucedió- y segundo su situación de limitación discapacidad, debilidad manifiesta, para que surja la presunción, pues sabido es que para que operen las presunciones debe existir un hecho indicador demostrado por quien alega existe, en este caso la trabajadora a quien le basta probar su condición de discapacidad, limitación o debilidad manifiesta en el momento de la finalización del vínculo para que se abra paso, se itera, la presunción, otorgándole una ventaja probatoria al respecto, ya que en ese caso deberá demostrar la demandada que el despido obedeció a razones objetivas y no por el estado de salud ya acreditado.

En consecuencia y como se insiste al momento del despido no existía ninguna de las condiciones para considerar al actor sujeto de especial protección, no debía la demandada acudir al Ministerio de Trabajo para obtener autorización, que dicho sea de paso como ha señalado la Corte solo procede cuando la finalización del contrato obedece a ese estado, pues si logra demostrar razones objetivas; no lo será.

Finalmente, no sobra traer a colación la sentencia SL5181-2019 Radicación N° 68610 de veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), allí aclara y mantiene la Corte Suprema el criterio sobre el grado de discapacidad que genera la protección, pues el objetivo de la norma no es que un trabajador apto para laborar, aunque con estados de salud manejables y por ende controlados se perpetúe en el cargo, cuando existen razones objetivas para que el empleador termine el contrato, mediante las herramientas legales que le otorga la ley. Señaló la corte allí:

“(…)

Se ha explicado, a partir de su finalidad, que la citada normativa contiene un régimen de carácter especial, que trasciende el campo del Sistema de Seguridad Social Integral, por cuanto su protección va más allá de las garantías que este régimen cubre; **por ende, su propósito no es otro que la protección de los derechos fundamentales de las personas con limitaciones, previendo para quienes las padecen en los grados de «severas y profundas» la asistencia y protección necesarias, así lo contempla su artículo 1º, al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, de modo que delimita el campo de su aplicación, como ya quedó dicho, a quienes padecen una invalidez significativa.**

En desarrollo de esta normativa y especialmente en lo que tiene que ver con las personas a que está dirigida la protección especial que consagra, **según el grado de su limitación**, se dispone en el artículo 5, que los individuos con limitaciones deberán aparecer como tales en el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, y corresponde a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley en comento.

Dicha identificación, sólo con el propósito de hacerse visibles ante la sociedad y lograr su integración en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Indubitadamente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

En su articulado se toman como parámetros, los diferentes grados de invalidez a que se hizo alusión para establecer condiciones que garanticen su incursión en el ámbito laboral o que los haga merecedores de la protección del Estado, entre otros, en el campo de vivienda, seguridad social y educación. Ejemplo de ello es que el artículo 24 garantiza a los empleadores que vinculen laboralmente a personas en situación de discapacidad, que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitaciones, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados, siempre que sus nóminas tengan como mínimo el 10% de empleados en situación de discapacidad; en el 31 se dispone que los empleadores que ocupen trabajadores con limitación no inferior al 25% «comprobada y que estén obligados a presentar declaración de renta y complementarios, tienen derecho a deducir de la renta el 200% del valor de los salarios y prestaciones sociales, pagados durante el año o período gravable a los trabajadores en situación de discapacidad, mientras estas subsistan», y el 37 establece, que el Gobierno, a través del ICBF, y en cooperación con las organizaciones de personas con discapacidad, apropiará los recursos para crear una red nacional de residencias, hogares comunitarios y escuela de trabajo para atender las personas con limitaciones severas. Sobre este tema se pueden consultar las sentencias CSJ SL, 15 jul. 2008, rad. 32532 y CSJ SL, 25 mar. 2009, rad. 35606.

Así, queda en evidencia que la Ley 361 de 1997, se encarga fundamentalmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su invalidez está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo.

Ahora, como la aludida ley no determina los extremos en que se encuentra los distintos grados de severidad de la discapacidad, debe acudirse al artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, que sí señala los citados parámetros, en los términos del artículo 5º de la Ley 361 de 1997, de la siguiente manera: discapacidad «moderada» es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre

el 15% y el 25%; «severa», la que es mayor al 25%, pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral y «profunda» cuando el grado de invalidez supera el 50%.

En consecuencia, la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Ministerio de la Protección Social, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral; cuya acreditación no depende de una prueba especial o forma instrumental determinada, ya que lo importante para que opere la estabilidad reforzada en favor de dichos trabajadores, es que se pueda demostrar esa situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, lo cual puede darse con los diferentes medios de prueba habilitados por el legislador, incluso, con el dictamen de las Juntas de Calificación, realizado con posterioridad a la terminación del vínculo, que confirme la situación de limitación, que era evidente desde entonces.”

De manera que la Corte Suprema nuestro organismo de cierre, sigue sosteniendo que esta protección opera solo para ciertos estados de salud que, por su grado de intensidad, hacen que el despido se presuma realizado por esa condición y no por otras, o lo que es lo mismo se presuma discriminatorio, lo que se itera fue siempre el objetivo y no que cualquier estado de salud deteriorado ubique al trabajador en esa protección. En forma clara la Corte lo indicó así en esa sentencia cuando expresó:

“(…)

Lo anterior no significa, se itera, que la protección especial al trabajador en situación de discapacidad sea el parámetro general, esto es, que cualquier afectación al estado de salud, es el que amerita la restricción legal, sino como lo ha venido sosteniendo la Sala, la acción afirmativa se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial, para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sean excluidos del ámbito del trabajo, pues, históricamente, son las discapacidades significativas las que se convierten en objeto de discriminación, y por ello, el legislador consideró que, a partir de la moderada se justifica la restricción, la cual se puede acreditar con los diversos medios de prueba posibles.”

Vale resaltar que efectivamente se puede acreditar con todos los medios de prueba que efectivamente existía, en palabras de la Corte una afectación de la salud con la gravedad y discapacidad que justificara la protección, a cargo de la parte actora y como en verdad no se logró demostrar, tal y como señaló la Juez no hay sustento alguno, para declarar ineficaz una finalización de contrato que también quedó claro tuvo lugar por causa legal.

Finalmente basta para confirmar la reliquidación de salarios, prestaciones y vacaciones solicitada, remitirse a la cláusula adicional pactada por las partes, visible a folio 195 del expediente, en donde claramente se establece que los auxilios extralegales de transporte y de alimentación no constituyen salario; pacto valido y así desarrollado, pues no hay indicio alguno tampoco que indique que fue para disfrazar

una verdadera retribución del servicio, razón por la cual la conclusión de la Juez de primera instancia en este aspecto también resulta acertada ya que no se probó un salario diferente al tomado por la demandada para el pago de los derechos causados .

Por lo expuesto se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada, ya que arribó a idéntica conclusión.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia revisada en **CONSULTA**, por lo expuesto En esta providencia.

Sin costas este grado de jurisdicción.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 de C P del T y de la S S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

ACLARO VOTO POR CUANTO INCLUYE
JURISPRUDENCIA NO APLICABLE AL CASO
ESTUDIADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 26-2018-044-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JORGE EUTIMIO RIVEROS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora María Elena Fierro, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 5 de julio de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la parte demandante y demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones.

ANTECEDENTES

El señor JORGE RIVEROS por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que Porvenir S.A.,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201800044-01 Dte: JORGE EUTIMIO RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

no le proporcionó la información profesional, clara, cierta, real, suficiente, determinante y oportuna al momento en que efectuó su traslado a esa administradora, induciéndolo en error y viciando su consentimiento para tomar dicha decisión de traslado; como consecuencia de lo anterior, peticiona se declare la nulidad del traslado efectuada y que dicho traslado nunca tuvo efectos; solicita se condene a Porvenir a trasladar a órdenes de Colpensiones todos los aportes depositados en su cuenta de ahorro individual junto con rendimientos, sin descontar valor alguno por concepto de gastos de administración, que se condene a Colpensiones a activar su afiliación.

Subsidiariamente solicita, de no accederse a declarar la nulidad de traslado que se peticiona, se condene a Porvenir S.A., a pagar la diferencia resultante a efectos de recibir el valor de la mesada pensional que recibiría en el RPM. (fls. 3 a 5).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 31 de marzo de 1959, contando con 58 años de edad para la fecha de presentación de demanda, que estuvo vinculado al ISS hoy Colpensiones desde el 15 de abril de 1980 al 31 de enero de 2001, que el 1 de febrero de 2001, diligenció formulario de afiliación al Fondo de Pensiones Porvenir S.A., siendo orientado por un asesor comercial de dicha compañía, quien se limitó a indicarle que tendría una pensión más elevada que la que recibiría en el RPM, no siendo viable permanecer afiliado al ISS, por lo que dichas afirmaciones le generaron confianza y tomó la decisión de trasladarse a Porvenir, que el 17 de diciembre de 2017, solicitó a esta última copia de todos los documentos que demostraran las asesorías, proyecciones pensionales, que le fueron suministradas por ese fondo, petición que fue respondida enviándole copia de formulario de afiliación y guardando silencio frente a los demás puntos de la petición.

Afirma que no existe prueba que demuestre que en las etapas de su afiliación se le hayan presentado por parte de Porvenir S.A., proyecciones pensionales comparativas, que permitieran determinar las ventajas y desventajas de su



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201800044-01 Dte: JORGE EUTIMIO RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

decisión de traslado, omitiendo esa administradora brindarle una información oportuna, completa y suficiente respecto de las implicaciones del traslado al RAIS, que el salario que devengaba a la fecha del traslado, ascendía a \$2.436.000 y para el año 2018 \$5.456.498, cotizando actualmente sobre un salario de \$8.871.000.

Indica que con posterioridad a su primera afiliación al RAIS, se vinculó con AFP Horizonte, regresando en el año 2011 a Porvenir, que para la suscripción del segundo formulario con esta última administradora, se encontraba a un mes de cumplir 52 años, data para la cual estaría inmerso en la prohibición de traslado prevista en la Ley 100 de 1993, que en la fecha de dicho formulario, no recibe ningún tipo de asesoría, que ha cotizado un total de 1865 semanas en toda su vida laboral y en 2017, contrató una asesoría pensional que le puso de presente un comparativo de la mesada pensional que percibiría en los dos regímenes, la que arrojó una diferencia de \$3.343.059, que asciende al 110% como diferencia entre la pensión que recibiría en el RPM y la del RAIS.

Señala por último que ante tales diferencias en su mesada pensional, se hace evidente la falta al deber de información en que incurrió Porvenir S.A., al no haber efectuado un estudio previo de sus condiciones pensionales, no siendo su afiliación realizada de manera autónoma, libre y consciente, que el 30 de noviembre de 2017, solicitó ante Colpensiones aceptarlo como afiliado, petición que fue negada y en la misma fecha solicitó a Porvenir S.A., la nulidad de su afiliación sin obtener respuesta. (fls. 5 a 10).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en numerales 24 y 25, manifestó no constarle los No. 1, 2, 4, 18 a 23, 28 a 32, 34, 37 y 38 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación y ausencia de responsabilidad. (fl. 138).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201800044-01 Dte: JORGE EUTIMIO RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Por su parte, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 18, 19, 21, 25, 30, 31, 37 y 38 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe. (fl. 97).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante al RAIS, en el año 2001, condenando a Porvenir S.A. a transferir los aportes realizados por el demandante junto con rendimientos, sin descontar de estos, gastos de administración, condenó a Colpensiones a aceptar el traslado del actor y a contabilizar los aportes objeto de traslado, condenando en costas a Porvenir S.A. (fl.210).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que se encontraba probado el acto de traslado al RAIS efectuado por el demandante a través de Porvenir, el 16 de enero de 2001, cuando le faltaban más de 10 años para adquirir pensión lo que en principio determinaría que dicho traslado era válido, señaló en cuanto al deber de información que señalaba la parte demandante, había omitido la demandada Porvenir S.A., que ante este escenario la carga de la prueba se invertía, siendo esta última administradora a la que le correspondía probar si había suministrado la información respectiva durante el acto de traslado del actor, para que este tomara la decisión que le resultara más favorable, que sobre estas acciones tendientes a declarar la nulidad de traslado de régimen, de tiempo atrás se había señalado que debía estudiarse bajo la óptica de la ineficacia.

Que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que para determinar si la afiliación se había dado de manera voluntaria, se debía demostrar si la Administradora pensional, había puesto en conocimiento del afiliado los riesgos de su traslado, los beneficios del mismo, siendo esta información documentada y que permitiera tomar una decisión informada y consciente, no supliéndose este deber con una simple manifestación genérica. Que para el caso en concreto, el actor había señalado la falta de información al respecto, pues no le señalaron ventajas, desventajas, ni le manifestaron cómo podría obtener una mesada pensional en el RAIS, afirmación que fue corroborada por la testigo llevada por la parte demandante, quien laboró en la compañía donde trabajaba el demandante, siendo quien permitió la entrada de los asesores de Porvenir, que las reuniones eran muy cortas y respecto del demandante, su asesoramiento se realizó en la recepción de la compañía y duró muy poco tiempo, no acreditándose que al demandante entonces se le hubiera suministrado toda la información tendiente a tomar una decisión consiente y voluntaria y revisado el material probatorio, no había sido allegada



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201800044-01 Dte: JORGE EUTIMIO RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

prueba alguna que demostrara que Porvenir había documentado de manera clara y suficiente al actor sobre los efectos jurídicos y económicos que le traería su traslado, ni se acreditó que se le hubiera brindado la información respecto de las características propias del RAIS, con el fin de que el demandante tuviera conocimiento de las mismas.

Indicó que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia, las AFP, desde su creación tenían la obligación de suministrar la información en los términos señalados a fin de que el afiliado pudiera tomar una decisión consciente y libre sobre su futuro pensional, pasando a un deber de asesoría y buen consejo, así como de reasesoría y si bien para el año 2001, la demandada no tenía la obligación de realizar proyecciones pensionales, también es cierto que tenía que informar las consecuencias del traslado, las características del RAIS y la forma de liquidar su mesada pensional, así como las formas de obtener una mesada pensional superior como lo había afirmado su asesor al actor al momento de la afiliación; señaló entonces que siendo obligación de la administradora probar el suministro de dicha información, conforme criterios jurisprudenciales reiterados, sin importar si el afiliado tenía una expectativa pensional o era beneficiario de régimen de transición, pues el deber de información se predicaba del acto de afiliación.

Afirmó que al no obrar prueba sobre el cumplimiento de tal obligación por parte de Porvenir S.A., había lugar a declarar la ineficacia del traslado efectuado por el actor en el año 2001, señalando en cuanto a la excepción de prescripción que no era procedente, pues la acción involucraba derechos pensionales, de naturaleza imprescriptible.

RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A., señaló que el acto de afiliación del actor al RAIS era válida, por cuanto se había efectuado de manera libre, voluntaria y sin presiones luego de haber recibido asesoría integral, como había dejado constancia el mismo afiliado al imponer su firma en el formulario de afiliación, que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, los fondos son vigilados por la Superintendencia Financiera, entidad que a través de circulares 034 y 037 de 1994, estableció la forma cómo debería diseñarse el formulario de afiliación, estando probado que no es capricho de los fondos reducir la asesoría a un formulario, pues nadie suscribe estos sin estar informado respecto de lo que se suscribe, actuando el fondo con apego a dichas circulares y los funcionarios de la administradora eran capacitados a efectos de que suministraran la información necesaria para que los afiliados pudieran tomar la decisión de traslado que más le convenga y para la época del traslado del actor, el legislador no previó la manera cómo debía llevarse a cabo la asesoría de los



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201800044-01 Dte: JORGE EUTIMIO RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

afiliados, no existiendo la obligación de documentar las mismas, la que surgió con la Ley 1748 de 2014, surgió la misma, que el demandante contaba con 5 días para ejercer el derecho de retracto, así como con un periodo de un año para retornar al RPM conforme lo señalado con la expedición de la Ley 797 de 2003, opciones por las que no optó, siendo que Porvenir, informó a sus afiliados de tal posibilidad a través de comunicaciones masivas y publicación en el diario el tiempo, debiéndose tener en cuenta que el demandante por el tiempo que estuvo afiliado al RAIS, no solicitó el traslado dentro de las oportunidades señaladas por la Ley antes de entrar en la prohibición de los 10 años antes de pensionarse, decidiéndose a permanecer en este por más de 18 años, no siendo válido cuando evidenció que no logró cumplir los objetivos que se fijó al momento de trasladarse, pretenda obtener la nulidad de afiliación por falta al deber de información, y conforme el testimonio vertido por la señora Rosalba, esta señaló que no estaba afiliada a Porvenir y no se cambió de fondo por cuanto el asesor le indicó que no le convenía, que no fue forzada a afiliarse, de lo que se extrae que la asesoría brindada a ella indicaba que a todos los trabajadores se le dio la misma información, siendo la afiliación del actor válida por cuanto su expectativa pensional al momento del traslado era lejana y no era beneficiario del régimen de transición y el criterio jurisprudencial aplicado en sentencia, sólo procedía para quienes al momento del traslado, ya tenían el cumplimiento de uno de los requisitos para pensionarse en el RPM, lo que no ocurría con el demandante, quien era plenamente capaz al momento de suscribir el formulario, con un objeto y causa lícita, por lo que era un acto plenamente válido.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor JORGE PIÑEROS, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la demandada PORVENIR S.A., el 16 de enero del año 2001, el que reposa a folio 171 del expediente.

En este orden, la ineficacia del traslado de régimen ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201800044-01 Dte: JORGE EUTIMIO RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado, obligación que en efecto le asistía a las administradoras desde su creación legal, con la expedición de la Ley 100 de 1993.

Caso en el cual, como bien lo señaló la juzgadora de instancia, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201800044-01 Dte: JORGE EUTIMIO RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

De las pruebas aportadas al expediente se tiene que contrario a lo señalado por la recurrente Porvenir S.A., también en sus alegaciones ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor JORGE RIVEROS, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, como tampoco información acerca de su situación pensional particular, pues se itera, no se allegó prueba al respecto, quedando así demostrado que la demandada faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201800044-01 Dte: JORGE EUTIMIO RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Conforme lo señalado en precedencia, se tiene que la afirmación superficial contenida en el formulario de afiliación visible a folio 171 del plenario, no resulta suficiente a efectos de tener como brindada en forma idónea la información al aquí demandante por parte de Porvenir S.A., pues no demostró que esta afirmación fuera cierta, en el entendido que se itera, no allegó prueba alguna distinta a dicho formulario que permitiera concluir que sus asesores hubieran dado cabal cumplimiento de su deber legal de suministrar la información en los términos señalados en precedencia al actor, que se itera, conforme criterio jurisprudencial transcrito y contrario a lo afirmado por el recurrente, era deber de la administradora haber procedido de conformidad, **desde su creación**, siendo pertinente indicar que las circulares expedidas por la Superintendencia Financiera a que alude el recurrente, únicamente establecen los requisitos que deben cumplir los formularios de afiliación, sin señalar que con sólo formulario, se encuentra suplido el deber de información, que se itera, supera la afirmación superficial de haber recibido esta contenida en dichos formularios, aunado a lo cual, el deber de información, se encuentra contenido en disposiciones legales, que son de preferente observancia sobre las circulares emitidas por la Superintendencia en mención.

Es así como la testimonial vertida por la señora Rosalba Muñoz, da cuenta que en efecto a ella, el asesor de Porvenir que visitó el lugar de trabajo del actor, le indicó que por razón de su edad no le era favorable trasladarse al RAIS; no obstante, ella no señala los pormenores de la asesoría que se le efectuó al demandante por parte de Porvenir S.A., que permitan afirmar que a él se le hayan dado a conocer las ventajas y desventajas de su traslado, no pudiéndose predicar el cumplimiento de dicho deber de información, cuando le fue suministrada a persona diferente al aquí demandante.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201800044-01 Dte: JORGE EUTIMIO RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Ahora bien, el hecho de que el demandante, no se hubiere trasladado, dentro de los 10 años previos a cumplir la edad pensional, o durante el año de gracia concedido por el Decreto 3800 de 2003, no le impide impetrar la acción judicial tendiente a lograr tal fin, a efectos de que en el transcurso del debate judicial, se verifique si la administradora pensional cumplió con el deber de información bajo estudio, la que tampoco se puede dar por efectuada con un anuncio publicado de manera general en un periódico de amplia circulación, máxime cuando no obra prueba que se le haya puesto de presente tales posibilidades de retornar al RPM de manera personal al actor.

De otra parte, la afiliación al RAIS de la demandante, no se convalida por el hecho de que haya permanecido en dicho régimen, pues desde la fecha de su afiliación, dicho traslado resultaba ineficaz al demostrarse que no se le dio la información relevante al respecto, para tener por convalidada su afiliación.

Por último, tampoco resulta de recibo el argumento de la entidad recurrente, según el cual el deber de información sólo se debe garantizar a quien al momento del traslado cumplía uno de los requisitos en el RPM para pensionarse, los afiliados del régimen de transición o para quienes tenían una expectativa pensional legítima; dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, permitiendo que sólo los que se encuentren inmersos bajo tales circunstancias, sean los únicos que puedan solicitar la nulidad de su traslado, cuando el deber de información, no sólo se predica de dicho grupo sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201800044-01 Dte: JORGE EUTIMIO RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

De tal manera y contrario a lo afirmado por las demandadas en sus alegaciones, el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS, estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, debe realizarse con independencia de si son beneficiarios o no del régimen de transición, siendo improcedente estudiar el cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado, quedando probado en el presente que dicho deber de información no se cumplió.

Es por ello que se encuentra ajustada la decisión recurrida, pues la Administradora de Pensiones demandada, PORVENIR S.A., a la que en primer momento se trasladó el actor, como bien lo señala este en sus alegatos, no demostró cómo le correspondía que manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado, al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose **CONFIRMAR** la decisión proferida.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES DEL PROYECTO APROBADO UNÁNIMEMENTE POR LA SALA.

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a autorizar a COLPENSIONES para que obtenga, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto.**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 26201800044-01 Dte: JORGE EUTIMIO RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO***RESUELVE:**

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

**(salva voto parcial respecto de la autorización dada a Colpensiones
para que inicie acción judicial)**



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 26201800044-01 Dte: JORGE EUTIMIO RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO***SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

Me aparto parcialmente de lo resuelto por la mayoría de La Sala en sentencia compartida en lo que tiene que ver con la autorización a COLPENSIONES, para iniciar acciones judiciales; pues es un asunto que no le compete al Juez, es de la autonomía de las entidades determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder, iniciar o no las acciones pertinentes.

MARLENY RUEDA OLARTE

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 25-2013-603-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ROSA ELINA RODRÍGUEZ

DEMANDADO: ISS EN LIQUIDACIÓN Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los Treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), fecha señalada por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo de fecha 28 de marzo de 2019 proferido por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la parte demandante y la demandada PAR ISS.

ANTECEDENTES

La señora ROSA ELINA RODRÍGUEZ por intermedio de apoderado judicial, solicita se DECLARE que estuvo vinculada con el ISS, a través de contrato

de trabajo desde el 1 de julio de 2015 al 30 de noviembre de 2010 y del 1 de noviembre de 2011 al 30 de marzo del mismo año, de manera subsidiaria a esta pretensión solicita la declaratoria de dicho contrato, teniendo en cuenta el extremo inicial que se pruebe y hasta el 28 de febrero de 2013, que fue despedida sin justa causa el 31 de marzo de 2013; como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene a las demandadas al reintegro al cargo que venía desempeñando al momento de su despido, subsidiariamente, al pago de la indemnización por despido injusto de orden convencional y legal, cesantías por el tiempo de servicio, indemnización moratoria desde la fecha en que terminó su vinculación laboral, vacaciones, primas de navidad de orden legal, primas extralegales de vacaciones, de servicios, prima técnica convencional, pago de los aportes con destino al sistema de seguridad social que correspondía pagar al ISS y que cubrió con su pecunio, nivelación salarial con los profesionales universitarios grado 32 vinculados al ISS mediante contrato de trabajo y subsidiariamente a esta última pretensión, solicita se ordene a las demandadas a pagar el incremento salarial reconocido para los trabajadores oficiales del ISS, durante todos los años de servicios, que las sumas a reconocer, sean pagadas de manera indexada, siempre y cuando se absuelva por concepto de indemnización moratoria. (fls. 5 a 7).

Fundamentó sus pretensiones afirmando que prestó sus servicios personales al ISS entre el 1 de julio de 2005 al 30 de noviembre de 2010 y entre el 1 de noviembre de 2011 al 31 de marzo de 2011, que durante dichas vinculaciones, cumplió las funciones propias del cargo de una profesional especializada en el Departamento Financiero de la Seccional Cundinamarca ISS, que su vinculación con este Instituto, se dio a través de varios contratos que se denominaron *de prestación de servicios personales*, que el Jefe Financiero de la Seccional Cundinamarca, le daba órdenes, cumplió un horario durante toda su vinculación, se le exigía prestar sus servicios en las instalaciones del ISS, acatando los reglamentos de la entidad, con elementos que le proporcionaba este instituto.

Señala que en el ISS, existía personal vinculado mediante contrato de trabajo que prestaba sus servicios en condiciones idénticas a las que tenían los profesionales especializados vinculados al ISS a través de contrato de trabajo, con la única diferencia de que a ella se le vinculó a través de la

modalidad de prestación de servicios, afirma que a los trabajadores de planta, se les reconocían todas las prestaciones legales, así como una serie de extralegales estipuladas en la convención colectiva de trabajo celebrada el 31 de diciembre de 2001, entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, organización sindical que ostenta el carácter de mayoritario dentro del ISS, que dicha convención se encuentra vigente al venirse prorrogando sucesivamente, señala las sumas que devengó anualmente durante su vinculación y que a pesar de desempeñar las mismas funciones de trabajadores del ISS vinculados a través de contrato de trabajo, ellos devengaban sumas superiores.

Afirma por último que el ISS, nunca incrementó su salario en la misma proporción a los trabajadores oficiales, nunca reconoció ni pagó vacaciones, primas de navidad, incrementos por servicios prestados previstos en la convención colectiva, cesantías, interés a la cesantía, aportes a seguridad social, primas extralegales de vacaciones y prima técnica; afirma que su vinculación terminó por decisión unilateral del ISS, y el 17 de abril de 2013, solicitó ante el ISS el pago de sus derechos legales y extralegales. (fl. 3 a 5).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificado en legal forma el ISS en liquidación, se opuso a las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 3 y 12, negó los No. 2, 4, 5, 7, 9 a 11, 16, 19 a 28 y manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, autonomía de profesión u oficio, inexistencia del derecho y la obligación, pago, ausencia de vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, compensación, buena fe e inexistencia de contrato de trabajo. (fl. 103)

Mediante providencia del 20 de abril de 2015, se ordenó poner en conocimiento de la Fiduagraria S.A., la existencia del proceso de la referencia. (fl. 153)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió en sentencia complementaria declarar la existencia de una verdadera relación laboral entre Fiduagraria S.A. como

vocera y administradora del Par del Seguro Social liquidado y la demandante, mediante dos contratos de trabajo que tuvieron lugar entre el 1 de julio de 2005 al 30 de noviembre del 2010, y del 1 de noviembre del 2011 al 31 de marzo del 2013, habiendo desempeñado el cargo de contadora pública. Condenó a Fiduagraria S.A., al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios; que ascienden a la suma de \$32.775.216., al pago de la suma de \$61.411,50 diarios por concepto de indemnización moratoria equivalentes a 1.464 días de salario, contados desde el 30 de junio del 2013, (90 días después de finalizada la relación laboral) hasta la fecha en que efectivamente se paguen las acreencias laborales aquí reconocidas a la demandante y en los términos del art 1 del Decreto 797 de 1949, la cual a la fecha ascienden a la suma de \$44.216.280.

Condenó a Fiduagraria S.A. como vocera y administradora del Par ISS liquidado, a pagar a la demandante por concepto de devolución de aportes las sumas correspondientes a la cuota parte que estaba obligado a pagar en su condición de empleador al sistema de seguridad social en pensiones, señaló que las sumas objeto de condena debería ser pagadas de manera indexada y al pago de prima de navidad en la suma de \$5.268.018,40, así como al pago de costas procesales.

Como fundamento de su decisión, señaló el Juez de primer grado:

El tema de la relación laboral viene regulado por el Decreto 2127 de 1945, que en su art 1 nos dice lo siguiente: “Se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia y este último a pagar a aquel cierta remuneración.”

Igualmente, el CST en el art 23, precisamente nos señala los elementos para efectos de predicar válidamente la existencia del contrato de trabajo, que no son otros que, la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación y un salario como retribución del servicio. Se debe indicar, entonces, que es indispensable en este tipo de pretensiones que la parte demandante logre efectivamente demostrar si hubo relación laboral. Para los efectos, analicemos cada uno de estos elementos:

En cuanto a la prestación personal del servicio

Existe en el expediente documental suficiente que dan prueba de ello, como las copias de los contratos suscritos visibles a folios 16 al 37 del plenario, y los obrantes en el cuaderno No. 2, correspondiente al expediente administrativo del expediente administrativo, igualmente hay certificados, folio 16, que expide el ya liquidado ISS en las que se indican los diversos contratos celebrados con la aquí demandante señora Rosa Elina Rodríguez Acosta en el cargo como contadora pública y donde se estipula el salario devengado.

En el cuaderno 2 que corresponde al expediente administrativo, se encuentran constancias expedidas por la demandada donde se determinan las diversas actividades y metas que

desarrollaba la demandante en la entidad, tales como consolidación de negocios por seccional para la evaluación y reporte de inconsistencias y propuestas de ajustes, análisis de los balances de las seccionales de Quindío, Guajira, Huila y Quindío, correspondiente a las unidades de negocio de la entidad promotora de salud, administradora de pensiones, administradora de riesgos profesionales y administradora general, levantamiento de actas de cierre de cuentas que presentan documentos, fuentes y partidas conciliatorias de las seccionales de Huila, Guajira y Quindío, análisis de la información enviada a actas de subcomité para el comité y la aprobación de las mismas en las cuotas partes pensionales y embargos judiciales.

Así las cosas, con la documental obrante se puede dilucidar que efectivamente hubo una prestación personal del servicio, prestación que la misma parte demandada acepta.

Sobre el tema de la subordinación

Con relación al segundo requisito, esto es, la subordinación se indica que no es solo demostrar que cumplió ordenes, pues recordemos que en los contratos de prestación de servicios se dan también ordenes o directrices para ejecutar el mismo, por ello se recalca que deben ser ordenes constantes y de tal tipo que no haya duda a que las mismas son de carácter tal que las debe ejecutar con relación a un contrato de trabajo y no con relación a un contrato de prestación de servicios, sobre este tema se cita una sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral del 17 de mayo Rad 22357 de 2004, M.P. Luis Javier Osorio López.

Al respecto, encuentra el Despacho que documentalmente hablando la parte demandante presentó prueba que diera fe de dicha subordinación, pues obran indicaciones de cumplimiento de horario para los servidores de nivel nacional y seccional, los que se pueden observar a folios 38 a 49 del expediente. Además, tenemos las pruebas testimoniales, están las declaraciones de las personas Myriam Sofía Díaz y Rosa Margarita Anzola Triana, quienes dieron fe de que la demandante recibía órdenes de sus jefes inmediatos, que debía cumplir con un horario, que para ausentarse en las instalaciones debían pedir permiso con previo aviso y autorización de sus jefes inmediatos o de turno. También señalan en sus declaraciones que su jefe inmediato en su momento fue la doctora Leonor Victoria Salgado y Juan Carlos Romero Fonseca, que los elementos de trabajo eran suministrados por la entidad demandada, que la demandante trabajó de manera continua sin interrupción, que trabajan de 8 a 1 y de 2 a 5, con una hora de almuerzo, y que no tenían descanso, sino que para disfrutar semana santa o diciembre, tiempo este al que debían hacer reposición de turno y que debían trasladarse a las diferentes sedes del Seguro Social hoy liquidado para realizar sus funciones por orden de la coordinadora y de la gerencia.

Por lo anteriormente expuesto, y siendo claro, concluye este juzgado que si hubo una subordinación y una prestación de un servicio personal desde este punto de vista.

Analicemos el último elemento que es la remuneración

Conforme a la prueba documental, se encuentra y se concluye que por la prestación de servicio la demandante fue remunerada mensualmente conforme con los valores pactados previamente entre las partes, valores que se encuentran soportados en cada uno de los contratos aportados que se visualizan a folios 17, 19, 21, 37; los obrantes en el expediente administrativo del cuaderno 2 del plenario.

Demostrado, entonces, los elementos constitutivos para que se configure una relación laboral entre una entidad pública y un particular, se declarará que la relación que inicialmente unió a las partes que fue bajo contratos de prestación de servicios, realmente fueron dos contratos de trabajo y que dicha relación tuvo vigencia entre el 1 de julio de 2005 al 30 de noviembre del 2010, y del 1 de noviembre del 2011 al 31 de marzo del 2013, tal como se evidencia con la prueba documental y testimonial ya referida, especialmente la documental que obra a folio 16 del plenario.

Establecido lo anterior, tenemos también que frente al cargo se indica que fue contratada para desempeñarse como contadora publica en el área de gestión financiera del Seguro Social entre el 1 de julio del 2005 hasta el 30 de noviembre del 2010, lo que se demuestra con los contratos obrantes a folios 17 a 33 del plenario, la certificación expedida por el mismo Seguro Social ya liquidado, radicada a folio 16 del plenario.

Establecida la relación laboral miremos a analizar el tema del reintegro. Pide el reintegro la demandante en su demanda, se dirá por parte de este operador judicial que no encontró ninguna de las causales legales consagradas para que opere el reintegro, pues la

demandante no es persona con debilidad manifiesta, ni está protegida por fuero sindical, ni se reparó en los hechos de la demanda causal alguna para otorgar dicha protección; por ello, en este sentido, se absuelve del reintegro y de los pagos derivados de ello a la entidad demandada.

Sobre las prestaciones de carácter convencional diremos lo siguiente:

En relación con lo pretendido por la demandante, respecto del pago de prestaciones de carácter convencional, aplicable para los trabajadores oficiales del ISS por el tiempo laborado, esto es, entre el 1 de julio del 2005 y el 1 de noviembre del 2011 al 31 de marzo del 2013, se condenan ellas, teniendo en cuenta la convención colectiva de trabajo que regía a la entidad demandada 2001-2004, en la cual se busca su aplicación celebrada entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social –SINTRASEGURIDADSOCIAL- visible a folios 30 a 106 del plenario, cumpliendo las formalidades legales, el juzgado accede a reconocer dichos derechos laborales y, en consecuencia, se condena a la demandada al reconocimiento y pago de vacaciones, prima de vacaciones, intereses a las cesantías y prima de servicios.

Sobre el tema de la prescripción se dirá lo siguiente:

La parte demandada solicita previo a estudiar cada una de las prestaciones, tenemos que la demandada propone la excepción de prescripción que se debe, por supuesto, estudiar conforme a lo dispuesto en el art 151 del CPT y SS y art 488 del CST y art 41 del Decreto 3135 de 1968, dado que la vinculación laboral terminó el día 31 de marzo de 2013, y siendo que la demandante reclamó dichas acreencias ante el instituto demandado dentro de los 3 años siguientes, esto es, el 17 de abril de 2013, folio 107, se declararan prescritas las prestaciones sociales causadas con anterioridad al 31 de marzo del 2010, esto es, 3 años anteriores contados desde la terminación del contrato de trabajo, salvo el auxilio de cesantías como quiera que el mismo se hace exigible al momento mismo en que finaliza la vinculación laboral y como quiera que entre esta fecha y la reclamación administrativa y la presentación de la demanda, el auxilio de cesantías no se ve afectado por la prescripción alegada como excepción.

Sobre este tema, el juzgado comparte el criterio que sostuvo la Corte Suprema de Justicia Sentencia del 12 de marzo de 2014, Expediente SL 3169204, Rad 44069, M.P. Luis Javier Miranda Buelvas.

- **Incrementos salariales convencionales - art 39 de la convención colectiva.**

Para resolver lo pretendido por la actora, en cuanto se refiere al incremento salarial convencional, es preciso anotar que no basta acreditar el desempeño del pretendido cargo, sino que es menester demostrar que se tiene el grado impartido en el art 39 de la convención colectiva, como lo es el grado 8 o similares, lo que no fue demostrado por la parte actora en la prueba testimonial recaudada ni mucho menos de la prueba documental, pues el Despacho no puede entrar a realizar cálculos acomodaticios o a partir de supuestos fácticos que no han sido sustentados por la actora, siendo esta carga probatoria única y exclusivamente de la demandante de conformidad con lo establecido por el art 165 del CGP, así las cosas habrá de despacharse y de manera desfavorable la solicitud respecto a este tema de incrementos salariales.

- **Sobre las cesantías e intereses de las mismas**

Conforme a lo previsto en el art 27 del Decreto 3118 del 68, 6 del Decreto 1160 del 47, y 13 de la Ley 344 del 96, el art 17 literal a) de la Ley 6 del 45, y el art 62 de la convención colectiva, se realizan las operaciones aritméticas respectivas y se tiene como valor a pagar por este concepto a favor de la demandante la suma de \$2.212.317,86

- **Vacaciones**

Tal prestación está prevista en el art 48 convención colectiva de trabajo, se aplicará la norma convencional por ser la más favorable en relación con la normatividad legal, y se liquidará teniendo en cuenta el tiempo de servicio laborado y la relación salarial señala precedentemente.

Este juzgado aclara que como quiera que las vacaciones se causan un año después de ingresar a laborar, de suerte que, realizada las operaciones aritméticas respectivas, como valor adeudado por concepto de vacaciones la suma de \$2.188.313,38

Prima de servicios convencional y prima de navidad

Conforme al art 1 de la Ley 45 del 45, art 32 Decreto Ley 1045 del 78 y art 50 convención colectiva, folio 344, se accede a las pretensiones liquidándolas con base en el tiempo de servicios laborado y la relación salarial señalada precedentemente, que nos da los siguientes resultados:

Año 2010 - prima de servicios convencional → \$3.533.276

Año 2011 - prima de servicios convencional → \$614.115

Año 2012 → \$3.684.690

Año 2013 → \$921.172,50

Total, prima de servicios convencional y prima de navidad, perdón, prima de servicios convencional por la suma de **\$8.753.253**.

- **Prima técnica**

Conforme al art 41 de la convención colectiva del trabajo, celebrada entre el Seguro Social y el sindicato, en la que se establece que para los cargos de profesionales no médicos se reconocerá un 10% de la asignación básica mensual y del 12% para los cargos de profesionales especialistas, así las cosas, se revisa la documental, no observa el juzgado que exista prueba documental que demuestre lo pretendido por el actor y, a su vez, este no demostró en el curso del proceso que ostentara dicha especialización. No obstante, ni tampoco obra en el plenario constancia de haber radicado ante el Seguro Social la certificación que la acredita como especializada, por tanto, dicha pretensión no está llamada a prosperar.

Prima extralegal de vacaciones

El art 49 de la convención colectiva dice lo siguiente:

“Los trabajadores tendrán derecho a una prima especial de vacaciones, por cada año de labores de acuerdo con el tiempo de servicios al ISS, así

a) A quienes tengan 5 años de servicios, 20 días de salario básico.

b) A quienes tengan más de 5 años y no más de 10 años de servicio, el equivalente a 25 días de salario.”

De entrada, advierte el juzgado, que esta pretensión si está llamada a prosperar, teniendo en cuenta que de conformidad con el art mencionado, la demandante no cumple con los requisitos de los 5 años, pues solo laboró 5 años y 8 meses, por lo que se tiene lo siguiente:

Año 2010 → Subtotal \$1.472.198,33

Año 2011 → \$255.821,25

Año 2012 → Subtotal \$1.535.287,50

Año 2013 → \$383.821,88

Total → \$3.647.128,96

- **Aportes a la seguridad social**

Aportes a pensión

Solicita la demandante se condene a la demandada al pago de los aportes que le correspondía efectuar a la seguridad social y que ella pagó de su patrimonio, sobre el particular según la documental que reposa al plenario, folio 50, se tiene que en efecto la accionante cotizó tanto a salud como a pensión como independiente, durante el tiempo que duró la relación laboral como quiera que en ese momento fungiera como contratista, y era su obligación efectuar dichos pagos. No obstante, lo anterior, es evidente que se demostró la existencia de una relación laboral entre las partes, lo que implica que es obligación del Seguro efectuar el pago de los aportes a seguridad social, conforme lo establece el art 22 de la Ley 100 del 93.

En esa medida, se condenará a Fidagraria S.A., como vocera y administradora del PAR del Seguro Social ya liquidado a devolver a la actora la suma de \$16.504.546, correspondiente a la cuota parte que estaba obligado a pagar al sistema de seguridad social en pensiones, en su condición de empleador de la demandante durante la vigencia de los contratos de trabajo y en el porcentaje que dispone ya la norma anteriormente mencionada, sobre el monto de las cotizaciones a pensión.

Aportes a salud

Respecto a los pagos de aportes a salud, ha de decirse que estos aportes tienden a materializar la cobertura para los afiliados al riesgo de sufrir menoscabo en la salud durante la vigencia al vínculo contractual. Lo anterior quiere decir que los aportes a salud deben hacerse a cargo del sistema del empleador, pero solo cuando se encuentre su relación laboral con el trabajador, pues finiquitada tal vinculación los medios de aportes a salud son otros, así las cosas, se absuelve a la demandada de este pedimento.

- **Indemnización moratoria**

La parte demandante solicita la aplicación del art 65 del CST, conforme a lo anterior, si bien, en principio se podría decir que el Seguro actuó bajo el convencimiento de la existencia de un contrato de prestación de servicios, por cuanto hubo discusión razonable acerca de la existencia o no del contrato de trabajo, apreciándose que el empleador estuvo asistido de la acreencia que estaba bajo el vínculo jurídico de naturaleza distinta al laboral. No obstante, dicha acreencia no puede tomarse como buena fe, pues el hecho de

haber celebrado durante más de dos años contratos de prestación de servicios de manera continua donde se desarrolló una actividad habitual y permanente, que igualmente desarrollaban los empleados de planta de la entidad, implica una mala fe por parte de la accionada. Así las cosas, se condena a la demandada al pago de \$61.411,50 diarios, por concepto de indemnización moratoria, equivalentes a 720 días de salarios, contados desde el 1 de julio del 2013, 90 días después de finalizada la relación laboral hasta la fecha que efectivamente se paguen las acreencias laborales aquí reconocidas a la demandante, en los términos del art 1 del Decreto 797 de 1949, las cuales a la fecha ascienden a la suma de \$32.775.216.

- **Sobre la indemnización por despido injusto art 64 se dirá lo siguiente:**

Desde la expedición del Decreto 2350 de 1944, en su articulado se consagró la presunción de existencia del contrato por periodos de 6 meses, posteriormente en el art 8 de la Ley 6 del 45, determinó que el mismo se entendería celebrado por 6 meses, a menos que las partes se reserven el derecho de terminarlo unilateralmente mediante aviso a la otra, con antelación no inferior al pedido que regule los pagos del salario. Teniendo en cuenta lo señalado en la norma indicada, este operado judicial, que si bien es cierto el contrato terminó el pasado 30 de noviembre de 2012, también lo es que no es por culpa imputable al empleador, sino que se debió a la celebración de un mutuo acuerdo celebrado entre las partes obrante a folios 335 del plenario, por lo que no hay lugar a reconocer dicha indemnización.

- **Sobre la indexación**

Ahora bien, como quiera que se solicita de manera subsidiaria la indexación de todos los derechos económicos que llegaran a reconocerse, al respecto este operador ordena indexar las sumas antes reconocidas.

En sentencia complementaria, señaló lo siguiente:

Para resolver el primer punto solicitado por la parte demandante, esto es, se aclare si la condena por prima legal de servicios incluye la prima de navidad se procedió a revisar las pretensiones de la demanda y se puede establecer que la parte actora, sí, solicitó el reconocimiento y pago de la prima de servicios, prestación que es diferente a la indicada en la parte considerativa y resolutive, por lo tanto, se indica que se condenará a la demandada por concepto de prima de servicios a la suma de \$8.753.253,50 tal como se indicó en la sentencia del 9 de noviembre de 2017. Ahora, respecto a la prima de navidad, se procede a reconocer para los años 2010, 2011, 2012 y 2013, concepto que asciende a la suma de \$5.268.018,40. Así las cosas, se procederá a adicionar con el numeral noveno de la parte resolutive, en el sentido de condenar a la demandada a pagar la suma de \$5.268.018,40 por concepto de prima de navidad y se procede a reconocer para los años 2010, 2011, 2012 y 2013.

En cuanto al segundo punto, solicitado por el apoderado de la parte demandante, esto es que se aclare que la moratoria es que la que corresponde al art 1 del Decreto 797 de 1949, toda vez que también señaló que corresponde al art 65 del CST, en cuanto a la indemnización moratoria se condenará a la demandada por este concepto, de conformidad entonces al Decreto 797 de 1949, y en su numeral 1, y no conforme se mencionó en la parte considerativa de la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2017, toda vez que no se evidencia una actuación de buena fe por parte de la demandada, por la modalidad de contrato a la que acudió para vincular a la demandante señora Rosalina Rodríguez Acosta, demostró la intención de evadir el pago de las prestaciones sociales, pues no fue uno, ni dos, ni tres contratos sino varios sucesivos que perduraron por más de 3 años, con lo que se observa indudablemente la mala de la entidad al contratar. Así mismo, se debe señalar moratoria, que la moratoria se liquida con el último valor cancelado al actor diario, valor que corresponde a \$61.411,50 suma que deberá reconocerse desde el 1 de julio del 2013, hasta que se haga el pago, valor que liquidado hasta el pasado 30 de junio del 2015, asciende a la suma de \$44.216.280 tal como quedó en la parte resolutive de la sentencia.

Finalmente, en lo atiente a lo solicitado por el apoderado de la parte demandada, es decir, que se considere el grado jurisdiccional de consulta como quiera que la decisión fue desfavorable para la entidad demandada, se procedió a escuchar el audio de la audiencia celebrada el 9 de noviembre de 2017, y este operador judicial señaló "que dentro de la parte resolutive del presente proceso, por ahora se entienda como décimo que en el evento que no se apele la presente sentencia se envíe a la Sala Laboral del H. Tribunal Superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta" En consecuencia, ya se tiene resuelto este punto y adicionado a la parte resolutive de la sentencia del 9 de noviembre de 2017, en el numeral

decimo. Sobre el efecto del grado jurisdiccional de consulta de que trata el art 69 del CPT y SS.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante indicó:

En lo que tiene que ver con 4 puntos de la sentencia y esto es por la absolución impartida por indemnización por despido injusto, prima técnica, incremento salarial y aportes al sistema de seguridad social en salud, ya que se conceden únicamente los de pensión.

La parte demandante para presentar y sustentar el recurso, en primer lugar, trae a colación la Sentencia con Rad SL 986 de 2019, Rad de la Corte 73969 del 20 de febrero del año 2019, en donde la Corte hace un estudio juicioso frente al tema de la indemnización por despido injusto que en estos casos se debe otorgar para la Corte es claro lo siguiente, que una vez el juez concede los beneficios convencionales, este tiene aplicación frente al tema del art 5 convencional, esto es, que el ISS celebra con sus trabajadores contratos a término indefinido y que esos contratos a término indefinido solamente pueden ser terminados con justa causa por las causales establecidas en la norma. Expresamente sostiene que el vencimiento de los plazos pactados en los contratos de prestación de servicios de ninguna manera se constituye como una justa causa o como se ha entendido por algunos despachos judiciales como un mutuo acuerdo entre las partes para dar por terminado el contrato de trabajo, es más, la Corte precisa que una vez que el juez tiene desarrollados y establecidos los extremos temporales de la relación laboral, esto es, especialmente el último, ese hecho demuestra como tal el hecho del despido y que la no renovación o no continuación de más contratos de prestación de servicios significa que hubo una unilateralidad, pues que el Seguro Social de manera unilateral prescindió de los servicios de la trabajadora. Por lo tanto, este es el caso que se desarrolla en esta sentencia y es semejante al que aquí se establece y, por lo tanto, la sentencia debe ser revocada en ese punto, para en su lugar conceder la indemnización por despido sin justa causa de la que es merecedora la señora Rosalina en las dos relaciones laborales, puesto que ellas no se encuentran objeto de prescripción, sobre todo frente al tema de la indemnización por despido sin justa causa, ya que se presentó la reclamación administrativa dentro de los 3 años anteriores, interrumpiendo de esta manera el fenómeno prescriptivo.

Frente al tema de la prima técnica, si el juez encontró en efecto el cargo fue el de una trabajadora oficial profesional y que como tal se enmarca dentro del art 41A de la convención colectiva, esto es, trabajadores que no son del servicio de salud sino trabajadores profesionales que desempeñan sus servicios a favor del Instituto, pues debió haberlo otorgado porque esta prima está establecida para esta categoría de servidores y, se insiste en ello, se probó la condición profesional de la señora Rosalina Rodríguez Acosta.

Frente a un tercer punto, esto es el incremento salarial, el art 40 de la convención colectiva pacta para los trabajadores oficiales un incremento salarial porcentual que se ha venido manteniendo y que aún está vigente en la convención colectiva, por lo tanto, se solicita al Tribunal acceder a esta prestación de acuerdo al porcentaje que establece esa normatividad convencional, por el tiempo de servicios de la señora demandante.

Y, finalmente, frente al tema de aportes a seguridad social en salud, el juzgado negó esta pretensión aduciendo que no se demostró como tal un riesgo que hay sufrido la demandante en el transcurso de la relación laboral. No obstante, si bien esto es cierto para que el empleador sea condenado frente a un riesgo de salud que el trabajador que no está amparado por el sistema de seguridad social en salud, pues debe pagar los gastos médicos completos, la verdadera intención de la pretensión formulada en la demanda era que del dinero que pago la señora Rosalina al sistema de seguridad social en salud salió de su bolsillo el 100% y como lo que aquí se acaba de declarar es una relación laboral, esta situación es meritoria para que se le devuelva en el porcentaje que debió haberlo hecho el Seguro Social, en su condición de empleador, el dinero que le corresponde al 75% de dichas cotizaciones. Por lo tanto, le solicito muy respetuosamente al Tribunal acceder a esta pretensión, teniendo en cuenta pues la real intención de la pretensión formulada en la demanda y como tal la que se está plasmando en este recurso.

La demandada Fiduagraria S.A., señaló:

Manifiesto que interpongo recurso de apelación frente a la decisión que declaró la existencia de un contrato de trabajo, que reconoció beneficios convencionales, que condenó a la entidad al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios convencional, prima de navidad, la devolución de aportes al sistema en pensiones, la indemnización moratoria, la indexación, las costas y la prima de navidad, toda vez que no se comparten las consideraciones del fallo en las que se indican que la demandada no logró superar la presunción de una relación de trabajo, pues con todo respeto esa posición jurídica desconoce que lo que realmente existió entre las partes fueron sendos contratos de prestación de servicios, como se desprende de la documental que está en el expediente.

En el evento remoto de que el Tribunal considere que se debe continuar con la condena a la entidad que represento, le solicito muy respetuosamente frente a la indemnización moratoria que de conformidad con la Sentencias con Rad de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral 20.764, 53.793 y la más reciente la 71.154, la SL 1942019, se limite esta condena hasta el momento en que se liquidó la entidad, toda vez que esta Corporación indicó que es inimputable la mora a las entidades liquidadas, toda vez que no es lógico condenar por la demora en el pago de las obligaciones a quien se encuentra en la imposibilidad de cumplir como es el caso de la entidad que represento. Frente a la prima de navidad, solicito muy respetuosamente que se revoque, toda vez que esta es incompatible con la prima extralegal de servicios, es decir, la prima contenida en la convención en el art 50, ya que conforme el parágrafo 1 del art 51 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, y el parágrafo del art 1 de la Ley 45 de 1945, así como también ha sido revisado por la H. Sala Laboral con Rad 35.954 en donde se dice que pues son incompatibles estas dos condenas.

Frente a la indexación, también muy respetuosamente, solicito que se revoque esta condena toda vez que no se puede imponer una doble sanción, ya que al condenarse a la indemnización moratoria pues no podría condenarse tampoco a la indexación.

Frente a los aportes en pensión, también muy respetuosamente, solicito que se revoque la condena, toda vez que no obra prueba en el expediente tendiente a demostrar que fue la parte actora la que realizó las consignaciones al sistema de pensiones y, por otra parte, esta condena en el evento en que fuera imputada a la entidad que represento debería estar dirigida al fondo de pensión, ya que estos dineros le pertenecen es al fondo y no a la parte actora como se dijo en la sentencia.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S.S., la Sala resolverá los puntos planteados en los recursos encontrando como puntos de reproche, la existencia de la relación laboral declarada, la absolución de las pretensiones tendientes al pago de indemnización por despido injusto, incremento salarial, devolución de pago por concepto de aportes a salud y prima técnica; lo referente a la indemnización moratoria, las condenas referentes a prima de navidad, indexación y devolución de aportes a pensión.

En grado jurisdiccional de **consulta** en favor de la entidad condenada, se analizará si existió la relación laboral deprecada y de ser así si la demandante ostentaba la calidad de trabajadora oficial, siéndole aplicable

la convención colectiva de trabajo, así como la excepción de prescripción propuesta.

Existencia del contrato

El artículo 2 del Decreto 2127 de 1945 señala como **elementos del contrato de trabajo** la actividad personal del trabajador, la dependencia de este respecto del patrono y el salario como retribución del servicio y el artículo 3 de la misma norma prevé que una vez reunidos esos tres elementos el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del patrono.

Descendiendo al caso en estudio se tiene que a folio 16 del plenario, aparece certificación de contratos de prestación de servicios celebrados entre el 1 julio de 2005 al 30 de noviembre de 2010 y entre el 1 de noviembre de 2011 al 31 de marzo de 2013, documental que no fue objeto de tacha y que da cuenta de la prestación personal del servicio de la actora a favor del entonces ISS, junto con la documental contentiva de contratos de prestación de servicios suscritos y descripción de actividades que ejecutó en virtud de cada uno de ellos (fls. 17 a 37), siendo aplicable en esta oportunidad el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, normatividad que dispone que comprobada prestación personal de un servicio se debe presumir su carácter de contrato de trabajo y debe corresponder al beneficiario del servicio desvirtuar la subordinación.

En este asunto nada hizo la demandada PAR ISS, como tampoco Fiduciaria para desvirtuar tal presunción, se limitaron a negar el contrato de trabajo, sin embargo, de las pruebas se desprende con total claridad, que tal y como lo señaló la Juez de primera instancia, entre las partes existió un verdadero contrato de tipo laboral; no acreditó la entidad demandada que las labores ejecutadas por el demandante representaran una labor que por su naturaleza estuviera excluida del objeto que legal y constitucionalmente le está encomendado desarrollar por representar un conocimiento especializado y la falta de personal de planta para acometerlo con suficiencia; por el contrario, dichas labores son actividades conexas al objeto natural de la entidad y a su supervivencia, circunstancia esta última que se corrobora con la documental visible de folios 17 a 37, contentiva de los contratos de prestación suscritos y que contienen el detalle de funciones que le fueron encomendadas a la demandante, asimismo, a este respecto fueron allegadas pro el PAR ISS

certificaciones expedidas por el entonces ISS, al término de cada uno de los contratos de servicios, que detallan las labores que ejecutó la demandante, que se itera, no son extrañas al objeto encomendado a esa entidad de seguridad social.

Asimismo las testimoniales vertidas llevadas al proceso por la parte demandante, señalaron que el mismo había sido contratada bajo la modalidad de prestación de servicios, circunstancia que no se discute, corroboraron que en realidad contrario a lo manifestado por el PAR ISS en sus alegaciones, la prestación del servicio de la demandante, no se ajustaba a dicho modo de contratación ya que en virtud al contacto directo y a diario que tenían con el actora, señalaron que permanecía en las instalaciones del entonces ISS desarrollando las labores que le fueran encomendadas, recibiendo órdenes e instrucciones para el cumplimiento de las mismas y de igual manera cumpliendo el horario de cualquier trabajador vinculado mediante contrato de trabajo.

En las condiciones anteriormente analizadas, **encuentra la Sala que efectivamente la relación jurídica que unió a las partes estuvo regida por un contrato de trabajo** dando aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formas.

En relación con la **calidad de trabajadora oficial** de la demandante, aspecto que se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de las demandadas, ésta Colegiatura encuentra que como quiera que el ISS a la luz de la normatividad vigente durante la relación laboral era una Empresa Industrial y Comercial del Estado y ha quedado sentado que, de conformidad con los criterios orgánico y funcional de clasificación de servidores públicos **quienes prestan sus servicios a una Empresa Industrial y Comercial del Estado tienen por regla general la calidad de trabajadores oficiales**, la excepción es la de las persona que desempeñan actividades de dirección o confianza precisadas en los Estatutos internos de la entidad, pues ostentarán la condición de empleados públicos y por ello se tiene entonces que el demandante ostentó la calidad de trabajadora oficial para el ISS.

Frente a la **aplicación de la convención colectiva a la demandante** se tiene que se dan los presupuestos exigidos por el art. 741 del C.S. del T. y

de la S.S. para su aplicación al ser el Sindicato de la demandada mayoritario y tal tema ya ha sido decantado por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en varios pronunciamientos como por ejemplo en sentencia con radicado 37912 de 2010, por ello al ser beneficiaria la demandante del texto colectivo se abre paso el estudio de las súplicas toda vez que por efecto de la prórroga automática de que trata el artículo 478 del C.S.T., la Convención Colectiva de Trabajo 2001 – 2004 se extendió hasta la finalización del contrato del demandante.

Determinado lo anterior, en cuanto a los puntos de reproche, en lo que atañe al **incremento salarial**, se observa que en decisión de primer grado, se resolvió esta pretensión con fundamento en el artículo 39 de la Convención Colectiva allegada al plenario, vigencia 2001 – 2004 (fl. 63); no obstante lo anterior, le recurrente señala que tiene derecho al incremento salarial previsto en el artículo 40 de dicha convención, el que tampoco procede pues de la lectura de esta disposición se desprende claramente que sólo se aplicara **una vez** desde el tercer año de vigencia de la convención, que corresponde al 1 de enero de 2004, data para la cual, la actora no había iniciado su vinculación con el ISS, a su turno el parágrafo 4 de la disposición en comento, señala que dicho aumento quedaría congelado y se aplicaría el que venía rigiendo en el artículo 38 de la convención vigente al 31 de octubre de 2001, la que no fue allegada.

Devolución de al sistema de seguridad social en salud.

Sobre este aspecto, se tiene que el pago de los aportes cuya devolución solicita, se infiere de la celebración de cada uno de los contratos, lo cierto es que al no demostrar a cuánto ascienden los valores por ella pagados, no resulta procedente disponer la devolución de sumas imposibles de cuantificar, al no obrar ninguna documental que dé cuenta de dichos pagos efectuados por la parte demandante.

Respecto de la **prima técnica**, contrario a lo manifestado por el juzgador de instancia, esta conforme el artículo 41A de la convención colectiva de trabajo 2001-2004, procede para los cargos profesionales no médicos, quedando probado que la actora se desempeñó durante toda su vinculación como contadora pública, cuyo título profesional en copia, fue allegado por la parte demandada, junto con su hoja de vida, por lo que hay lugar a reconocer a

su favor dicha prima, no constitutiva de salario que conforme al cargo por esta desempeñado, equivale al 10% de su asignación básica mensual, debiéndose haber cancelado igualmente de forma mensual, la que asciende a \$14.285.221, conforme se observa de la siguiente liquidación:

VIGENCIA CONTRATO	MESES	SALARIO	VALOR PRIMA
1 julio 2005 a 31 diciembre 2005	6	\$2.000.000	\$1.200.000
10 enero 2006 a 30 junio 2006	5,6	\$2.000.000	\$1.133.333
13 de septiembre 2006 a 30 noviembre de 2006	2,57	\$1.626.008	\$417.342
1 de diciembre 2006 a 31 marzo 2007	4	\$1.626.008	\$700.289
2 abril 2007 a 17 diciembre 2007	9,5	\$1.626.008	\$1.544.708
18 diciembre 2007 a 31 marzo 2008	3,4	\$1.626.008	\$552.843
1 abril 2008 a 30 septiembre 2008	6	\$1.626.008	\$1.050.434
2 octubre 2008 a 14 noviembre 2008	1,4	\$1.626.008	\$256.773
18 noviembre de 2008 a 28 febrero 2009	3,3	\$1.626.008	\$542.003
2 de marzo de 2009 a 31 mayo 2009	2,9	\$1.750.723	\$513.545
1 junio 2009 a 15 octubre 2009	5	\$1.750.723	\$875.360
16 octubre 2009 a 30 junio 2010	8,57	\$1.750.723	\$1.482.279
1 julio 2010 a 30 noviembre 2010	5	\$1.785.737	\$921.173
1 de noviembre de 2011 a 30 junio 2012	8	\$1.842.345	\$1.473.876
3 julio 2012 a 30 noviembre 2012	4,9	\$1.842.345	\$902.749
3 diciembre de 2012 a 31 marzo 2013	3,9	\$1.842.345	\$718.515
TOTAL PRIMA TÉCNICA			\$14.285.221

Se tiene respecto de la condena por concepto de **prima de navidad legal**, que fue objeto de reproche por la demandada en recurso como en sus alegaciones, que le asiste razón a esta, por cuanto basta con indicar que, al establecerse la incompatibilidad de esta acreencia laboral con una de carácter convencional, conforme al artículo 51 del Decreto 1848 de 1968,

reglamentario del párrafo 2 del artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, a su vez reformado por el artículo 1° del Decreto 3148 del mismo año, lo procedente es absolver por esta súplica, debiéndose **revocar** el numeral NOVENO de sentencia recurrida. (CSJ sentencias 15 may. 2012 rad. 35954, y SL16538 de 3 dic. 2014 rad. 46103).

Pago de aportes al sistema pensional

Respecto de este punto de reproche por el PAR ISS en recurso como en alegaciones, se tiene que contrario a lo que ocurre con los aportes que efectuara la demandante al sistema de salud, a folio 50 del plenario, obra historia laboral expedida por Colpensiones, que da cuenta que la actora efectuó cotizaciones como trabajadora independiente, si bien, no lo hizo durante toda la vigencia de la relación laboral, dado que como se establece de la documental en cita, inició a cotizar desde el 1 de julio de 2006, esto es, cuando ya llevaba un año vinculada al ISS, razón por la cual, se dispondrá **modificar** el numeral CUARTO de sentencia de instancia, para señalar que el pago de aportes allí señalado a cargo de la demandada en la proporción que le correspondía, sólo procede por los periodos en que se demuestra el pago de los mismos por la parte demandante, conforme documental en cita.

Prima de servicios

Sobre este punto, indica la demandada en sus alegaciones que no procede esta condena al no ser aplicable a los trabajadores oficiales, no obstante, se observa que la prima cuyo pago se ordenó en sentencia de primer grado, es la prima de servicios **convencional**, a la que en efecto tiene derecho la demandante, dada la calidad de trabajadora oficial que ostentó para el entonces ISS y la ya estudiada procedencia de la aplicación colectiva en este caso.

Indemnización moratoria

Frente al tema encuentra la Sala que de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia la indemnización moratoria no procede de manera automática e inexorable por el sólo hecho de que se demuestre el incumplimiento en el pago de salarios y prestaciones sociales, sino además debe analizarse si existió o no mala fe del empleador, por ende, sólo es procedente condenar a la indemnización moratoria cuando se

acrediten dos elementos: la falta de pago de salarios, prestación e indemnizaciones y tal omisión persista tras su mala fe o reticencia en pagar esas obligaciones laborales al ex trabajador.

En el presente caso, no hay prueba que el ISS no pudiese contratar trabajadores de planta como lo afirma la entidad recurrente, siendo y debió prever, que si lo que suscribía con la actora eran contratos regidos por las normas de contratación pública, en consecuencia, no podía haber ejercido la subordinación en la manera como resultó probado, ya que precisamente por ello es que se confirmará la declaración de un contrato de trabajo con el demandante, pues la entidad al intentar simular una contratación diferente a la de tipo laboral, no puede su conducta considerarse guiada por la buena fe.

Es claro entonces que la demandada, contrario a lo manifestado sobre este punto en sus alegaciones, no demostró que existiesen razones atendibles y objetivas para su actuar único argumento que podría exonerarla de la sanción, luego se debe imponer la condena por este concepto.

En cuanto a la forma o tiempo en que ésta se impone ello ha sido objeto de disímiles pronunciamientos como por ejemplo en sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL-981 de 2019 oportunidad en la que se indicó que la sanción moratoria solo es exigible con posterioridad a los 90 días calendario al término de la relación laboral, que para el presente caso tuvo lugar el 31 de marzo de 2013, por lo que procede imponer ésta condena a partir del 30 de junio del mismo año, como lo dispusiera la decisión de primer grado.

Ahora bien, frente a la fecha límite para calcular la indemnización, le asiste razón a la parte demandada, pues conforme criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-194 de 2019, la misma debe ser calculada hasta el 31 de marzo de 2015, momento en que fue liquidado totalmente el ISS, debiéndose entonces **modificar** el numeral TERCERO de la decisión de primera instancia frente al extremo final de liquidación de esta indemnización.

Indexación

Al respecto, como bien lo señala la recurrente, en tanto juez de primer grado ordenó a la demandada indexar todos los valores a que fuere condenada y siendo que la indemnización moratoria que se confirma en esta oportunidad, así como la indexación, compensan la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, no es dable imponer simultáneamente estas condenas, por lo que se modificará el numeral SEXTO de la sentencia recurrida, para en su lugar ordenar dicha indexación sólo respecto de la condena por concepto de vacaciones, las cuales no tienen connotación de carácter salarial o prestacional.

Prescripción

En grado en consulta, con relación a este aspecto se tiene que **el vínculo laboral finalizó el 31 de marzo de 2013**, la actora reclamó el pago de acreencias de carácter laboral **el 17 de abril del mismo año** (fl.14) y **demandó** en agosto de la misma anualidad (fl.99), es decir, contrario a lo manifestado por la Juez de instancia, no transcurrió el término trienal prescriptivo; no obstante como este aspecto no fue objeto de reparo al plantearse los recursos, no hay lugar a modificar la cuantía de las prestaciones sobre las cuales la Juez de instancia indicó que recaía este fenómeno atendiendo al grado jurisdiccional de consulta estudiado.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES DEL PROYECTO APROBADO UNÁNIMEMENTE POR LA SALA.

Indemnización por despido injusto

Sobre este punto, La Sala mayoritariamente desestimó las razones que expuso la magistrada sustanciadora, para imponer condena por este concepto que coincidían con lo manifestado por la parte actora en sus alegaciones y con el criterio que al respecto sostiene la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuesto entre otras en sentencia radicado No. 68304 del 10 de marzo de 2020 y por ende, se confirmará la absolución sobre este punto por las razones que pasa a exponer:

Consideran los restantes Magistrados quienes conforman esta sala, que la demandante no demostró que el contrato de trabajo hubiera terminado por

una decisión unilateral del ISS, carga que le impone el artículo 167 del CGP y a su vez, el último contrato de prestación de servicios suscrito, finiquitó en razón al plazo fijo pactado en el mismo, esto es, el 31 de marzo de 2013, aspecto sobre el cual, la ponente, **salva voto**.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida, en el sentido de ordenar a FIDUAGRARIA S.A., a pagar a la demandante la suma de \$14.285.221, por concepto de prima técnica, conforme lo señalado en la parte pertinente de este proveído.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral TERCERO de decisión de primer grado, en el sentido de limitar la indemnización moratoria allí prevista hasta el 31 de marzo de 2015.

TERCERO: MODIFICAR el numeral CUARTO de sentencia de instancia, para señalar que el pago de aportes allí señalado a cargo de la demandada en la proporción que le corresponde, sólo procede por los periodos en que se demuestra el pago de los mismos por la parte demandante, conforme historia laboral allegada por la parte actora.

CUARTO: MODIFICAR el numeral SEXTO de sentencia recurrida, en el sentido de señalar que la indexación allí prevista, únicamente debe ser aplicada a la suma reconocida por concepto de vacaciones, conforme lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

QUINTO: REVOCAR el numeral NOVENO de sentencia de primer grado, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de la condena emitida por concepto de prima de navidad.

SEXTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(salva voto respecto de absolución por concepto de indemnización por despido injusto)



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO (Sanción moratoria). Por mandato del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la conducta de abstención en el pago de prestaciones e indemnizaciones no es una opción sino un deber del nominador y/o del pagador de una entidad oficial hasta cuando un juez declara formalmente la existencia de la relación laboral. Ello sustenta la buena fe de la Administración desde la celebración del contrato administrativo hasta la sentencia judicial que declare su ineficacia



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 24-2018-294-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MIGUEL ANTONIO ROJAS

DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación en apelación como en consulta el fallo proferido por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 9 de julio de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la entidad demandada.

ANTECEDENTES

El señor MIGUEL ANTONIO ROJAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a la demandada a efectuar reconocimiento y pago de reliquidación de pensión de vejez, conforme el promedio de lo devengado durante toda su vida laboral, a partir del 13 de diciembre de 2004, teniendo en cuenta que es beneficiario del régimen de transición y cuenta con más de 1250 semanas de cotización, junto

con retroactivo, incremento pensional por tener a su cargo compañera permanente, intereses moratorios e indexación. (fl. 2).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que la demandada le concedió pensión de vejez a partir del 13 de diciembre de 2004, a través de resolución 030554 de 2005, la que liquidó con el promedio de lo devengado durante los últimos diez años de cotizaciones, que cuenta con más de 1250 semanas cotizadas, omitiendo la demandada calcular su IBL con el promedio de lo devengado durante toda su vida laboral.

Afirma que convive con la señora Ana Delia Sanabria, quien es su compañera permanente desde hace más de 20 años y depende de su prestación pensional, que no le fue reconocido incremento pensional por compañera permanente y agotó reclamación administrativa ante la demandada. (fls. 2 y 3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 2, 4 y 8 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó falta de agotamiento de la reclamación administrativa, violación al principio constitucional de sostenibilidad del sistema y prescripción. (fl.22).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió DECLARAR que el demandante, tenía derecho a que se le reliquidara su prestación pensional a partir del 13 de diciembre de 2004, en cuantía de \$1.705.255,34, declaró la prescripción de las diferencias pensionales generadas antes del 1 de septiembre de 2013 y condenó a la demandada a reconocer y pagar al demandante las diferencias generadas a partir del 1 de septiembre de 2013, junto con aumentos legales e indexación; declaró probada la excepción de cosa juzgada sobre el incremento pensional petitionado y absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. (fl.70).

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez de conocimiento:

El problema jurídico a resolver corresponde a determinar que el señor Miguel Antonio Rojas González tiene derecho a que se le reliquide la pensión durante toda la vida laboral por otro lado establecer si los incrementos del art 21 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 se encuentran vigentes de ser así se debe determinar si su cónyuge o compañera permanente depende económicamente del demandante, para resolver la excepción de cosa juzgada verificar si se configura esta frente al incremento pensional solicitado por el demandante al art 303 del código general del proceso aplicable por disposición analógica al procedimiento laboral conforme lo señala el art 145 del código procesal de trabajo de seguridad social.

En lo referente a los elementos señalados la Corte Constitucional en la sentencia C774 de 2001 (...). En el presente caso se tiene que el 16 de agosto del 2016 se decidió de fondo que el proceso con el radicado 2015 – 728, adelantado por Miguel Antonio Rojas contra la administradora Colombiana de Col pensiones, donde el juzgado decidió “absolver a la administradora de Colpensiones de todas y cada una las pretensiones de la demanda a la excepción de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de intereses moratorios e indexación, decisión que fuera confirmada por la sala laboral del tribunal superior distrito judicial”, frente a los requisitos que se deben cumplir para que se configure la cosa en cuanto al requisito de identidad aparte se encuentra acreditado por las partes en ambos procesos. Art 141 de la ley 100 de 1993 (...).

En ese orden y ya referidas las pretensiones que fueron objeto del proceso del 2015 – 728 y las de este proceso se concluye que el incremento del 14% del acuerdo 049 ya fue objeto de decisión por parte de este juzgado, cumpliéndose además los requisitos exigidos para que se configure la cosa juzgada pues existe identidad en el objeto, igual causa e identidad jurídica de las partes, ello impide al juzgado estudiar nuevamente, si el actor acreditaba los requisitos para acceder al incremento del 14% contenido en el acuerdo 049 del 90 aprobado por el decreto 758 en consecuencia se declarara aprueba la excepción de cosa juzgada respecto al incremento del 14% por tanto se absolverá la demanda de las pretensiones que estaba encaminada a esta petición de la reliquidación pensional.

Por otro lado se solicita la reliquidación de su pensión con IBL de toda la vida laboral, mediante Resolución No 030 del 2005 el instituto de los seguros sociales reconoció pensión de vejez al actor bajo los parámetros del acuerdo 049 del 90 aprobado por el decreto 758 para lo cual tuvo en cuenta 1.904 semanas un nivel IBL de 1'867.711 una de reemplazo del 90% como beneficiario del régimen de transición. La Corte Constitucional en la sentencia SU230 del 29 de abril del 2015 mediante la cual unifico el criterio respecto a la norma de aplicar para obtener el ingreso de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición, explicando que la sentencia C258 se estableció que el régimen de transición consiste en un beneficio a quienes hacen parte del regímenes especiales.

En el caso bajo estudio Miguel Antonio Rojas González nació el 13 de diciembre de 1944 por lo cual el 1 de abril de 1994 contaba con 49 años de edad por ello le faltaban más de 10 años para acreditar los 60 años de edad que exige el acuerdo 049 del 90 para acceder a la pensión de vejez por ello el ingreso base de liquidación corresponde a lo establecido en el artículo 21 de la ley 100 del 1993 es decir la prestación se debe liquidar con el promedio de los últimos 10 años o con lo devengado durante toda la vida laboral por cuanto cotizo 1917 semanas es decir más de 1250 semanas, según se colige el reporte de semanas allegado por Colpensiones visto a folio 33 a 39 siendo así, procede el despacho a efectuar la correspondiente liquidación que hace parte integral de esta decisión no sin antes advertir que del reporte de semanas cotizadas se puede concluir que el actor aportó al sistema de seguridad social en pensiones hasta Noviembre del 2005, fecha posterior al reconocimiento de su pensión de vejez el 13 de Diciembre del 2004 por lo cual para realizar la correspondiente liquidación se tomaran las semanas cotizadas hasta esta data de reconocimiento de la prestación al efectuar la liquidación con lo cotizado por el demandante durante toda la vida laboral arroja un nivel IBL de 973.221 con 96 centavos que al aplicársele una tasa de reemplazo nos da una mesada de 875.899 con 77 centavos, cifra que resulta inferior a la que le fue reconocida por la entidad de seguridad social demandada de 1'680.940 en la resolución 030554 de 2005; sin embargo al realizar la liquidación lo cotizado en los últimos 10 años se obtiene un nivel IBL de 1'894.728 con 15 centavos que al aplicarle

el 90% se obtiene una mesada de 1'705.255 con 34 centavos suma superior a la reconocida por Colpensiones, así se deberá condenar a la administradora de Colpensiones a reliquidar la primera mesada pensional del demandante a partir del 13 de Diciembre de 2004 teniendo en cuenta como valor de esta 1'705.255 con 34 centavos junto con el retroactivo de las diferencias que roen entre las mesadas canceladas y las que debía cancelar con los respectivos descuentos en salud.

Solicita el demandante los intereses moratorios los que no proceden como ha indicado reiterada jurisprudencia al indicar que no se causan intereses moratorios respecto a diferencias de mesadas pensionales como en sentencia SL 1479 del 2018 con ponencia del doctor Jorge Luis Quiroz Alemán por tanto se absolverá de esta petición de la indexación, teniendo en cuenta que se accedió a la reliquidación de la mesada pensional la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y que existe unas diferencias entre el valor que viene reconociendo la demandada al demandante como pensión el valor que obtuvo del juzgado, procede la indexación de esas diferencias.

Se condenara a la demandada a indexar las diferencias de las mesadas pensionales debido a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda las cuales se deben indexar desde la fecha de causación de cada mesada hasta su pago inclusión en nómina, sin embargo debe el despacho decidir lo relativo a la excepción de prescripción que fue propuesta por la parte demandada teniendo en cuenta lo anterior en el caso debe recordarse que la legislación laboral contempla un término trienal para ejercer las acciones correspondientes a derechos laborales, seguridad social de tres años, que se empiezan a contabilizar desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, así se observa que el caso en estudio que al demandante se le reconoció pensión de vejez mediante acto administrativo No 030554 decisión contra la que no presento ningún recurso, solicitó la reliquidación de la pensión el 1 de septiembre del 2016, la demanda la radicó el 22 de mayo del 2018 como se puede ver en el folio 13 significa que se encuentra prescritas las diferencias causadas con anterioridad el 1 de septiembre del 2013, por tanto debe declararse parcialmente prueba a la excepción de prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

La **demandada**, solicitó revisar la liquidación efectuada por el despacho, pues indica que la entidad, reconoció derecho pensional en los términos de la normatividad aplicable para la época y la más favorable al demandante.

CONSIDERACIONES

En este caso no existe discusión respecto a que el demandante es beneficiario del régimen de transición pues así fue aceptado por COLPENSIONES en la resolución de reconocimiento pensional 030554 de 2005 (fl.8), por lo que la edad, el tiempo de servicios o las semanas cotizadas y el monto de la pensión se encuentran cobijados por el régimen de transición, pero no el IBL.

La jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que para quienes les faltare más de diez años, el IBL corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado el afiliado dentro de los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión o el de toda la vida laboral si hubiere cotizado 1250 semanas o más, presupuesto en que

se encuentra el demandante, pues tampoco fue objeto de reparo que cotizó 1421 semanas 1917 semanas, como se observa de historia laboral allegada por la entidad demandada visible a folio 33 del plenario.

Por su parte, la Corte Constitucional reafirmó el criterio anterior en sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015 en donde concluyó que el IBL no era un aspecto de la transición y por tanto, eran las reglas contenidas en el régimen general las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se perteneciera.

Siguiendo este derrotero jurisprudencial, se tiene en el presente conforme liquidación efectuada por el Grupo liquidador de esta Corporación, la que se anexa a este pronunciamiento al actor le resulta más favorable calcular su IBL, no como lo solicita, con el promedio de toda su vida laboral, pues la mesada pensional calculada de esta forma, al año 2004, ascendería a \$879.672, contrario sensu, con el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años, arroja como primera mesada pensional para esta anualidad que asciende a \$1.707.229, la que en efecto resulta superior a la reconocida por el ISS a través de resolución 030554 de 2005. (fl. 8).

Conforme lo anterior, contrario a lo manifestado por la recurrente, sí hay lugar a reliquidar la mesada pensional del demandante, en los términos señalados en la decisión de primer grado, pues si bien conforme liquidación a que se alude, la mesada pensional del actor al año 2004, es levemente superior a la liquidada en primera instancia, no se modificará tal suma, dado que tal aspecto no fue objeto de reproche por la parte demandante.

Prescripción

Habiendo sido propuesta esta excepción por la demandada, se estudiará este aspecto en grado de **consulta**, al respecto, se observa que como bien lo señaló la juzgadora de instancia, la resolución mediante la cual se reconoció derecho pensional y de la que devienen las inconformidades señaladas en este juicio, fue expedida en el año 2005 y el demandante, reclamó su reliquidación ante la demandada sólo hasta el 1 de septiembre de 2016 (fl. 46), lo que determina que se encuentran prescritas las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 1 de septiembre de 2013.

Por último, en cuanto los alegatos presentados por la demandada, no hay lugar a referirse a los mismos, pues plantea sus argumentos en pretensiones que no fueron elevadas en el presente como es el reconocimiento de incremento pensional.

Es así como al no haber lugar a modificar ningún aspecto de la sentencia de primer grado, se **confirmará** esta en su totalidad.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial 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 apelada, por las razones señaladas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 24-2018-050-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARÍA DEL CARMEN HERNÁNDEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la doctora Astrid Jasbleyde Cajiao, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación en apelación como en consulta el fallo proferido por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 28 de junio de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la entidad demandada y parte demandante.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA DEL CARMEN HERNÁNDEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE

que es beneficiaria del régimen de transición, por lo que tiene derecho a que se reliquide su pensión, conforme los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 1 de julio de 2002, con el promedio de lo devengado durante toda su vida laboral y teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados entre el 3 de septiembre de 1981 al 17 de enero de 1996, cotizados para la Caja de Previsión Social, declarando igualmente que para liquidar su pensión, le corresponde una tasa de reemplazo del 78%; como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se condene a la demandada a reliquidar su pensión con el promedio de lo cotizado durante toda su vida laboral y con los factores salariales señalados, con una tasa de reemplazo del 78%, junto con retroactivo de las diferencias causadas e intereses moratorios. (fl. 2 y 3).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que mediante resolución 2837 de 2005, el ISS le reconoció pensión de vejez conforme los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, tomando el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años y con una tasa de reemplazo del 65%, lo que arrojó una primera mesada pensional para el año 2002 de \$318.795, que el 11 de febrero de 2016, solicitó ante la demandada la reliquidación de la prestación, solicitud que le fue negada a través de resolución GNR 107700 de 2016, para lo cual indicó que el régimen pensional a ella aplicable, no era el del Acuerdo 049 de 1990, sino la Ley 71 de 1988, que en dicha resolución, efectúa una nueva liquidación teniendo como salario base la suma de \$785.915, con una tasa de reemplazo de 75%, arrojando como mesada pensional \$689.455 al año 2016.

Que contra dicho acto administrativo, presentó los recursos de Ley, señalando que el régimen pensional que le habían aplicado en primer momento para el reconocimiento de su pensión era el del Acuerdo 049 de 1990; no obstante lo anterior, a través de resolución GNR 176510 de 2016, la demandada niega el recurso de reposición y a través de la resolución VPB 28749 del 19 de julio de 2016, resuelve recurso de apelación negando el mismo y señalando que reliquidó la prestación bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988, que el 9 de enero de 2018, la Secretaría de Hacienda, subdirección de proyectos especiales, expidió certificación salarial, por el tiempo que laboró para esta entidad, detallando los factores salariales que devengó y los que se deben tener en cuenta para la liquidación de su mesada pensional.

Afirma que nació el 30 de abril de 1943, por lo que cumplió 55 años en el 2001 y es beneficiaria del régimen de transición como lo acepta la demandada y al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, le faltaban menos de 10 años para adquirir derecho pensional, que conforme el Decreto 1045 de 1978, su ingreso base cotización debe tener en cuenta todos los factores salariales por ella devengados, que cotizó más de 1034 semanas por lo que su pensión se debe liquidar con el promedio de lo devengado durante toda la vida laboral, con una tasa de reemplazo del 75%. (fls. 3 a 6)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 2 a 4, 6, 8, 10, 17 y 20, negó los No. 1, 7, 14 a 16, 18 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó violación al principio constitucional de sostenibilidad del sistema, falta de causa para pedir y prescripción. (fl.54).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió CONDENAR a la demandada a reliquidar la pensión de la demandante en cuantía de \$624.484,38, a partir del 11 de febrero de 2013, condenándola a pagar las diferencias pensionales generadas a partir del 11 de febrero de 2013, junto con reajustes e indexación, absolvió de las demás pretensiones y declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 11 de febrero de 2013 y condenó en costas a la demandada. (fl.84).

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez de conocimiento:

Procede el despacho a resolver lo relativo a la reliquidación de la pensión de vejez para lo cual verificar si la demandante es beneficiaria del régimen de transición establecido en el Art 36 de la ley 100 del 93 en cuyos términos la edad para acceder a la pensión de la vejez, el tiempo de servicio, el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia al sistema tenga 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres o 15 o más años de servicios cotizados será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentran afiliados las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión, se regirá por las disposiciones contenidas en la presente ley. Por otro lado el acto legislativo 01 de 2005 en el parágrafo cuarto que fue adicionado al Art 48 de la constitución política de Colombia que modifico el régimen de transición dispuso; el régimen de transición establecido en la ley 100 del 93 y demás normas que desarrollen dicho régimen no podrá extenderse más allá del

31 de julio del año 2010 excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen además tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente acto legislativo a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014, normatividad que determino que el régimen de transición perdería vigencia el 31 de julio del 2010 excepto para aquellas personas que a su entrada en vigencia hubieran cotizado en tiempo de servicios mínimo 750 semanas, eso se significa que la actora que acredito el estatus de pensionada antes del 31 de julio de 2010 o en su defecto que para el 29 de julio del 2005 de entrar en vigencia el acto legislativo 01 del 2005 había cotizado o tenía tiempo de servicio equivalente a 750 semanas, así las cosas como la actora que no existe duda obtuvo el estatus de pensionada a partir del 1 de julio del 2002 eso es antes del 31 de julio de 2010 no es necesario verificar si a la entrada del acto legislativo tenía las 750 semanas en ese orden como la demandante nació el 30 de abril del 46 tal y como consta en su cedula de ciudadanía folio 42 por lo que a la entrada en vigencia de la ley 100 del 93, 1 de abril del 94 contaba con 47 años de edad lo que la hacía beneficiaria del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la ley 100 del 93, además así lo determino la convocada esto es colpensiones en la resolución GNR107700 del 18 de abril de 2016 donde se señalo que la demandante le resultaba más favorable por ser beneficiaria del régimen de transición la aplicación de la ley 71 del 88, así las cosas el despacho debe verificar si además de los requisitos de la ley 71 del 88 la demandante cumplía con las exigencias del Art 12 del acuerdo 049 al 90 para acceder a la pensión, norma que para el caso de las mujeres exige el cumplimiento de 55 años de edad y un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o haber acreditado un numero de 1000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo siendo ello así como ya se indico María del Carmen Hernández Corredor cumplió los 55 años de edad el 30 de abril del año 2001 como se puede inferir del documento que obra folio 42 esto es de la cedula de ciudadanía. Sin embargo durante toda la vida laboral a colpensiones cotizo 298.14 semanas como se desprende del reporte semanas cotizadas y si bien apporto a la caja de previsión social de Bogotá desde el 3 de septiembre del 81 hasta el 17 de enero del 96 el acuerdo 049, no contempla la posibilidad de adicionar los tiempos cotizados en el instituto de seguros sociales a los tiempos servidos en entidades públicas y aportados a la caja de previsión social ya que ellos solo lo permiten en la ley 71 del 88 y la ley 100 del 93, en efecto la sala laboral de la corte suprema de justicia reitera que para los beneficiarios del régimen de transición cuyo régimen anterior aplicable sea el de instituto de seguros sociales es decir el acuerdo 049 del 90.

La exigencia del número de semanas debe entenderse como aquellas efectivamente cotizadas al ISS puesto que para el aludido acuerdo no existe una disposición que permita direccionar a las semanas cotizadas el tiempo servido en el sector público como si acontece para ley 100 del 93 para las pensiones que se rijan en su integridad por ella o como también puede ocurrir respecto a la pensión de jubilación por aportes establecida en la ley 71 del 88 o como también entre otras decisiones si se quiere se puede consultar la sentencia SL4457 del 2014 o la 47472 del 30 de septiembre del 2015 en consecuencia no procede reliquidacion de la pensión de la demandante conformidad con el acuerdo 049 pues este estrado judicial acoge y aplica la jurisprudencia del máximo órgano cierre de la jurisdicción ordinaria laboral esto es de la corte suprema de justicia pues no aplica la sentencia SU769 de la corte constitucional que admite que se tenga en cuenta tiempos públicos y privados para efectos del reconocimiento de la pensión con fundamento en el acuerdo 049 del 90 pues aquella decisión lo que busco fue garantizar el derecho fundamental de la seguridad social, así como el mínimo vital de aquellas personas que contando con un gran número de semanas cotizadas y tiempo de servicios públicos o cotizados a cajas de previsión social no cumplían con los requisitos para acceder a la pensión bajo los presupuestos de la ley 71 del 88 tampoco de la ley 100 del 93 ni ninguna otra norma, es por eso que la corte constitucional aplico esa sentencia a algunos afiliados en aras de garantizar derechos fundamentales sin embargo se reitera que el juzgado acoge el criterio de la corte suprema de justicia en esa medida no procede la reliquidacion solicitada por la demandante bajo los presupuestos del acuerdo 049 del 90.

Ahora en cuanto a la reliquidacion y aplicación de los factores salariales si bien la parte actora solicita se tengan en cuenta los enlistados en el Art 45 del decreto 1045 del 78 sin embargo tal decreto no aplica en el caso o estudio pues la norma en vigente para el momento en que la demandante adquirió el estatus de pensionada lo es el decreto 1158 del 94 que en su Art 1 dispone base de cotización, el salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo estará constituido por los siguientes factores:

- ✓ La asignación básica mensual
- ✓ Los gastos de representación

- ✓ La prima técnica cuando sea factor de salario
- ✓ Las primas de antigüedad asensorial de capacitación cuando sea factor salario.
- ✓ La remuneración por trabajo dominical o gestión.
- ✓ La remuneración por trabajo suplementario, horas extras o realizado en jornada nocturna.
- ✓ La bonificación por servicios prestados.

Por tanto son tales factores los que se deben tener en cuenta para efectos de verificar si la demandante tiene derecho a una reliquidación teniendo en cuenta el ingreso o base de liquidación de toda la vida, sin embargo se ha de precisar que en reiterada consistente y sólida jurisprudencia de la sala laboral de la corte suprema de justicia doctrina que el régimen de transición garantiza a sus beneficiarios de cara a la prestación de vejez, su jubilación y en relación con la normatividad que venía rigiéndolo atinente a la edad de servicio o al número de semanas cotizadas para acceder al derecho del monto de la prestación en lo que toca a la tasa de reemplazo pero no lo referente al ingreso base de reliquidación que se rige en principio por lo previsto por el legislador en el inciso 3 del Art 36 de ley 100 del 93 para quienes estando en transición les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho que para efectos de obtener el ingreso base de liquidación se debe tener en cuenta el medio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, situación que se aplica en el caso estudio dado que la demandante para el 1 de abril del 94 le hacían falta menos de 10 años para adquirir el derecho de la pensión habiéndolos cumplido los requisitos el 1 de julio del 2002 siendo ello así procede el juzgado a realizar las operaciones aritméticas correspondientes para verificar si hay lugar a la reliquidación solicitada, se reitera teniendo en cuenta como factores los señalados en el decreto 1158 de 1994 efectuadas las operaciones del caso se colige que al tener en cuenta lo cotizado durante toda la vida laboral con los factores antes referidos se tiene como base ingreso de liquidación la suma de \$ 496.933 con 28 pesos al cual se le aplica una tasa de reemplazo del 75% que corresponde a la determinada por la ley 71 de 1988 obteniendo como una mesada inicial la suma de \$ 372.699 con 96 pesos para el año 2002. Teniendo en cuenta que mediante la resolución 2837 del 4 de febrero del 2005 se obtuvo como primera mesada pensional la suma de \$ 318.795 pesos existe una diferencia entre el valor reconocido por la demandante y el obtenido por el juzgado en la suma de \$5.3904,96, así las cosas se deberá condenar a colpensiones a reliquidar la primera mesada pensional de la demandante.

El despacho procede a pronunciarse sobre la prescripción antes referida, es así que nuestra legislación laboral contempla el termino trienal para ejercer las sanciones correspondientes a los derechos laborales y de la seguridad social del termino trienal tal como lo señalan los Art 488 y 151 del código procesal del trabajo y seguridad social en esa medida como en el caso prescriben son las mesadas pensionales para este caso las diferencias no el derecho en sí mismo y que el 11 de febrero del 2016 la demandante solicito la reliquidación de la pensión de vejez la cual fue negada mediante las resoluciones entre otras la VPB 29749 de 19 julio del 2016, la demanda la presento el 31 de enero del 2018 por tanto se declarara prescritas las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad al 11 de febrero de 2013 por ello debe declararse parcialmente aprobada la excepción de prescripción en consecuencia efectuada las operaciones del caso para la anualidad del 2013 se obtiene una mesada de \$ 624.484 pesos con 38 centavos teniendo en cuenta el incremento que efectuado para las pensiones por tanto se condenara a colpensiones al reconocimiento de las diferencias pensionales causadas a partir del 11 de febrero del 2013, teniendo en cuenta como mesada pensional para esa anualidad la suma de \$ 624.484 pesos con 38 centavos debiendo pagar el retroactivo que se le cause por diferencia desde esa fecha, diferencia que se debe obtener entre el valor que viene reconociendo la entidad convocada por el valor que obtuvo el juzgado al cual se le autoriza se le haga los respectivos descuentos en salud

Con el arreglo al Art 141 de la ley 100 del 93 a partir del 1 de enero del 94 en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley la entidad correspondiente reconocerá y cancelara al pensionado además de la obligación a su cargo la tasa máxima de interés moratorio vigente para el momento en que se efectuó el pago ahora si bien debe advertirse que la sala laboral de la corte suprema de justicia ha aceptado la aplicación de intereses moratorios a las pensiones de los regímenes anteriores a la ley 100 ello lo ha admitido solo para los administrados por el ISS hoy colpensiones, es decir respecto a las pensiones que se reconozcan con fundamento en el acuerdo 049 de 1990 dado que la mencionada norma se tiende a incorporar en el sistema integral de seguridad social pero no para prestaciones que se hayan reconocido con fundamento para en la ley 71 de 1988 así lo han señalado en diferentes decisiones como la 3808 de 2010, la 39830 del 2011, la 10030 del 2014, la 5702 de 2015, la 1670 de 2018, la 3608 de 2018, la CL 3136 de 2018 entre otras de acuerdo con lo anterior no proceden los intereses moratorios teniendo en cuenta que

el reconocimiento de la pensión de la demandante se dio a bajo los preceptos de la ley 71 del 98 más aun cuando lo que se ordena aquí es el pago o las diferencias evento en el cual no procede el pago de intereses moratorios como lo ha doctrinado la corte suprema de justicia entre otras decisiones en la SL 4183 del 2018 con ponencia del doctor Luis Gabriel Miranda. Dada la pérdida de poder adquisitivo de la moneda procede la indexación de las diferencias que se ordenaron en esta decisión la cual deben indexarse desde la fecha de causación de cada una de ellas hasta que se incluyan en nómina o se paguen a la demandante por lo tanto se ordenara el pago de la indexación de las diferencias a que fue condenada la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** solicitó:

En especial a la cuantía con el ingreso base de liquidación que promedia usted con los factores salariales determinado en el decreto 1158 de 1994, dicho decreto se aplica para el caso puntual de la señora María del Carmen pero en la liquidación no se ve reflejado que se estén teniendo en cuenta la totalidad de los factores.

Así mismo también interpongo el recurso con respecto a los intereses de mora que no fueron otorgados por usted ya que los intereses de mora se aplican para las mesadas pensionales no pagadas por lo tanto es aplicable ese interés de mora a esas sumas de dinero no pagadas a su tiempo por la entidad demandada. Ahora los intereses de mora es condenar a la entidad que debería haber tenido en cuenta en la liquidación de la pensión, haber otorgado la reliquidación con los promedios de los últimos 10 años cotizados en conformidad con la ley 100 de 1994 por lo cual es un total desacierto por parte de dicha entidad en la cual no se hizo un trámite previo a mi cliente para haberle modificado su estatus o derecho pensional toda vez que ya le estaba aplicando otra norma. La sanción por intereses de mora es aplicable teniendo en cuenta que le faltaban 10 años para tener derecho a su estatus pensional después de la vigencia de la ley 100 de 1993 y aun así la entidad mantuvo su posición de no otorgar dicha reliquidación.

Si bien es cierto la norma más favorable para ella es la ley 71 de 1988, la sanción por intereses de mora es aplicable teniendo en cuenta que le faltaban 10 años para tener derecho a su estatus pensional después de la vigencia de la ley 100 de 1993 y aun así mantuvo su posición de no otorgar dicha reliquidación, por lo tanto es que el concepto de este togado quiera usted señora juez en no otorgar esos intereses de mora.

CONSIDERACIONES

En este caso no existe discusión respecto a que la demandante es beneficiaria del régimen de transición pues así fue aceptado por COLPENSIONES en la resolución de reconocimiento pensional 02837 de 2005 (fl.15) y en sus alegatos de conclusión, por lo que la edad, el tiempo de servicios o las semanas cotizadas y el monto de la pensión se encuentran cobijados por el régimen de transición, pero no el IBL.

Como bien lo señala la demandada en sus alegaciones, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que para quienes les faltare más de diez años se aplica el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado el afiliado dentro de los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión o el de toda la vida laboral si hubiere cotizado

1250 semanas o más y **para quienes les faltare menos de diez años para pensionarse como es el caso de la señora María del Carmen Hernández pues a 1 de abril de 1994 contaba con 47 años**, como se verifica de documental contentiva de copia de documento de identificación (fl.42), por lo que su IBL, se calcula conforme lo previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta o el de toda la vida laboral si este fuere superior, sentencia radicado No. 47162 del 30 de abril de 2013.

Por su parte, la Corte Constitucional reafirmó el criterio anterior en sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015 en donde concluyó que el IBL no era un aspecto de la transición y por tanto, eran las reglas contenidas en el régimen general las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se perteneciera.

La juez de primer grado tuvo en cuenta para la liquidar la prestación de la demandante, los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994, los que son aplicables para quienes prestaron sus servicios toda su vida al sector público y su derecho pensional está gobernado por la Ley 33 de 1985, caso que no es el de la actora, pues no fue objeto de reparo que le fue concedida pensión de vejez a través de la Ley 71 de 1988, por lo que contrario a lo manifestado por el recurrente también en sus alegaciones, no hay lugar a tener en cuenta dichos factores salariales para hallar el IBL de la prestación pensional, siendo pertinente reiterar al respecto pronunciamiento emanado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, radicado No. 79128 del 22 de enero de 2020, M.P. Jorge Luis Quiroz, en el cual reiteró:

En efecto, esta Corte ha sostenido en reiteradas ocasiones, como por ejemplo en sentencia SL5574-2018 del 21 de diciembre de 2018, lo siguiente:

*“Pues bien, esta Sala, de acuerdo con lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ha prohijado que quienes se benefician del régimen de transición conservan tres aspectos puntuales del sistema pensional anterior al cual se encontraban afiliados, esto es, la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión, en tanto que tratándose del ingreso base de liquidación, este se encuentra gobernado por lo estatuido en la Ley 100 de 1993. **De manera que, el IBL de la pensión del señor Luis Rodrigo Peña Ariza no podía ser calculado con fundamento en lo establecido en el art. 1.º de la L. 33/1985, sino de acuerdo con la norma anteriormente mencionada, como bien lo acertó el tribunal de alzada.***

Esta Corporación tiene definido que la norma aplicable para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez en casos como el que ocupa la atención de la Sala, no es otra que el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no siendo en consecuencia de recibo lo pretendido por la parte actora de que el IBL debió liquidarse con el 75% pero del promedio salarial devengado durante el último año de servicios, lo que trae consigo que no sea factible aplicar en su integridad el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, sino únicamente en aquellos aspectos que en el régimen de transición se dispuso eran gobernados por la legislación anterior, valga decir, la edad para acceder a la prestación, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto porcentual de la pensión.

En sentencia reciente del 20 de octubre de 2009 radicado 36662, en donde se discutía este puntual aspecto, la Sala mantuvo invariable su propio criterio que viene de tiempo atrás, cuyas enseñanzas desvirtúan lo expresado por la censura al final del cargo como <consideraciones de instancia>, y que ahora se reiteran por cuanto no existen nuevos elementos de juicio que permitan modificar el criterio que actualmente impera. En la decisión en comento, se puntualizó:

(...) La censura persigue que se determine jurídicamente, que el Tribunal le dio un entendimiento o alcance equivocado al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al concluir que a un empleado público en régimen de transición se le liquida la pensión con el IBL en la forma prevista en el inciso 3° de ese ordenamiento legal, cuando debió acoger para estos efectos en su integridad el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 y con base en ello establecer el promedio devengado, que le resultaría más favorable al afiliado, y así no se violaría el principio de inescindibilidad de la norma, máxime que la transición conlleva la aplicación del régimen anterior y expresamente en lo que tiene que ver con el tiempo de servicios, la edad y el monto de la pensión; todo lo cual con el firme propósito de hacer variar la actual postura de la Corte Suprema de Justicia.

Pues bien, planteadas así las cosas, como primera medida es de recordar, que tanto los trabajadores del sector privado como los servidores públicos con vinculación contractual, legal o reglamentaria son beneficiarios del régimen de transición, siempre y cuando cumplan los presupuestos señalados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que significa que al no haber exclusión alguna se aplica a los sectores públicos en todos sus órdenes.

En segundo lugar, cabe decir, que esta Sala de la Corte ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en innumerables ocasiones, en relación al fenómeno jurídico de la transición pensional consagrado en el mencionado artículo 36 y la intelección que ha de dársele a esta norma, reiterando que a los sujetos que los cobija, se les respetó tres aspectos en los términos estipulados en las anteriores preceptivas: **a) La edad para acceder a la prestación, b) el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y c) el monto porcentual de la pensión, que para este asunto corresponde al 75% conforme.**

Aunado a lo anterior, y como a la actora le fue reconocida la pensión de vejez bajo los postulados de la Ley 71 de 1988, no sería posible acceder a lo pretendido en los términos requeridos por ella. (negrilla fuera del texto original)

Siguiendo este derrotero jurisprudencial, se itera, no es procedente liquidar la prestación como lo solicita el recurrente y como lo señalara la juez de primer grado, siendo pertinente para hallar el IBL, calcularlo con el promedio de lo

devengado durante el tiempo que le hacía falta para adquirir derecho pensional o durante toda su vida laboral, siéndole más favorable el cálculo de su IBL con el promedio de lo cotizado durante toda su vida laboral como se observa de liquidación efectuada por el Grupo liquidador de esta Corporación, que se anexa a este pronunciamiento, pues la mesada pensional calculada de esta forma, al año 2002, ascendería a \$362.809, la que en efecto resulta superior a la reconocida por el ISS a través de resolución 002837 de 2005. (fl. 17), pero inferior al valor indicado en la instancia, pues dicha mesada actualizada al año 2013, asciende a \$607.912, razón por la cual, se **modificarán en grado de consulta** los numerales PRIMERO y SEGUNDO de sentencia recurrida, para señalar dicha cuantía como mesada pensional a reconocer a favor de la demandante por parte de la demandada en el año 2013.

Ahora, frente al segundo punto de reproche, esto es el reconocimiento de intereses moratorios, se observa que la decisión frente a este aspecto proferida por la Juez de primer grado, se encuentra ajustada a derecho, pues de la sola lectura del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se determina que el reconocimiento y pago de estos, solo procede ante el retardo en el pago de las **mesadas pensionales**, supuesto en el que no se encuentra la demandante, pues a su favor se causan diferencias pensionales, en este sentido, también resulta pertinente citar pronunciamiento de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, radicación 55788 del 3 de julio de 2020, M.P. Omar Ángel Mejía, en el cual reiteró:

*En lo referente al reconocimiento de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, resulta pertinente reiterar que, según la jurisprudencia de esta Corte, estos no proceden, entre otras situaciones, frente a pensiones convencionales (SL8544-2016) **y en eventos de reajuste y reliquidación pensional (SL738-2018), como quedó relacionado en la sentencia CSJ SL 4794-2019.** (Negrilla fuera del texto original)*

Por lo anterior, no hay lugar a variar la decisión en este aspecto.

Prescripción

Habiendo sido propuesta esta excepción por la demandada, se estudiará este aspecto en grado de **consulta**, al respecto, se observa que como bien lo señaló la juzgadora de instancia, la resolución mediante la cual se reconoció

derecho pensional y de la que devienen las inconformidades señaladas en este juicio, fue expedida en el año 2005 y el demandante, reclamó su reliquidación ante la demandada sólo hasta el 11 de febrero de 2016 (fl. 18), lo que determina que se encuentran prescritas las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 11 de febrero de 2013.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales PRIMERO y SEGUNDO de sentencia recurrida en el sentido de señalar como cuantía de la mesada pensional de la actora para el año 2013, la suma \$607.912, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY

Magistrado