

República de Colombia



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

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JAVIER RICARDO MARTÍNEZ PEÑA contra FIDUAGRARIA S.A. vocera y administradora del PAR ISS LIQUIDADO y la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JAVIER RICARDO MARTÍNEZ PEÑA**, se **declare** que estuvo vinculado al ISS y despedido sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la demandada al pago de cesantías e intereses sobre las mismas convencionales, indemnización moratoria, indexación de las sumas adeudadas, vacaciones, prima extralegal de vacaciones, prima extralegal de servicios, prima de navidad, auxilio de transporte y de alimentación convencional, aportes a seguridad social que le correspondía sufragar a la entidad, incremento salarial reconocido para los trabajadores oficiales correspondiente a los años 2008 a 2013 y las costas del proceso (fls. 210 y 211).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 7 a 10), señaló que prestó sus servicios personales al ISS entre el 23 de junio de 2008 y el 28 de febrero de 2013, desempeñando funciones propias de un auxiliar administrativo en el departamento nacional de mantenimiento, cuya vinculación se dio a través de sendos contratos de prestación de servicios. Refiere que recibió órdenes de sus superiores, además de cumplir un horario y prestar el servicio de conductor de carros oficiales del Instituto. Sostiene que en la entidad habían trabajadores de planta que prestaban sus servicios en condiciones idénticas a las de él, quienes percibían una asignación básica y una serie de prestaciones, que él no recibía, en tanto la accionada no le canceló las prestaciones sociales legales y extralegales a que tenía derecho. Finalmente, expone que el 8 de agosto de 2014 solicitó a la entidad el reconocimiento de sus derechos como trabajador oficial, agotando el procedimiento administrativo.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

FIDUAGRARIA S.A. vocera y administradora del PAR ISS LIQUIDADO contestó la demanda (fls. 239 a 263), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 13 y niega y no le constan los demás. Propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia del derecho y de la obligación, pago, ausencia del vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe, inexistencia de la convención colectiva, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes y cosa juzgada.

LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 293 a 305). Respecto a los hechos, no le constan en su totalidad. Formuló las excepciones de falta de legitimidad en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de la facultad y consecuente deber jurídico del Ministerio para reconocer y pagar prestaciones sociales y derechos convencionales, inexistencia de solidaridad entre el ISS y el Ministerio y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 24 de septiembre de 2019 (CD – fl. 364), **declaró** que entre el demandante y el entonces ISS liquidado hoy PAR ISS cuyo vocero y administrador es FIDUAGRARIA S.A. en su condición de empleador, existió un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 16 de junio de 2008 y el 28 de febrero de 2013, **condenó** al PAR ISS a pagar al demandante las siguientes sumas y conceptos: \$6.234.608 de cesantías, \$329.381 de intereses a las cesantías, \$2.623.547 de vacaciones, \$1.790.396 de prima convencional de servicios, \$2.378.026 de prima legal de navidad y \$26.298.921 de indemnización moratoria, junto con el pago indexado de las vacaciones, **ordenó** a la demandada reintegrar al actor las sumas que debió cancelar el ISS como empleador al sistema de seguridad social, entre el mes de agosto de 2011 y el 28 de febrero de 2013, **declaró** probada parcialmente la excepción de prescripción por los derechos causados antes del 8 de agosto de 2011, excepto las vacaciones que se encuentran prescritas desde el 8 de agosto de 2010 y las cesantías que no se ven afectadas por esta, **absolvió** al PAR ISS de las demás pretensiones de la demanda y a la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** de la totalidad de ellas y **condenó** en costas al PAR ISS incluyendo como agencias en derecho la suma de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Fundamentó su decisión, indicando que se encuentra probada la prestación personal del servicio del demandante al extinto ISS, con los contratos de prestación de servicios allegados donde se evidencia que ejecutó labores como conductor al servicio de la entidad, del 16 de junio de 2008 al 28 de febrero de 2013 y con la certificación expedida por el Instituto. Refiere que los testigos recepcionados señalaron que el actor era conductor y ejecutaba las mismas labores que los empleados de planta. Sostiene que la subordinación quedó plenamente demostrada con lo dicho por los testigos, en el sentido que el ISS fue el que le asignó el vehículo, al igual que recibía órdenes del jefe y seguía las instrucciones de estos, en tanto debía estar pendiente del llamado, el horario podía abarcar todo el día y para hacerle mantenimiento el vehículo debía informarlo, pedir permiso y cumplir las órdenes de la persona que le fuera asignada, al punto que debían estar disponibles las 24 horas e incluso los fines de semana. Expone que si bien

el actor firmó sucesivos contratos de prestación de servicios, su labor no era independiente y libre, sino que se encontraba sometida a las directrices del ISS y de los funcionarios de esa entidad, ante quienes tenía que estar disponible para la prestación del servicio durante el tiempo requerido, lo que demuestra el elemento de subordinación. Sobre el salario, este será el que se pactó en los contratos de prestación de servicios, una vez promediados por año, arroja las siguientes sumas: \$1.053.439 para 2008, \$1.120.772 para 2009, \$1.145.581 para 2010, \$1.184.429 para 2011, \$1.193.597 para 2012 y \$1.193.597 para 2013, señalado, que es procedente declarar la existencia del contrato de trabajo desde el 16 de junio de 2008 y el 28 de febrero de 2013, pues este no fue desvirtuado por la demandada, ostentando el accionante la calidad de trabajador oficial, lo que a su vez, lo hace beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS, la cual dispone que es aplicable a todos los trabajadores oficiales de la entidad y que es corroborado con lo dicho sobre el tema, por la Corte Suprema de Justicia.

En lo atinente a la excepción de prescripción, indica que la misma prospera parcialmente respecto de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 8 de agosto de 2011, como quiera que la reclamación se hizo el mismo día y mes del año 2014 y la demanda se presentó en 2015, mientras que las vacaciones prescribirán desde el 8 de agosto de 2010 y a las cesantías no se ven afectadas por dicha excepción. En cuanto a la diferencia salarial y pago de salarios, refiere que en el proceso no fue objeto de debate tal aspecto y si bien se aportó con la demanda el manual de funciones y requisitos para el desempeño de cargos en el ISS, de conformidad con la Resolución 2800 de 1994 y las tablas salariales, pese a que su cargo se asemejaba al de un conductor mecánico, no se probó a que grado correspondía dentro de los que se encuentran establecidos para ese cargo. Respecto al auxilio de transporte y alimentación, ordena su pago desde el año 2011, en la medida que cumple con los requisitos para acceder a este por no superar el salario los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, como lo establece la convención colectiva de trabajo, al igual que también fulminó condena por concepto de cesantías, intereses a las cesantías convencionales, vacaciones, prima convencional de servicios y prima legal de navidad. No hay lugar a imponer condena por concepto de prima de vacaciones, ya que de acuerdo

a la tabla contenida en la convención colectiva de trabajo, tendrán derecho a esta quienes hayan laborado 5 años o más a la entidad y en este evento, el accionante no alcanzó a completar 5 años de servicio al ISS.

Sobre el pago proporcional de los aportes a seguridad social en salud y pensión, menciona que se ordenará el reintegro de las sumas que debió cancelar el Instituto como verdadero empleador al sistema, causados desde agosto de 2011 hasta febrero de 2013, la suma de \$2.268.544.

Respecto de la indemnización por despido convencional, indica que sobre ese punto no se impartirá condena, como quiera que no existe prueba de carta o comunicación alguna de la que se derive las razones por las cuales el actor se retiró de la entidad, sin que cumpliera con la carga impuesta para ello en los términos del artículo 167 del CST.

En lo atinente a la indemnización moratoria, señala que en este asunto no existen pruebas ni razonamientos convincentes que justifiquen la conducta omisiva del ISS, pues el hecho que entre las partes se hayan suscrito abundantes contratos de prestación de servicios, no es suficiente para probar la buena fe, dado que los mismos demuestran que la vinculación del accionante no fue transitoria sino permanente en el desarrollo del objeto de la entidad, pretendiendo esta, ocultar la existencia de una verdadera relación laboral y por ende, sustraerse en el pago de las acreencias laborales del demandante, cuando claramente se demostró la subordinación que imperó en ese vínculo contractual; considerando, que se debe condenar a la demandada a su pago en razón de \$39.787 diarios desde el 1° de junio de 2013 y hasta el 31 de marzo de 2015 que fue el plazo máximo que se fijó para la culminación del ISS, para un total de \$26.298.921.

Finalmente, en cuanto al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, de conformidad con el Decreto 1051 de 2016, esta subrogará el pago de cualquier condena en contra del ISS hoy liquidado, una vez este no cuente con los recursos para asumir tales obligaciones, lo cual no acontece en el momento como quiera que hay un PAR que todavía está en la capacidad de asumir tales responsabilidades, por lo que no se emitirá condena alguna en contra de dicho ente, pues este dolo tendría obligación cuando el PAR ISS

declare que ya no cuenta con los recursos para asumir las condenas emanadas de las sentencias de obligaciones contractuales y extracontractuales a cargo del Instituto.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, respecto de la absolución por concepto de indemnización por despido injusto y se modifique la condena por indemnización moratoria e indexación. Refiere que la convención colectiva de trabajo establece que el ISS por regla general celebra con sus trabajadores contratos a término indefinido, lo que significa que el contrato que se acaba de declarar sea a término indefinido y bajo ese entendido el despido se encuentra acreditado con el último de los contratos prestados y con la certificación expedida por el ISS que señalan un extremo final de la relación del 28 de febrero de 2013, al igual que sobre el tema, la Corte Suprema ha señalado que al declararse la existencia de un contrato a término indefinido se tiene por acreditado el hecho del despido y ante la ausencia de la justa causa, se condenar al pago de la indemnización por despido sin justa causa. Sostiene que se debe condenar la condena por concepto de indemnización moratoria ya que esta se dio de manera limitada a 31 de marzo de 2015, pues en este caso no se argumenta la escases económica para el no pago de las prestaciones como para inferir que se debe limitar a la liquidación, por el contrario, la entidad no pagó bajo el entendido que no existía un contrato de trabajo, de ahí que el estado de liquidación no limita la imposición de la sanción moratoria, sumado a que la moratoria se impone a la entidad y no al liquidador, por ende, solicita que la indemnización vaya hasta la fecha en que se paguen las acreencias objeto de condena y no hasta la liquidación del ISS y en caso que se considere su limitación, debe ordenarse la indexación de las condenas desde el 1° de abril de 2015 y hasta que se realice el pago, en tanto la Corte lo que ha dicho es que no puede haber una concurrencia entre la moratoria y la indexación y en ese caso, no se daría ese presupuesto por cuanto no serían concurrentes.

FIDUAGRARIA S.A. vocera y administradora del PAR ISS LIQUIDADO apeló la decisión, señalando que quedó probado que el demandante estuvo vinculado al ISS como contratista de acuerdo a la Ley 80 de 1993,

manifestando disponibilidad de tiempo para ser contratado a través de ese vínculo laboral, al igual que solicita se revise en interrogatorio, testimonios y la prueba documental arrimadas al expediente y así se absuelva a la entidad de las condenas impuestas, incluidas las prestaciones convencionales por el ser contratista no era beneficiario de la convención colectiva de trabajo y sobre el reintegro de los aportes a seguridad social, el accionante sabía cómo contratista que debía asumir ese pago como independiente y requisito para firmar los contratos de prestación de servicios. Finalmente, solicita se revise la condena impuesta por concepto de indemnización moratoria ya que al ser el contrato de prestación de servicios un acuerdo de voluntades, el actor estuvo de acuerdo con la forma de vinculación y por ello, no tendría que ser condenada la entidad cuando el demandante desde un principio aceptó ese acuerdo de voluntades.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si entre la demandante y el ISS hoy liquidado, existió un contrato de trabajo entre el 16 de junio de 2008 y el 23 de febrero de 2013 o si por el contrario, el vínculo que unió a las partes, estuvo regido por sendos contratos de prestación de servicios regulados en la Ley 80 de 1993 y en caso de probarse en vínculo laboral, se analizará si hay lugar al pago de las prestaciones sociales legales y convencionales, además de la devolución de lo pagado por el accionante por concepto de aportes a la seguridad social, indemnización moratoria e indemnización por despido sin justa causa.

Contrato de trabajo

Afirma el accionante que prestó sus servicios personales al ISS de manera continua, subordinada y dependiente, además de cumplir un horario, del 16 de junio de 2008 al 23 de febrero de 2013.

Según los contratos que militan a folios 5 a 20 y la certificación de folio 21, se tiene que el actor se vinculó al Instituto bajo la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios Profesionales regulado en la Ley 80 de 1993;

contratación esta que si bien es válida, en su desarrollo pueden presentarse elementos y características de un contrato de trabajo, lo cual se evidencia de la realidad de la relación y que debe primar frente a los datos aparentes que ofrezcan los documentos o contratos con apoyo en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Así mismo y en tratándose de trabajadores oficiales, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1975, señala:

“Artículo 20. El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción.”

De otro lado, en este asunto de trascendental valor, determinar la calidad de servidor público que ostentaba el señor JAVERI RICARDO MARTÍNEZ PEÑA durante la vigencia de la relación laboral pretendida con la demandada, de conformidad con el Acuerdo 145 del 4 de febrero de 1997, máxime si las condenas solicitadas se encuentran cimentadas en la existencia de un contrato de trabajo.

Así las cosas, se tiene que los Decretos 461 de 1994 y 656 de 1995, aprobatorios de los Acuerdos No. 003 de 1993 y 82 de 1995 que contemplaban la categoría de los funcionarios de la seguridad social del I.S.S., fueron derogados mediante el Decreto 416 del 20 de febrero de 1997, que aprobó el Acuerdo 145 del 4 de febrero de 1997, expedido por el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, en el cual se estableció que sus servidores se clasificarían según su desempeño en:

Empleados Públicos: Presidente del Instituto, Secretario General y Seccional, Vicepresidente, Gerente, Director, Asesor, Jefe de Departamento, Jefe de Unidad, Subgerente, Coordinador Clase I, II, III, IV y V, Jefe de Sección, Funcionarios Profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de Servicios de Salud y Contratación de Servicios de Salud, Servidores Profesionales y las Secretarías Ejecutivas de los Despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.

Trabajadores Oficiales: Las personas que desempeñen los demás cargos.

Revisadas las pruebas obrantes en el expediente, del objeto de los contratos de prestación de servicios, se desprende que el accionante fue contratado para conducir el vehículo asignado por el seguro social, respetando la normatividad contenida en el código nacional de tránsito, asistir a las actividades programadas por el Instituto, colaborar con los entes de investigación o control del seguro social cuando así se requiera, colaborar y propender en el cuidado de las propiedades de la entidad, cumplir la asignación definida y establecida del servicio, mantener el automotor limpio y aseado, mantener todas las herramientas y equipos de seguridad de carretera dentro del vehículo como aquellos elementos indispensables que se requieran, revisar y mantener actualizado los documentos legales del vehículo reportando con antelación de 30 días cualquier vencimiento, entre otros.

En igual sentido, del interrogatorio de parte del demandante como de los testimonios de ORLANDO GALINDO y JAVIER DÍAZ, se desprende que aquel se vinculó a ISS mediante contrato de prestación de servicios, ejecutando labores como conductor, cumpliendo órdenes del jefe del departamento nacional de mantenimiento, quien era el que les asignaba el funcionario al que debían transportar y este a su vez, les decía a donde lo llevaban y las horas en que lo tenían que recoger, empezando sus jornadas a las 5 o 6 am y culminando a las 8 o 9 pm según lo que les dijera el personaje, al igual que tenían que estar disponibles las 24 horas del día e incluso la mayoría de veces les tocaba laborar los fines de semana. Sostienen que debían avisar cuando iban a tanquear el vehículo y pedir permiso al jefe de mantenimiento. Finalmente, aducen que los carros eran de propiedad del instituto y que habían empleados de planta que desarrollaban las mismas funciones.

Conforme a ello, no cabe duda para la sala que se encuentra probada la prestación del servicio del demandante para con el ISS, desprendiéndose la existencia de una relación laboral de tipo contractual en la que el actor de acuerdo a lo dicho en precedencia, ostentó la calidad de trabajador oficial, recayendo sobre él la presunción de que trata el artículo 20 del Decreto 2127

de 1945, la cual, la accionada no logró desvirtuar, en tanto no aportó ningún elemento probatorio para ello; sin que los contratos de prestación de servicios celebrados con el ISS por si solos, den cuenta que en efecto la relación que unió a las partes, haya sido autónoma e independiente.

Aunado a ello, dada las funciones del demandante, es claro que estas podían desarrollarse por el personal de planta de esta tan así, que en la Resolución 2800 de 1994 (fls. 113 a 169) por la cual se establece el manual de funciones y requisitos para el desempeño de los empleos del ISS, se denota que este tenía dentro de su planta el cargo de conductor en diferentes grados, sumado al hecho que en el caso del accionante, lo único que se requería era saber conducir sin que para ello necesitara algún conocimiento especializado, a más, que el transportar a los funcionarios de la entidad, es una actividad que no puede ejecutarse de forma independiente habida cuenta que depende las ordenes que para el efecto le de esa persona o el jefe de mantenimiento, al igual que debía desarrollarse con los vehículos de la entidad y en el horario impuesto y no en el que él deseara, pues es apenas lógico que para el desempeño de sus funciones, necesitara de la presencialidad y subordinación.

De suerte, que se encuentra plenamente acreditado que entre el señor Martínez Peña y el ISS existió un contrato de trabajo del **16 de junio de 2008 al 28 de febrero de 2013**; extremos estos que se encuentran probados con los contratos de prestación de servicios y la certificación expedida por el Instituto que milita a folios 5 a 21; desempeñando el accionante funciones de conductor.

En cuanto al salario, se tendrá como tal los honorarios que aparecen en los referidos contratos y que una vez promediados por año dado que eran variables, arrojan las siguientes sumas:

2008: \$1.053.439, 2009: \$1.114.038, 2010: \$1.145.580, 2011: \$1.184.428, 2012: \$1.193.597 y 2013: \$1.193.597.

Prescripción

Al respecto, se tiene que la relación laboral que unió a las partes culminó el 28 de febrero de 2013, el actor elevó reclamación el 8 de agosto de 2014 (fl. 3) y presentó la demanda el 7 de diciembre de 2015 (fl. 202), de ahí que en los términos del artículo 151 del CPL, se encuentren prescritas las acreencias causadas con anterioridad al 8 de agosto de 2011, excepto las cesantías las cuales al causarse a la finalización del vínculo no alcanzan a cobijarse por dicho medio exceptivo y en cuanto a las vacaciones, estas lo serán desde el 8 de agosto de 2010 en la medida que una vez causadas el empleador tiene un año para concederlas.

Aplicación de la convención colectiva de trabajo

Al respecto, debe señalarse que la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL como representante de otras organizaciones sindicales, señala en su artículo primero que dicha organización sindical actúa como SINDICATO MAYORITARIO (fls. 77 a 112).

Lo anterior es nuevamente indicado en el artículo 3° “*Beneficiarios de la Convención*”, donde señala que el Instituto reconoce la representación mayoritaria del sindicato, manifestando textualmente que es aplicable a los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal de la entidad afiliados al sindicato o a los que sin serlo no renuncien expresamente a sus beneficios, situación ésta última que no se presentó en este caso en la medida que no obra prueba de la renuncia del actor a ser beneficiaria de la convención, por ende, la misma le es aplicable, a más que dicho instrumento a la fecha de culminación del vínculo continuaba vigente, en la medida que no había sido objeto de denuncia o reemplazada por otra.

Cesantías, intereses sobre las cesantías convencionales, vacaciones y prima de servicios convencional y prima de navidad

Teniendo en cuenta que no se encuentra acreditado el pago de tales emolumentos, se ordenaran los mismos teniendo en cuenta como salario los antes anotados.

En cuanto al auxilio de transporte y alimentación, si bien en la parte motiva de la sentencia de primer grado se dijo que el actor tenía derecho a los mismos, lo cierto es que en la resolutive nada se dijo al respecto, pues solo se profirió condena por los conceptos antes indicados, por lo que al no emitirse condena alguna en contra de la entidad sobre tales auxilios, la Sala no se pronunciará al respecto.

En consecuencia, efectuadas las respectivas operaciones aritméticas en atención a la excepción de prescripción y dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste el PAR se hace necesario revisar las condenas impuestas, de donde se obtienen las siguientes sumas:

Cesantías:

2008: $\$1.053.439 \times 196 / 360 = \573.539

2009: $\$1.114.038$

2010: $\$1.145.580$

2011: $\$1.184.428$

2012: $\$1.193.597$

2013: $\$1.193.597 \times 90 / 360 = \298.399

Total: \$5.509.581

Intereses a las cesantías convencionales inciso 3° art 62:

2011: $\$1.184.428 \times 12\% = \142.131

2012: $\$1.193.597 \times 12\% = \143.132

2013: $\$298.399 \times 12\% = \35.808

Total: \$321.071

Vacaciones:

2010 - 2011: $\$1.184.428 \times 309 / 720 = \508.317

2011 - 2012: $\$1.193.597 \times 360 / 720 = \596.798

2012 - 2013: $\$1.193.597 \times 255 / 720 = \422.732

Total: \$1.527.847

Prima de servicios convencional art 50:

2011: $\$1.184.428 \times 144 / 360 = \473.771

2012: $\$1.193.597$

2013: $\$1.193.597 \times 90 / 360 = \298.399

Total: \$1.965.767

Prima de navidad:

Al respecto, los artículos 11 del decreto 3135 de 1968 y 32 del decreto 1045 de 1978, establecen que los empleados públicos y trabajadores oficiales tendrán derecho a la prima de navidad, equivalente a un mes de salario que corresponde al que se tenía a 30 de noviembre de cada año, salvo para aquellos servidores que presten sus servicios en establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, que por virtud de pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales o reglamentos de trabajo, tengan derecho a primas anuales similares, cualquiera sea su denominación.

Es así, como revisada la convención colectiva de trabajo, no se evidencia que entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL se hubiere pactado una prima igual o semejante a la de navidad, por ende es claro que la demandante tiene derecho a la misma

2011: 4 doceavas = \$394.809

2012: \$1.193.597

2013: 3 doceavas = \$298.399

Total: \$1.886.805

Sumas estas que en tratándose de cesantías, intereses convencionales sobre las mismas, vacaciones y prima de navidad resultan inferiores a las otorgadas por el a quo, por lo que sobre esos aspectos se modificará la decisión de primer grado. En cuanto a la prima de servicios convencional se dejará la establecida por el juzgador de primer grado pues al ser superior la aquí establecida, no podría modificarse dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste al PAR en lo que no apeló y ello le haría más gravosa su situación.

Reembolso de aportes a salud y pensión

Sobre este punto, es de resaltar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, en tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

Efectuadas las operaciones aritméticas del caso teniendo en cuenta las planillas, reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES y certificación expedida por SALUDCOOP EPS de folios de folios 23 a 76 del expediente, sobre las sumas canceladas por él, se ordenará la respectiva devolución, descontando para el efecto el 4% que estaba a su cargo, correspondiéndole a la demandada, el pago de **\$2.816.561**, suma esta que resulta superior a la que ordenó el juzgador de primer grado, por lo que dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste a la demandada, no se le puede hacer más gravosa su situación, de ahí que se deje la suma que por tal concepto se condenó en primera instancia.

Indemnización por despido injusto

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP y lo dicho sobre el tema por la Corte Suprema de Justicia, corresponde al trabajador probar el despido y al empleador la justa causa para darlo por terminado.

Así mismo, en lo atinente a la culminación de los contratos realidad, dicha Corporación en sentencia 31045 de 2007, indicó:

“En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, esta Corporación ha admitido la interpretación de lo dispuesto en la convención colectiva, el contrato se entiende a término indefinido, y por lo tanto, el vencimiento del plazo estipulado en el contrato de prestación de servicios, no tiene efectos para su finalización y en consecuencia se debe pagar dicha indemnización”.

Conforme a ello, es claro que el demandante probó el despido, pues el vencimiento del plazo estipulado en los contratos de prestación de servicio, no puede tomarse como una justa causa para darlo por terminado y por ende, no surte efectos para su finalización, máxime si lo que existió entre las partes fue un contrato de trabajo a término indefinido al tenor de lo dispuesto en el artículo 5° de la convención colectiva de trabajo; de ahí que haya lugar al pago de la indemnización en la forma establecida en el inciso final de la norma en cita, como quiera que el accionante se vinculó al instituto con posterioridad al 20 de noviembre de 1996, le es aplicable el plazo presuntivo contenido en el artículo 43 del Decreto 2127 de 1945; de por lo que realizadas las operaciones aritméticas del caso teniendo en cuenta 107 días que era el tiempo que le faltaba para el vencimiento del plazo presuntivo (28 de febrero de 2013 a 16 de junio de 2013) y un salario diario de \$39.786,56, la misma arroja la suma de **\$4.257.162.**

Indemnización moratoria – ponencia compartida

En cuanto a la indemnización moratoria de que trata el parágrafo 2° del artículo 1° del Decreto 797 de 1949, debe señalarse que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la misma en principio no es automática y que ésta solo procede dada la mala fe del empleador; de ahí que el concepto de buena fe traiga consigo que el empleador actúe correctamente y sin abusar de posiciones privilegiadas que pueda tener, por lo que si pretende beneficiarse de ella deberá demostrarla con el fin de ser exonerado del pago de la aludida indemnización, máxime si basta con que el ex trabajador afirme que hubo incumplimiento en el pago de sus salarios y/o prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato para que opere la presunción de mala fe del patrono.

Hechas las anteriores precisiones, se tiene que el actuar del extinto ISS no se ajusta a los parámetros eximentes de este tipo de sanciones, pues conocía que las funciones, horarios y demás prerrogativas impuestas al actor no eran propias de un contrato de prestación de servicios, además de ejercer su poder subordinante sobre el mismo y aun así, decidió ocultar la vinculación bajo la referida figura jurídica, sin que la simple afirmación de

encontrarse bajo la creencia de un contrato de prestación de servicios o que el demandante sabía lo que estaba firmando, configure un eximente de sanción como así lo ha indicado la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral entre otras en proveídos 36506 del 23 de febrero de 2010 y 41936 del 21 de agosto de 2013.

Aunado a ello, el estado de liquidación de la entidad tampoco puede tomarse como un eximente de responsabilidad, caso fortuito o fuerza mayor, pues la contratación del accionante y el no pago de prestaciones devino con anterioridad a que el Instituto entrara en liquidación, al igual que se aclara que las condenas recaen por los actos del ISS en su momento y no del PAR, pues éste está dado para sufragar las condenas que se impongan a aquel.

Lo anterior conlleva por decisión mayoritaria de la Sala, a condenar a la demandada al pago de la sanción establecida en el decreto 797 de 1949, equivalente a un día de salario por cada día de retraso en el pago de las condenas impuestas por prestaciones sociales incluidas las vacaciones, en cuantía de **\$26.298.916**, en razón de **\$39.786,56 diarios basados en el último salario devengado por el demandante que corresponde a \$1.193.597, a partir del 1° de junio de 2013** esto es, 90 días después de culminada la relación laboral **y hasta el 31 de marzo de 2015**, data en la que finiquitó el proceso de liquidación del ISS.

Limitación que encuentra sustento en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia esto es, en la sentencia SL 1927 de 2019 y que es acogida por la mayoría de los integrantes de esta Sala de decisión; por lo que sobre este punto se confirmará la sentencia apelada.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la indexación, debe precisarse que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en establecer que no se puede imponer condena por concepto de indemnización moratoria e indexación a la vez, no obstante, en el presente asunto, resulta viable ordenar la indexación dada la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y de la limitación que se hizo de la indemnización moratoria, de las sumas adeudadas por concepto de prestaciones sociales y vacaciones a partir del **1° de abril de 2015** y hasta en que se realice su

pago, esto es, desde el día siguiente en cesa la sanción moratoria como lo indica el apoderado del demandante en el recurso de alzada quien además en la demanda pidió la indexación de las sumas adeudadas, pues en este evento no se incurriría en la prohibición dispuesta por la Corte en tanto no se estaría condenando a ambos conceptos de forma concurrente sino uno después del otro.

Bajo ese entendido, la demandada deberá como se dijo, indexar tales emolumentos para lo cual, utilizará la fórmula expuesta para ello por dicha corporación, tomando para el efecto como IPC INICIAL el de diciembre de 2014 y como IPC FINAL el de la anualidad anterior al de la fecha en que se efectúe el pago de dichas acreencias.

Así las cosas, se **MODIFICARÁ** el proveído de primer grado en la forma antes indicada y se confirmará en lo demás.

COSTAS

En esta instancia a cargo de FIDUAGRARIA S.A. vocera y administradora del PAR ISS hoy liquidado. Sin costas para el demandante dada la prosperidad parcial del recurso.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR LOS LITERALES A), B), C) Y E) DEL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada y consultada en el sentido de **CONDENAR** a FIDUAGRARIA S.A. vocera y administradora del PAR ISS hoy liquidado a pagar al demandante:

- a) \$5.509.581 de cesantías
- b) \$321.071 de intereses a las cesantías convencionales

- c) \$1.527.847 de vacaciones
- e) \$1.886.805 de prima legal de navidad

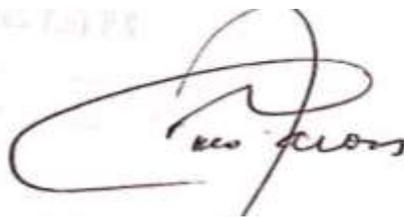
SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO en el sentido de **CONDENAR** a FIDUAGRARIA S.A. vocera y administradora del PAR ISS hoy liquidado a indexar las condenas impuestas por concepto de prestaciones sociales (cesantías, intereses sobre las mismas, vacaciones y primas de navidad y servicios convencional) y vacaciones, desde el **1° de abril de 2015** y hasta el día en que se efectúe el pago de dichos conceptos, utilizando para el efecto la fórmula establecida en precedencia.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE EL ORDINAL SEXTO del proveído impugnado en lo que a la absolución de las demás pretensiones a cargo de la demandada se refiere y en su lugar, **CONDENAR** a FIDUAGRARIA S.A. vocera y administradora del PAR ISS hoy liquidado a pagar al actor la suma de **\$4.257.162**, por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

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

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de FIDUAGRARIA S.A. vocera y administradora del PAR ISS hoy liquidado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

(Salva voto parcial por la limitación de la indemnización moratoria)



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

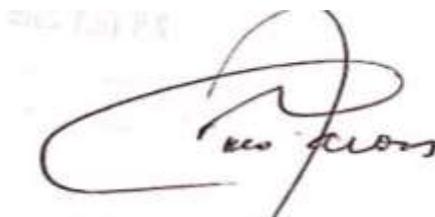
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de FIDUAGRARIA S.A. vocera y administradora del PAR ISS hoy liquidado, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

República de Colombia



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

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CAMILO HERNAN SALAMANCA
BUITRAGO contra EJERCITARTE SAS EN LIQUIDACIÓN, GENTE
OPORTUNA SAS, CENTRO MÉDICO BIOANÁLISIS IPS EU, OCCIDENTAL
DE COLOMBIA LLC Y PROTECT LTDA**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **CAMILO HERNAN SALAMANCA BUITRAGO**, se **declare** que existió un contrato de trabajo a término indefinido con OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC desde el 31 de marzo de 2008 hasta el 31 de marzo de 2015. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC y solidariamente a PROTECT LTDA, EJERCITARTE SAS EN LIQUIDACIÓN, GENTE OPORTUNA SAS y CENTRO MÉDICO BIOANÁLISIS IPS EU al pago de las diferencias salariales resultantes de liquidar el salario real asignado al cargo de enfermero en la planta de personal de OCCIDENTAL, respecto del salario pagado por las demás accionadas, con las consecuentes diferencias de lo pagado por aquellas en lo referente a cesantías, intereses a las cesantías y sanción por no pago de los mismos, prima de servicios, vacaciones, horas extras,

dominicales y festivos, además del pago de la indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías, prima extralegal de navidad, rima extralegal de vacaciones, prima de antigüedad, bonificación OPI, bonificación variable VCP e ICP, auxilio de medicina prepagada, indemnización por despido injusto, indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita, perjuicios morales, daño en vida en relación y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 490 y 492 a 519).

Como hechos fundamento de las pretensiones y que se circunscriben en más de 106 (fls. 472 a 489), señaló que laboró en las instalaciones de OCCIDENTAL DE COLOMBIA desde el 31 de marzo de 2008 hasta el 31 de marzo de 2015, ubicadas en el corregimiento de caricare del departamento de Arauca. Refiere que suscribió sendos contratos laborales en cabeza de empresas de servicios temporales o tercerización, suscribiendo su primer contrato con PROTECT LTDA del 31 de marzo de 2008 al 30 de noviembre de 2010, desempeñando el cargo de enfermero, con las mismas funciones de los enfermeros de planta de Occidental, con un salario de \$3.045.000, el cual ejecutó como los demás que se suscribieron con posterioridad, de manera personal, continua, subordinada, en los sitios de trabajo indicados y en el horario de trabajo fijado por la empresa. Sostiene que posteriormente se vinculó nuevamente a Occidental a través de la empresa EJERCITARTE SAS EN LIQUIDACIÓN desde el 3 de diciembre de 2010 hasta el 2 de febrero de 2013, realizando idénticas funciones que en el anterior contrato, con un salario de \$3.500.000 y \$3.850.000. Expone después se vinculó a través de GENTE OPORTUNA SAS del 3 de febrero de 2013 al 30 de enero de 2014, con un salario de \$3.850.000. Menciona que finalmente se vinculó a través del CENTRO MÉDICO BIOANÁLISIS IPS del 1° de febrero de 2014 al 31 de marzo de 2015 con un salario de \$4.075.000. Afirma que el renunció el 31 de marzo de 2015, dada la desigualdad y trato discriminatorio frente a las bonificaciones, estímulos, turnos, entre otros. Asegura de OCCIDENTAL DE COLOMBIA ocultó la verdadera relación laboral que se llevó a cabo con esa empresa a través de las empresas de servicios temporales y de supuesta prestación de servicios en la modalidad de outsourcing, desempeñando las mismas funciones de enfermero de los empleados de planta de la compañía, al igual que horarios y turnos asignados directamente por esta y bajo su

supervisión, como también desempeñó sus labores en compañía de RICARDO GUERRERO y PEDRO VALDIVIESO empleados de planta de la empresa. Finalmente, refiere que las consecuencias posteriores a la renuncia motivada le ocasionaron serios perjuicios, daños morales y daño en la vida en relación, pues fue objeto de discriminación respecto a condiciones de seguridad física, laboral, transporte, alojamiento y reconocimientos que gozaban los empleados directos de la demandada, como lo expone en la declaración extra proceso anexa a la demanda.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PROTECT LTDA se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 613 a 696). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en numerales 1 A y 4 B y niega y no le constan los demás. Como excepciones de mérito, presentó las de inexistencia de la obligación, falta de causa para demandar, prescripción y pago.

OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC contestó el introductorio (fls. 793 a 811), en el que se opuso a las pretensiones de este. Sobre los hechos, los niega y no le constan en su totalidad. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

GENTE OPORTUNA SAS contestó la demanda (fls. 973 a 1012), oponiéndose a sus pretensiones. En cuanto a los hechos, los niega y no le constan en su totalidad. Presentó las excepciones de pago, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de la solidaridad, inexistencia de mala fe, prescripción de las acciones y compensación.

CENTRO MÉDICO BIOANÁLISIS IPS se opuso a las pretensiones del libelo (fls. 1076 a 1107). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 50 y 51 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

EJERCITARTE SAS EN LIQUIDACIÓN contestó el introductorio (fls. 1156 a 1179). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 11, 13 a 18, 22, 23, 26, 32 y 35 y niega y no le constan los demás. Como excepciones

de fondo, presentó las de inexistencia de solidaridad y buena fe, inexistencia de las obligaciones demandadas y pago, ausencia de intermediación laboral, no autorización de horas extras, sobre sueldos y recargos nocturnos y prescripción.

De otro lado, en auto del 16 de marzo de 2018 (fl. 1419), el a quo admitió el llamamiento en garantía respecto de SEGUROS DEL ESTADO S.A., ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA ENTIDAD COOPERATIVA y SURAMERICANA S.A.

SURAMERICANA S.A. contestó la demanda (fls. 1429 a 1479), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, los niega y no le constan en su totalidad. Propuso las excepciones de ausencia de causa para demandar, inexistencia de la obligación por pago de la misma y cobro de lo no debido.

ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA ENTIDAD COOPERATIVA se opuso a las pretensiones del introductorio (fls. 1500 a 1516). Respecto a los hechos, no le constan en su totalidad. Formuló las excepciones de ausencia de cobertura de la póliza de cumplimiento por no existir riesgo asegurado al momento de la expedición del contrato de seguro, limitaciones derivadas de la póliza de cumplimiento, prescripción y ausencia de demostración de la ocurrencia y cuantía de la pérdida.

SEGUROS DEL ESTADO S.A. contestó el libelo (fls. 1578 a 1675) en el que se opuso a sus pretensiones. Sobre los hechos, no el constan en su totalidad. Presentó las excepciones de imposibilidad de extender el carácter subjetivo de a mala fe como fundamento de las sanciones laborales e inexistencia del perjuicio indemnizable a la luz del contrato de seguros contenido en la póliza.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 17 de septiembre de 2019 (CD – fl. 1879), **absolvió** a las demandadas y llamadas en garantía de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante y fijó como agencias en derecho la suma de \$100.000 pesos para cada de las demandadas, sin incluir a las llamadas en garantía.

Fundamentó su decisión, indicando que desde la fijación del litigio se aceptó la prestación personal del servicio del actor para con OCCIDENTAL DE COLOMBIA, siendo excluido ese aspecto del debate probatorio, con las aclaraciones realizadas por la empresa en el sentido de indicar que la misma se dio a través de terceros en calidad de contratistas y verdaderos empleadores, lo cual también fue aceptado por las demás demandadas., activándose la presunción de que trata el artículo 24 del CST respecto del demandante y correspondiendo a las demandadas desvirtuar la misma.

Expone que se encuentra probado que el demandante firmó contratos de trabajo con las accionadas PROTECT, EJERCITARTE SAS, GENTE OPORTUNA SAS y CENTRO MÉDICO BIOANÁLISIS IPS del 30 de marzo de 2008 al 31 de marzo de 2015, los cuales, estuvieron precedidos de una orden de servicios y actos de naturaleza comercial, suscritos entre dichas empresas y OCCIDENTAL DE COLOMBIA. Refiere que en el caso de PROTECT dicha contratación se dio en turnos de 15 y 15 y disponibilidad de 7,5 días y reemplazo para la gestión y desarrollo de programas epidemiológicos, control de programas de salud de la compañía, apoyo de administración de recursos de los equipos médicos y apoyo de los planes de emergencia de la empresa, como también se le dijo al actor, que haría trabajo de campo, elaboración de informes, que no existe vinculo contractual entre los enfermeros y occidental, ni subordinación por lo que las ordenes provienen únicamente del jefe directo que es PROTECT.

Indica que se acredita desde lo formal, la celebración de los contratos antes con las citadas empresas y el demandante, así como el convenio contractual previo a la suscripción de los mismos que justifico su celebración, de ahí que desde lo legal, las contrataciones en los términos expuestos se ajusten a los parámetros legales, pues no está prohibido en el ordenamiento jurídico

su celebración, por el contrario, se encuentra permitido legalmente la contratación bajo la modalidad de outsourcing, la cual es una nueva modalidad en virtud de relaciones de carácter civil y comercial lo que se ajusta a derecho y por lo menos en los términos acordados, no existe discusión de la parte actora que se cumplieron a cabalidad los acuerdos celebrados con dichas empresas, siendo la única excepción, el contrato suscrito con GENTE OPORTUNA SAS, pues contrario a los otros, en este se le contrató como trabajador en misión por el tiempo permitido en el artículo 77 de la ley 50 de 1990.

Expone que las declaraciones rendidas, advierte que las órdenes y manifestaciones de subordinación jurídica que resalta la demandante, se circunscribieron en todo caso en actividades propias de su profesión y relacionadas con el área de salud, es decir, analizado lo afirmado por el mismo coordinador esas instrucciones no corresponden de manera particular a condiciones o manifestaciones de naturaleza jurídica sino que correspondían a actividades de coordinación de carácter técnico y especializado para la atención médica, pues nótese como resaltan los testigos traídos por la demandada que las mismas se limitaban a actos de alta complejidad, lo cual se constituye como actividades de coordinación y no de subordinación jurídica es decir, correspondían a actividades medicas de alta complejidad en las que estaba comprometida la funcionalidad del paciente, siendo apenas lógico que fuera el especialista quien diera la atención requerida y que se justificaba por el alto nivel técnico en la administración, sin tenerse como actuaciones de subordinación sino propias de la atención médica, además, no se desconoce que el demandante también hizo actividades de salud ocupacional y seguridad industrial que no es extraño a sus obligaciones contractuales que contrajo con la contratista y la empresa de servicios temporales pero en virtud del objeto contractual no se entienden como actuaciones subordinantes, pues una de las finalidades era la determinación de factores de riesgo actividad para la cual también fue contratado y para ello debe entenderse que se requiere seguir las instrucciones de los supervisores dadas por los contratantes, en tanto esto no puede verse de forma aislada ya que atiende a una política institucional como lo señalaron los testigos traídos por la accionada. Sostiene que del reporte de informes dado a los coordinadores y médicos

identificados con “*daily*” correspondía a la historia clínica como lo explico el doctor Andrade, es decir, que las anotaciones no son instrucciones sino que se derivan del cumplimiento de su cargo por cuanto es un control que se requiere para las actividades de salud ocupacional como lo indica el doctor Cristancho, por lo tanto, no se demuestra subordinación jurídica sino solo cumplimiento de su actividad profesional.

Concluye que en este caso en particular, la forma de contratación hecha con el accionante, no se constituyó con la intención de desconocer derechos laborales u ocultar una relación laboral, habida cuenta que el proyecto asistencial Caricari si bien era una obligación legal para asegurar la salud de trabajadores y contratistas como lo dice el actor, lo cierto es que este correspondió a un proyecto nuevo iniciado solo desde el 2008 por lo que no se tenía certeza de la consolidación del mismo, de ahí que en la sana lógica resulte válido en la viabilización, la forma de contratación que se hizo, en tanto la configuración de dicha plata solo se podía consolidar con posterioridad y ello lo ratifica el hecho que el sistema de atención se daba en condiciones diferentes a las prestadas en Caño Limón, al punto que no se requería de médicos y justamente lo fue por la falta de atención, entonces, se evidencia la legalidad de la celebración contractual adoptada por el demandante, máxime cuando no se desconocieron derechos laborales, por el contrario, con las contrataciones realizadas se pagó lo acordado sin que se derive un trato desigual por su diferenciación en la prestación del servicio en diferentes plantas, ya que las condiciones de vinculación, experiencia y antigüedad en la labor eran diferentes sin desconocer las cualidades del accionante y su experiencia y lo que se evalúa en el caso a su juicio, es la experiencia en la misma operación de la cual los enfermeros venían ejecutando desde 1985 y por tanto, tenían la plena capacidad y sobre todo la justificación de la diferenciación salarial, sumado a que no atendían el mismo número de pacientes ni tampoco el mismo grado de complejidad y por eso es objetivo el trato desigual y si bien se alega que fueron las mismas funciones se colige que dicha situación si varia el grado de complejidad y el número de pacientes; razón por la cual no se puede hacer una asimilación cuantitativa sino cualitativa frente a las condiciones de prestación del servicio que se ajustada a los parámetros legales, asegurando, que solo hay ordenes técnicas y de coordinación que por el área de especialidad, no se

podían obviar a efectos de hacer los controles a su cargo y que corresponden a actitudes profesionales propias de su cargo. Finalmente, menciona que al no evidenciarse la existencia de un contrato de trabajo con Occidental de Colombia que era la pretensión principal, se debe absolver a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que los testigos traídos por él, tenían conocimiento directo de los hechos y en el fallo se hace ver como si los enfermeros de Caricari estuvieran en contacto con los médicos de Caño Limón de manera esporádica, a lo que la prueba documental deja ver que lo que se hacía era un seguimiento a las tareas que tenía dentro de las funciones asignadas por la demandada Occidental. Sostiene que no se puede perder de vista que era constante la comunicación no solo con la parte de la estabilización médica de los pacientes atendidos, ni tampoco incluye el volumen de pacientes atendidos y quedó demostrado que no se presentaron informes a las demás demandadas por las tareas ejecutadas, luego quien supervisaba y requería el servicio era OXY y ese seguimiento no lo hacía como un seguimiento al cumplimiento de un contrato comercial sino como un funcionario más, tanto así que quien lo reemplazaba no era un contratista enviado por cada una de las empresas que fungieron como contratistas externos, sino que era por personal de la propia demandada. Menciona que si bien existen contratos, nóminas y pagos a la seguridad social, en realidad lo que se está encubriendo es una verdadera relación laboral y pese a que se pueda decir que en principio se hizo porque el proyecto estaba iniciando, lo cierto es que después de más de tres años se continuó igual, como tampoco se miraron las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrolló la labor. Aduce que es apenas lógico que el médico y el director médico no lo van a aceptar porque están vinculados directamente a la compañía y por ende, van a defender los intereses de esta, empero, si aceptaron que lo guiaron en cada una de las tareas médicas y es obvio que si lo guiaban en una cosa lo tenían que guiar en otra, pues no se demostró que existirá supervisión en las circunstancias no médicas y no técnicas por parte de las otras empresas o de otro, mientras que si quedó probado que quien lo hacía era OXY. Expone que esta claro que hubo un contrato directo con la compañía quien hizo una mala

práctica de la tercerización, existiendo desigualdad, pues la sola licitación es lesiva para el trabajador, pues existía personal contratado directamente que ejecutaba las mismas funciones. Finalmente, no se tuvo en cuenta que ejecutaba otras actividades además de la enfermería y que se encuentran probadas con la documental allegada.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si entre el demandante y OCCIDENTAL E COLOMBIA LLC existió un contrato de trabajo del 31 de marzo de 2008 al 31 de marzo de 2015 y si para ello, PROTECT LTDA, EJERCITARTE SAS EN LIQUIDACIÓN, GENTE OPORTUNA SAS y CENTRO MÉDICO BIOANÁLISIS IPS actuaron como intermediarias y en caso afirmativo, se analizará si hay lugar al pago de las diferencias salariales y prestacionales sociales respecto de los enfermos de planta de Occidental, además de la procedencia de bonificaciones, prestaciones extralegales, indemnizaciones, sanciones, perjuicios y solidaridad de estas últimas en el pago de las condenas a que haya lugar.

Contrato de trabajo

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

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

Al verificar si se acredita la prestación personal del servicio del demandante para con la demandada OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC, se tiene que el accionante suscribió contrato de trabajo a término fijo con PROTECT LTDA, cuya duración data del 31 de marzo de 2008 al 30 de noviembre de 2010, a fin de prestar sus servicios como enfermero profesional, en virtud del contrato de prestación de servicios suscrito entre aquella y OCCIDENTAL cuya finalidad es la de proveer recurso humano para la ejecución de actividades preventivas, intervención y control interno que apoyan al servicio médico en la operación, relacionadas con acciones en salud ocupacional, medicina general y medicina de urgencias (fls. 104 y 698 a 720).

Posteriormente, se vinculó con EJERCITARTE SAS del 3 de diciembre de 2010 al 2 de febrero de 2013, mediante contrato de trabajo a término fijo, para desempeñar el cargo de enfermero con énfasis prevención del riesgo cardiovascular y osteomuscular, en las instalaciones de Occidental, dado el contrato suscrito entre estas para el servicio de enfermería en el campo Caricare – distrito llanos norte (fls. 162 a 176).

Después, dada su contratación con GENTE OPORTUNA SAS, laboró como trabajador en misión en Occidental, desempeñando el cargo de enfermero del 3 de febrero de 2013 al 30 de enero de 2014 (fls. 253 a 257).

Finalmente, celebró contrato de trabajo a término indefinido con el CENTRO MÉDICO BIOANÁLISIS IPS del 1° de febrero de 2014 al 31 de marzo de 2015, para desempeñar el cargo de enfermero de campo, para la ejecución de la orden de servicio celebrada con OXYCOL - Occidental de Colombia, (fls. 279 a 281 y 117 a 1121).

Conforme a ello, al demostrarse la prestación personal del servicio del demandante para con OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC en adelante OXYCOL, opera a su favor la presunción contenida en la norma en cita, es decir, se presume que dicha prestación estuvo regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole a la demandada, desvirtuar la misma.

Al efecto, se recepcionó el testimonio de **CESAR EDUARDO GÓMEZ ACOSTA**, quien señaló que ingresó 6 meses después que el actor quien hacía parte del grupo médico y él manejaba lo relacionado con seguridad industrial e incendios. Sostiene que eran de la misma unidad de negocios y el accionante desarrollaba sus funciones en el centro médico con turnos 15/15 y también estaban Ricardo y Pedro que eran los jefes médicos. Indica que salían a hacer visitas de entrenamiento, vigilancia, el demandante realizaba sus atenciones y reportaba todo ante los jefes médicos para que estos dirán la respectiva orden de cómo proceder en la atención. Expone que el accionante del enfermero que estaba vinculado directamente con OXYCOL, al igual que manejaba correo electrónico de la empresa. Aduce que cuando el demandante se iba de su turno era reemplazado por otro enfermero que enviaba el contratista y solo cuando había alguna contingencia enviaban enfermeros directos de la compañía. Menciona que toda actividad petrolera tiene su asistencia médica y diferentes grupos, él manejaba el tema de emergencias y era la cabeza operativa y tenía que entenderse con la gente de salud dentro de los que se encontraba el actor y cuando se atendían las emergencias y esta era médica, se apoyaba en ambulancia o en lo que hubiera para hacer y lo que el enfermero o medico necesitara, pero si la emergencia era de control de incendios también estaba de la mano y la atendían y el enfermero o médico que estuviera era el que se iba con ellos, para ayudar a la estabilización. Indica que sabía que las empresas le impartían ordenes al accionante, ya que este le comentaba que tenía que pedir permiso y a veces se lo negaban porque no había quien lo reemplazara. Después al interrogársele si las empresas contratistas le daban ordenes, cambia su respuesta para decir que estas venían del personal directo. Sostiene que Camilo le contaba que los enfermeros que estaban en caño limón hacían las mismas funciones que él. Señala que según el cargo se tenían que hacer informes de las actividades diarias. Finalmente, afirma que en Caricari hay un centro médico que es de atención y estabilización y es más pequeño y es de primera respuesta, diferente al que esta en caño limón y allí no había médico, por lo que cuando se requería de alguna atención se efectuaba una llamada al centro más cercano y se hacían los traslados a que hubiere lugar.

JESÚS EDUARDO ANDRADE GONZÁLEZ, compañero del demandante en tanto era el coordinador del centro médico de caño limón, con 25 años de

experiencia en salud ocupacional y trabajador directo de OXYCOL, refirió que el demandante estuvo como enfermero en Caricari vinculado a través de varias empresas. Indica que la operación en ese lugar se inició en 2010 y desde ese momento se requirieron los servicios de un par de enfermeros los cuales hacían actividades asistenciales y su labor desde Caño Limón era establecer por medio de comunicación abierta con la persona de turno desde los aspectos que se dan en el área asistencial, de enfermero a médico. Sostiene que la comunicación con el demandante a través de diferentes medios, iba encaminada a conservar la salud de los trabajadores y la asistencia a enfermos, donde se establecía un dialogo con relación a la opinión que se tenía para tomar una decisión respecto de la salud del paciente. Menciona que en la empresa se maneja un “*dialy*”, donde se indica que se hizo y se hará con el paciente, pero no se tenía que informar todo lo que sucedía en tanto cada uno era profesional en su área. Asegura que en caso de ausencia se le notificaba al contratista para que enviara un reemplazo y si era por un caso fortuito, se buscaba un back up, porque trabajaban en la modalidad 15/15 y siempre había dos personas. Argumenta que en Caño Limón hay dos médicos, 2 enfermeros una fisioterapeuta y una licenciada en educación física, mientras que en Caricari, estaban 2 enfermeros asistenciales. Sostiene que el actor era el encargado de atender y prevenir emergencias. Expone que los salarios los da el área de contratos y existían diferencias salariales entre los enfermeros contratistas y los contratados directamente, por cuanto estos tenían más de 30 años de experiencia y un nobel, sumado a que las características del campo donde prestaban los servicios eran diferentes, al igual que los turnos eran establecidos por el área de recursos humanos junto con la IPS contratista.

JOSÉ CRISTANCHO asesor médico en caño limón, expuso en Caricari se empezó operación en 2006 y allí tienen una enfermería de la cual se contrató el servicio, quienes tienen comunicación con coordinación médica de Caño Limón. Sostiene que en Caricari se atienden 20 personas promedio, mientras que en Caño Limón 200 personas y a la fecha, al volverse más complejo Caricari, se piensa en cambiar la infraestructura y el servicio. Indica que el actor se comunicaba con los coordinadores y ellos le solicitaban al contratista para que este le informara a sus enfermeros.

Finalmente, asegura que los enfermeros directos de la compañía laboran en esta desde 1985 cuando se inició la operación en Caño Limón.

También se allegaron sendos correos electrónicos (fls. 112 a 161, 177 a 232, 259 a 278, 287 a 305, 307 a 322 y 327 a 359), remitos por el demandante y a este, por el coordinador y asesor médico y otras personas, en tanto existen remitentes e incluso destinatarios que no se sabe quienes son o de que área de la empresa eran o si laboraban en esta, en los que se solicitan y envían informes relacionados con el suministro de insumos, capacitaciones de entrenamiento, plan de urgencias y seguimiento a pacientes, entre otros.

Conforme a ello y analizadas las pruebas en conjunto, observa la Sala que la demandada OXYCOL acudió a la figura de outsourcing y empresas de servicios temporales, esta última por un lapso no superior a un año, a fin de contratar los servicios de enfermería para el campo de Caricari, mediante orden de servicios, con el objeto de prestar servicios asistenciales en ese lugar.

Contratación está a través de la cual, dichas empresas mediante contratos de trabajo y de obra o labor, contrataron al actor para que se desempeñara como enfermero en el referido campo.

Bajo ese entendido y dada la prestación del servicio del actor en el campo Caricari, si bien como se dijo se presume que la misma lo fue en virtud de un contrato de trabajo, lo cierto es que la demandada logró desvirtuarla.

Lo anterior, teniendo en cuenta que de la prueba testimonial se extrae que el accionante ejecutaba sus labores de enfermero sin que para ello mediara subordinación por parte de OXYCOL, en tanto el único contacto que tenía con el asesor médico y el coordinador de la empresa, era para lo relacionado con el suministro de insumos médicos y la atención de pacientes en tratándose de urgencias de alta complejidad, pues para lo demás, el accionante actuaba con autonomía y si bien tenía que rendir un informe respecto de accidentes, incidentes o consultas que atendiera, ello no implica subordinación, en tanto constituyen el cumplimiento del objeto para el cual

fue contratada la empresa a través de la cual él fue vinculado, sumado a que por la naturaleza de su actividad y en la medida que se trataba de la salud de los trabajadores y demás personal que se encontraba en el campo, era apenas lógico que tuviera que informar a la compañía los sucesos que se presentaran, para que tomara los correctivos y ejecutara las acciones a que hubiere lugar; al igual que era evidente que pusiera en conocimiento la falta de insumos para la atención médica, los cuales proveía la empresa a través de otros proveedores.

De otro lado, cabe anotar que el accionante no solo atendía a los trabajadores de OXYCOL, sino también a los contratistas y soldados que prestaban la seguridad en el campo; luego su labor no era exclusiva para los empleados de la empresa sino que además, iba dirigida a todo aquel que se encontrara en campo, incluso ajeno a la compañía.

Adicional a lo expuesto, dada la especialidad del accionante (enfermería), era evidente que en el caso de urgencias o patologías de alta complejidad, tuviera que acudir al asesor o coordinador a fin de establecer el procedimiento a seguir, sin que ello se tenga como un acto de subordinación, pues hacía parte de la naturaleza del servicio para el cual fue contratado.

Ahora, también se probó con la documental arrimada y lo dicho por el testigo Gómez Acosta, que en el caso de permisos, estos debían solicitarse a la empresa contratista, al igual que aparecen correos en los que el actor junto con el otro enfermero quien fue contratado en las mismas condiciones que él, podían en caso de necesitarlo, ponerse de acuerdo con los turnos, como también en caso de faltar alguno de ellos, la empresa contratante enviaba un reemplazo.

En igual sentido, se pudo establecer con la documental de folios 108 a 111 que los turnos eran programados por la empresa contratante y si bien ello correspondía a los requerimientos efectuados por OXYCOL, lo cierto es que los días en que el demandante prestaba el servicio y descansaba eran por disposición de sus empleadores y no de la compañía beneficiaria.

De suerte que pese a que, como se dijo, se probó la prestación del servicio, lo cierto es que esta no lo fue subordinada por parte de OXYCOL quien logró desvirtuarla con los testimonios recepcionados e incluso, con los correos electrónicos aportados por el demandante, sin que el hecho que existieran dos enfermeros de planta en el campo de Caño Limón, de por cierto que la accionada utilizó la contratación con las otras demandadas para disfrazar el vínculo del actor, todas vez que los otros profesionales en enfermería contrario al accionante, se vincularon a Occidental desde 1985 y la atención que estos prestan en dicho campo dada la complejidad y magnitud del mismo, oscila en un número significativo de personas (promedio 200 personas al mes), mientras que el demandante podía atender alrededor de 20 y en situaciones menos complejas, al punto que habían días en los que no atendía ningún tipo de requerimiento.

De modo que, el solicitar informes, establecer medidas de supervisión o vigilancia e incluso impartir instrucciones o directrices en la ejecución del servicio en este caso de enfermero, no implican *per se*, actos de subordinación pues, como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia 40121 de 2012: “*naturalmente al beneficiario de éstos le asiste el derecho de exigir el cumplimiento cabal de la obligación a cargo del prestador*”; considerándose dicha actividad como de coordinación.

Finalmente, no debe perderse de vista que la finalidad de la contratación que efectuó OXYCOL con las otras demandadas estaba dada a la prestación del servicio de enfermería, de ahí que las actividades desarrolladas por el demandante eran independientes a la industria del petróleo y por lo tanto, no eran del rol diario de Occidental de Colombia LLC.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

COSTAS

En esta instancia a cargo del demandante.

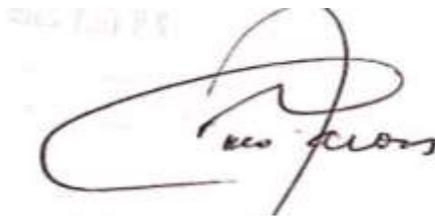
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

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

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

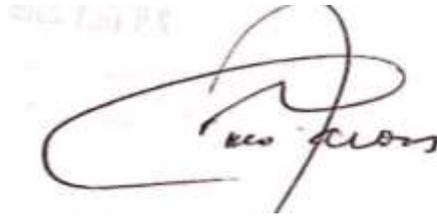
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante, la suma de \$350.000 pesos, en razón de \$50.000 para cada una de las demandadas.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular stamp or watermark.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



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

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE WASHINGTON EDUARDO
CABASCANGO ALBUJA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **WASHINGTON EDUARDO CABASCANGO ALBUJA**, se **condene** a la demandada al pago de la pensión de vejez en coexistencia con la de jubilación a partir del 30 de enero de 200, junto con las mesadas adicionales, reajustes de Ley, intereses moratorios, indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso (fl. 7 vuelto).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 2), señaló que nació el 30 de enero de 1947 y cotizó a COLPENSIONES 1.184 semanas. Refiere que mediante Resolución GNR 148451 del 20 de mayo de 2016, la accionada le negó la pensión de vejez, por lo que contra dicho acto interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, los cuales confirmaron la negativa al reconocimiento de la pensión. Finalmente, sostiene que con la Resolución

1246 del 26 de febrero de 2007, la Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció la pensión de jubilación a partir del 30 de enero de 2002, de conformidad con la Ley 33 de 1985 en su condición de docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 54 a 63). En cuanto a los hechos, niega el contenido en el numeral 10 y acepta los demás. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de intereses moratorios, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de mayo de 2020 (CD – fl. 145), **negó** las pretensiones e la de la demanda, **absolvió** a la demandada de las mismas, **declaró** probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y **condenó** en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$800.000.

Fundamentó su decisión, indicando que sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia ha explicado que un afiliado no puede percibir dos pensiones que cubran el mismo riesgo, al igual que las pensiones de jubilación derivadas por tiempos servidos al estado podrían ser compatibles con las cotizaciones efectuadas al ISS siempre que ese tiempo se haya completado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o cuando se trata de una pensión reconocida por cajas de previsión donde exista una diferencia en la fuente del financiamiento, siempre que una de ellas se haya causado con anterioridad a dicha norma, pues desde la vigencia de esta, solo puede percibirse una pensión que ampare el mismo riesgo. Refiere que en el presente asunto, la pensión de jubilación que le reconoció el Magisterio al demandante se causó el 30 de enero de 2012 y de haber lugar a la pensión

del Acuerdo 049 de 1990, la misma también se hubiera causado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que permite concluir que la pensión que devenga actualmente el demandante es incompatible con la pensión de vejez contenida en el Acuerdo 049 de 1990 e incluso con la de la Ley 100 de 1993 sino fuese beneficiario del régimen de transición, por lo que considera, se deben negar las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que la pensión que le fue reconocida a través de la secretaría de educación, se otorgó con base en una ley especial que es la 99 de 1989 y los requisitos datan de la Ley 33 de 1985, utilizando para ello, tiempos públicos que rigen a los docentes, al igual que está demostrado que las cotizaciones efectuadas a COLPENSIONES lo fueron a través de empleados privados, cuyos recursos salieron del él y su patrono y si bien la administradora es pública, sus recursos no intervienen en los aportes como así lo ha dicho la Corte Constitucional en sentencia del 23 de septiembre de 1996 y bajo ese entendido no se incurre en una infracción a la norma constitucional cuando se obtiene una pensión estatal por servicios educativos cotizados al FOMAG y una de vejez a cargo de COLPENSIONES por haber cotizado 1.182 semanas con empleadores privados desde febrero de 1969 al 30 de noviembre de 2006. Expone que por ser beneficiario del régimen de transición de la ley 100 de 1993 se le aplican todos los beneficios y características de la legislación anterior a la Ley 100, lo cual permite la coexistencia de la pensión del sector público como docente y la de vejez por cotizaciones en calidad de trabajador privado, esta última de la cual demostró cumple con todos los requisitos para su otorgamiento.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el actor tiene derecho a la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, pese a que disfrute de una pensión de jubilación pro parte de la Secretaría de Educación del Distrito y el FOMAG.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del demandante, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que se corrobora con la copia de la Resolución 1246 del 26 de febrero de 2007 (fls. 31 y 32), mediante la cual la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le reconoció la pensión de jubilación a partir del 31 de enero de 2002 en cuantía de \$898.023. Prestación que se otorgó con fundamento en la Ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989 y Ley 962 de 2005, teniendo en cuenta el tiempo laborado como docente de vinculación nacional.

Compatibilidad entre la pensión de jubilación otorgada por el FOMAG y la de vejez a cargo de COLPENSIONES

Tampoco se discute que el accionante cotizó a COLPENSIONES del 1° de febrero de 1989 al 30 de noviembre de 2006 un total de 1.184,86 semanas, a través de varios colegios privados.

Ahora en lo que se refiere a la compatibilidad de la pensión de jubilación otorgada por el FOMAG y la posible pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, la Corte Suprema de Justicia en un caso de similares características a las analizadas por la Sala, en sentencia del 17 de julio de 2013 radicado 36936, señaló:

“... En efecto, aunque esta Sala de la Corte ha sido especialmente enfática en sostener que, en principio, dentro de la estructura y principios del Sistema Integral de Seguridad Social no resulta posible que una persona perciba más de una pensión, por cuanto existe una tendencia a lograr unidad y universalidad en el aseguramiento de los riesgos, lo cierto es que tal regla ha sido aplicada en situaciones en las que la incompatibilidad está prevista expresamente en la Ley o en aquellas en las cuales resulta razonable definirlo porque, por ejemplo, las dos prestaciones se fundamentan en un mismo tiempo de servicio. (Ver en tal sentido la sentencia del 23 de junio de 2006, Rad. 27489).

“...En ese orden de ideas, en hipótesis como la que aquí se analiza, en donde la pensión de vejez es reconocida con base en los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, como el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, y por tiempos de servicio privado, a la vez que la pensión de jubilación se fundamenta en la Ley 33 de 1985, por tiempos

*de servicio al Estado, diferentes a los de la pensión de vejez, **la Sala ha concluido que las dos prestaciones resultan compatibles.***

“...Tras lo anterior, se debe concluir que la pensión de vejez reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, que encuentra su fuente en los reglamentos de dicha institución y se causa por las cotizaciones allí efectuadas, es compatible con la pensión de jubilación que se funda en la Ley 33 de 1985 y se deriva de tiempos de servicio al Estado, diferentes a los tenidos en cuenta para reconocer la pensión de vejez. Y ello es así por virtud de que las dos prestaciones, como lo reclama la censura, encuentra reglamentaciones, causas y fuentes de financiación diferentes.”
(Resaltado fuera de texto)

Así mismo, dicha Corporación en proveído SL 712 de 2018, expuso:

*“La doctrina jurisprudencial es la que, finalmente, ha venido a solventar tales dificultades al generar una serie de parámetros para hacer puente entre tales regímenes de naturaleza diversa; en lo relacionado con la Ley 33 de 1985, cuyo objeto no fue otro que el de establecer responsabilidades sobre el otorgamiento pensional que se hiciera a los empleados oficiales, y en la que también se reguló el tiempo que debía computarse para tal efecto, esta Sala de la Corte ha estimado que si bien sus prestaciones pueden ser compatibles con las de servicios privados cotizados al ISS, esto es bajo el entendimiento o de que el tiempo de servicio fue completado antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993, **o de que la prestación se haya reconocido a través de Cajas de Previsión, diferenciándose así los recursos de los cuales provienen, impidiéndose de esa forma que, por regla general el Instituto de Seguros Sociales, disponga el pago de dos pensiones de vejez, como se trataría en este evento.***

En ese sentido deben leerse las decisiones que esta Sala de la Corte ha decantado, esto es que únicamente bajo el evento de que cualquiera de las dos prestaciones de las que se pide su compatibilidad, hubiesen sido causadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es que puede predicarse su compatibilidad, cuando provengan de distintos tiempos, como los públicos y privados, pues de lo contrario se entenderá que es inviable.

*Así, por ejemplo, en la CSJ SL452-2013 **se declara la compatibilidad, pero porque la pensión de docente se dispuso por una Caja distinta del ISS (...)***

Adicionalmente, precisó:

*“Con arreglo al artículo 2° del citado Decreto, que alude al artículo 17 de la Ley 549 de 1999, «todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión». **Lo procedente entonces, como arriba se explicó, es que el Instituto de Seguros Sociales envíe los aportes del actor con destino al Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, D. C., para financiar la pensión de jubilación que viene disfrutando y obtener su reliquidación si fuere el caso, de conformidad con lo previsto en la última de las normas citadas.***

El texto de los artículos 1.° y 2.° del Decreto 2527 de 2000, es del siguiente

tenor:

ARTICULO 1º-Reconocimiento a cargo de las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones. **Las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continuarán reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, exclusivamente en los siguientes casos: (...)**

3. cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, caja o fondo público, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al sistema general de pensiones. (Resalto fuera del texto) (...)

ARTICULO 2º-Solicitud de traslado de cotizaciones e información. De conformidad con el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 **todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión.** Cuando algún tiempo no se tome en cuenta para el reconocimiento de la pensión, y por ello no se incluya en el cálculo del bono pensional o no proceda la expedición de bono o cuota parte, la caja, fondo o entidad pública que deba hacer el reconocimiento de la pensión, según el artículo anterior, **solicitará a las administradoras o entidades de los tiempos cotizados o servidos que no se tienen en cuenta para el reconocimiento de la pensión, el traslado del valor de las cotizaciones para la pensión de vejez y de la información que posea(n) sobre el trabajador, incluyendo su historial laboral. Dicho traslado se deberá efectuar dentro de los dos (2) meses siguientes al recibo de la solicitud. (Resalto fuera del texto)**

El monto a trasladar se determinará de conformidad con el artículo 17 de la Ley 549 de 1999.

Y el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, prevé:

ARTÍCULO 17. Bonos pensionales. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 2527 de 2000, Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 3798 de 2003. **Los bonos pensionales que expidan las Entidades Territoriales y demás Entidades Públicas al Instituto de Seguros Sociales, se liquidarán calculando el valor presente, a la fecha de traslado, del capital necesario para financiar una pensión de vejez,** con las condiciones de edad, monto porcentual y tiempo, del régimen que se le aplique, disminuido en el valor presente a la fecha de traslado, de las cotizaciones que se espera efectúe el afiliado a la administradora entre la fecha de traslado y la fecha en que adquiera el derecho, actualizadas y capitalizadas. Para todos los cálculos se utilizará un interés técnico real efectivo anual del cuatro por ciento (4%); los factores actuariales serán calculados con los mismos parámetros técnicos del Régimen de Ahorro Individual calculados al cuatro por ciento (4%) real efectivo anual. Los bonos así determinados devengarán un interés equivalente al DTF pensional calculado como IPC más cuatro (4) puntos reales, entre la fecha de traslado y la fecha de pago. (Resalto fuera del

texto). (...)

Sin perjuicio de los requisitos para acceder a la pensión en el régimen de transición, todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión. Cuando algún tiempo no se incluya para el reconocimiento de la pensión y por ello no se incluya en el cálculo del bono pensional o no proceda la expedición de bono, se entregará a quien reconozca la pensión, por parte de la entidad que recibió las cotizaciones o aquella en la cual prestó servicios sin aportes, el valor equivalente a las cotizaciones para pensión de vejez que efectuó o hubiere efectuado al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte del ISS, actualizados con el DTF pensional. En estos casos, cuando los tiempos laborados con el sector público, sean anteriores a 1967, dicho valor se calculará con el porcentaje de cotización para pensión de vejez que regía para el año 1967, descontándose dicho monto del valor del bono a que haya lugar.

La Corte Constitucional al estudiar una demanda contra el citado artículo 17 de la Ley 549 de 1999, en sentencia CC C-262/01, dijo lo siguiente:

Los aportes que un trabajador público realiza para pensión, en el régimen de prima media con prestación definida, ingresan al Sistema General de Pensiones, cuyo objetivo es ‘garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones y prestaciones que se fijan en la ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones’; y, por consiguiente, no es posible devolverlos a los aportantes, como lo pretende la demandante.

Así las cosas, dichos aportes tienen una finalidad específica, cual es pagar la pensión de los mismos aportantes y de las demás personas establecidas en la ley, pues la Seguridad Social según lo establece el artículo 48 de la Constitución, se rige por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, lo que obliga al Estado a ampliar la cobertura de los beneficios a toda la población, mediante el subsidio a las personas que, por sus características y condiciones socioeconómicas no tienen acceso a ellos.

*En otras palabras, al disponer la disposición acusada, que dichos recursos sean entregados a la entidad que reconoce la pensión, lo que la norma acusada hace es garantizar, tanto el derecho individual de cada trabajador de las entidades territoriales o públicas a que se tengan en cuenta todos los tiempos trabajados y los aportes realizados para efectos de reconocer la pensión, como la viabilidad financiera del sistema de pensiones como un todo, ya que es gracias al traslado de esos recursos a la entidad administradora que se podrán reconocer y pagar las pensiones ya exigibles de quienes cumplan los requisitos legales, y con ello se respeta el inciso 5 del artículo 48 Superior. **En conclusión, no es posible que la entidad administradora de pensiones, en el régimen de prima media con prestación definida, pueda entregar tales aportes directamente al trabajador, para fines distintos al reconocimiento y pago de la pensión que le corresponda una vez llene las condiciones señaladas por la ley.***

Al verificarse la sentencia en la cual se declaró exequible el artículo 17 de la

Ley 549 de 1999 y que hace referencia la Corte Suprema de Justicia en la sentencia antes referida, esto es, la C-262 de 2001, la Corte Constitucional indicó: *“en primer término, considera la Corte que la demandante parte de un supuesto erróneo, dado que la norma acusada se refiere a los bonos pensionales que expidan las entidades territoriales y demás entidades públicas al Instituto de Seguros Sociales, lo que quiere decir, que corresponden a aportes efectuados por servidores estatales y no privados”*.

De manera que, es en este aspecto donde se marca la diferencia en el caso aquí estudiado, pues los aportes efectuados por el actor al ISS entre el 1° de febrero de 1989 y el 30 de noviembre de 2006 son netamente privados y no provienen de bonos pensionales que expidieron entidades territoriales y demás entidades públicas al Instituto, como tampoco se trata de aportes efectuados en calidad de servidor público, como lo establece la sentencia reseñada, pues la misma hace referencia a cotizaciones efectuadas por los **servidores públicos pertenecientes al régimen de prima media con prestación definida**, administrado por el ISS y las Cajas o Fondos del sector público **existentes antes de expedirse la ley 100/93**, al considerar que los mismos son recursos de carácter público que ingresan a un fondo común de naturaleza pública, lo cual imposibilita que sean entregados directamente al afiliado, situación que claramente no se da pues los aportes efectuados por el demandante al ISS hoy COLPENSIONES, provienen de empleadores privados.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que para los docentes que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003, el régimen pensional es el establecido por las normas que los regían para esa fecha es decir, la Ley 91 de 1989; pero a los docentes vinculados con posterioridad a su entrada en vigencia, los regula el régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 con los mismos requisitos exigidos, excepto la edad de pensión de vejez, que será de 57 años, tanto para mujeres como para hombres, como así lo indicó la Sala de Descongestión Laboral N° 4 de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1025 de 2019, radicado 72928, de ahí que la prestación de jubilación de la que goza el demandante se concediera en atención al régimen exceptuado al pertenecen los docentes en

virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, pues la misma lo fue dada su vinculación como docente nacional con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, tan así que para enero de 2002, había completado 20 años de servicio en esa calidad, sin que tenga injerencia el hecho que dicha pensión se causara con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en tanto, como se dijo, no hace parte del sistema por ser del régimen exceptuado.

Hechas las anteriores precisiones, es claro para la Sala que ambas prestaciones son compatibles en la medida que tienen su origen en aportes y normatividad diferentes, pues la pensión de jubilación reconocida por el FOMAG se hizo teniendo en cuenta los aportes efectuados a esta dada su condición de docente nacional y si bien lo fue con base en la Ley 33 de 1985 y 91 de 1989, ello se dio dado el régimen exceptuado al que pertenece (artículo 279 de la ley 100 de 1993), mientras que la pensión de vejez deprecada, lo es con base en las cotizaciones efectuadas a través de empleadores privados al ISS hoy COLPENSIONES y que obviamente no fueron utilizadas por el FOMAG para el reconocimiento de la pensión de jubilación, de ahí que el actor tenga derecho al reconocimiento de la prestación en comento pese a que la entidad de seguridad social sea una empresa industrial y comercial del estado, pues no sobra advertir que prestación de vejez se financia con el producto de las cotizaciones del afiliado, cuyos dineros no hacen parte del erario público pese a que la entidad que los administre si sea un ente estatal, como lo expuso la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 5792 de 2014 reiterada en la SL 4538 de 2018.

Régimen de transición

A folio 33 obra copia de la cédula de extranjería del demandante, en la que se evidencia que nació el 30 de enero de 1947, acreditando a 1° de abril de 1994, 47 años de edad, siendo beneficiario del régimen de transición.

Así mismo, del reporte de semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES (fls. 25 a 29), se denota que cotizó **1.121 semanas** a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005), acreditando más de las

750 semanas exigidas por dicha norma para que su beneficio se extienda hasta el 31 de diciembre de 2014.

Pensión de vejez

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

Al constatar si cumple con los requisitos exigidos por la norma en cita para acceder a la pensión, se tiene que el 30 de enero de 2007 cumplió la edad de 60 años (fl. 33) y según el reporte de semanas de folios 25 a 29, cotizó un total de **1.184,86 semanas**, a 30 de noviembre de 2006; acreditando así los requisitos para acceder a la pensión, la cual en principio se otorgaría al cumplimiento de la edad, esto es, al **30 de enero de 2007**.

Prescripción

Al respecto, se tiene que la prestación se causó el 30 de enero de 2007, el actor solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez el 25 de febrero de 2016 (CD – fl. 81), la cual le fue negada con la Resolución GNR 148451 del 20 de mayo de 2016, siendo resuelto el recurso de apelación interpuesto contra dicho acto con la resolución VPB 35650 del 13 de septiembre de 2016 y la demanda se presentó el 23 de mayo de 2017 (fl. 50), encontrándose prescritas las mesadas causadas con anterioridad al **25 de febrero de 2013**, por cuanto entre la fecha de causación del derecho y la de reclamación, transcurrieron más de tres años, de conformidad con el artículo 151 del CPL.

Conforme a ello y en cuanto al monto de la pensión, efectuadas las operaciones aritméticas, se obtiene un IBL de **\$1.416.361,58** calculado sobre el promedio de las cotizaciones efectuadas en los últimos 10 años, al cual se le aplica una tasa de reemplazo del 84% que es la que le corresponde

dado el número de semanas (1.184,86), arrojando una mesada pensional a **25 de febrero de 2013** de **\$1.513.944**, y se pagará sobre **14 mesadas al año**, en la medida que se causó el 30 de enero de 2007 al cumplimiento de la edad, esto es, con anterioridad al 31 de julio de 2011 y el valor de la mesada no supera los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes como lo dispone el Acto Legislativo 01 de 2005.

Intereses moratorios – ponencia compartida

Sobre el tema, ha sido clara la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en señalar que los mismos también proceden para las pensiones otorgadas bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, como así lo ha indicado entre otras en sentencia SL – 2834 de 2018 radicado 63344 sala de Descongestión N.º 1.

De otro lado, no debe olvidarse que los artículos 9º de la Ley 797 de 2003 y 4º de la ley 700 de 2001 establecen que las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional tendrán un plazo, indica la última de las normas citadas, no mayor de 6 meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de pensión para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes. No obstante, para la mayoría de los integrantes de la Sala, el término para contabilizar los mismos debe ser de 4 meses, como lo establece la primera de las normas citadas.

En ese orden de ideas, observa esta Colegiatura que la entidad de seguridad social negó la pensión bajo el entendido que esta era incompatible con la de jubilación otorgada por el FOMAG, pasando por alto que esta se otorgó en atención al régimen exceptuado establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, tomando para ello el tiempo laborado como docente nacional sin tener en cuenta las cotizaciones efectuadas al ISS por tratarse de regímenes diferentes; por lo que condenará a la demandada al pago de los intereses moratorios a partir del **25 de junio de 2016**, esto es, cuatro meses después de elevada la solicitud de pensión, a la tasa máxima de interés bancario certificada por la Superintendencia Financiera al momento en que se efectúe el pago.

Finalmente, no se condenará a la indexación como quiera que se condenó a la demandada al pago de los intereses moratorios

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la decisión de primera instancia y en su lugar, se **CONDENARÁ** a la demandada al pago de la pensión de vejez e intereses moratorios en la forma antes indicada.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor **WASHINGTON EDUARDO CABASCANGO ALBUJA** la pensión de vejez establecida en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, en cuantía de **\$1.513.944**, a partir del **25 de febrero de 2013**, sobre 14 mesadas al año junto con los reajustes legales, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

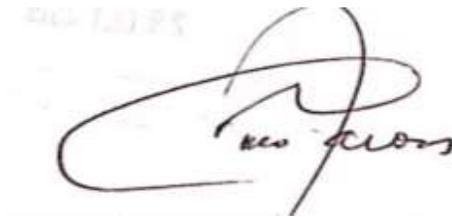
SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del **25 de junio de 2016** a la tasa máxima de interés bancario certificada por la Superintendencia Financiera al momento en que se efectúe el pago.

TERCERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 25 de febrero de 2013.

CUARTO: ABSOLVER a la accionada de las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

(Salva voto parcial por el término de los intereses moratorios)



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

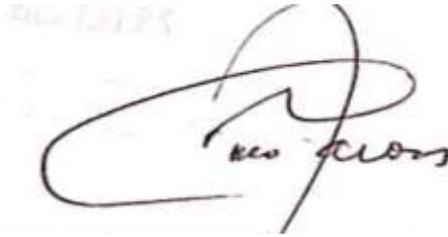
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

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



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

Liquidación

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1996	143	21,800	61,33	2,813	\$ 1.063.566,43	\$ 2.992.134,37	\$ 14.262.507,19
1997	307	26,520	61,33	2,313	\$ 545.286,64	\$ 1.261.026,77	\$ 12.904.507,28
1998	360	31,210	61,33	1,965	\$ 704.833,33	\$ 1.385.050,57	\$ 16.620.606,86
1999	360	36,420	61,33	1,684	\$ 1.030.083,33	\$ 1.734.624,13	\$ 20.815.489,57
2000	330	39,790	61,33	1,541	\$ 1.132.000,00	\$ 1.744.799,20	\$ 19.192.791,15
2001	360	43,270	61,33	1,417	\$ 1.077.583,33	\$ 1.527.344,25	\$ 18.328.131,04
2002	360	46,580	61,33	1,317	\$ 826.166,67	\$ 1.087.780,20	\$ 13.053.362,39
2003	360	49,830	61,33	1,231	\$ 845.583,33	\$ 1.040.731,00	\$ 12.488.772,02
2004	360	53,070	61,33	1,156	\$ 951.666,67	\$ 1.099.787,39	\$ 13.197.448,65
2005	360	55,990	61,33	1,095	\$ 1.165.416,67	\$ 1.276.567,32	\$ 15.318.807,82
2006	300	58,700	61,33	1,045	\$ 1.319.000,00	\$ 1.378.096,59	\$ 13.780.965,93
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2007	\$ 169.963.389,89
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.416.361,58
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					84%
		Primera mesada					\$ 1.189.743,73
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2007	\$ 433.700,00

Tabla mesada pensional

Año	Valor mesada calculada
2007	\$ 1.189.744,00
2008	\$ 1.257.440,00
2009	\$ 1.353.886,00
2010	\$ 1.380.964,00
2011	\$ 1.424.741,00

2012	\$ 1.477.884,00
2013	\$ 1.513.944,00

República de Colombia



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

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HUMBERTO MORENO
BARACALDO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
– COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **HUMBERTO MORENO BARACALDO**, se **condene** a COLPENSIONES al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en la suma de \$17.988.272 o superior, más los intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 y 5), señaló que nació el 18 de mayo de 1954 y laboró como docente oficial al servicio de la Secretaría de Educación del Distrito entre el 19 de junio de 1980 y el 30 de mayo de 2012. Refiere que por su labor como docente, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le reconoció la pensión de jubilación mediante Resolución 5131 del 17 de diciembre de 2009, en cuantía de \$1.859.454 a partir del 19 de mayo de 2009, al igual que

CAJANAL le otorgó la pensión gracia con la Resolución 27276 del 27 de mayo de 2006, en la suma de \$1.097.815,50, sin que para el reconocimiento de esas pensiones se tuvieran en cuenta los aportes efectuados con empleadores privados al ISS, entre el 25 de agosto de 1992 y el 30 de abril de 1997 equivalentes a 232,14 semanas. Finalmente, expone que mediante Resolución GNR 366747 del 3 de diciembre de 2006 la demandada le negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, bajo el argumento que es incompatible con la otorgada por CAJANAL.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 38 a 46). En cuanto a los hechos, niega los contenidos en los numerales 5 y 9 y acepta los demás. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, inexistencia del derecho de intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 15 de enero de 2020 (CD – fl. 83), **declaró** no probadas las excepciones propuestas por la demandada, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la suma de \$4.445.032,53, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual deberá indexarse a la fecha de su pago, **absolvió** a la accionada de los intereses moratorios y **condenó** en costas a la demandada.

Fundamentó su decisión, indicando que no se discute que el demandante no tenga derecho a la pensión de vejez en la medida que al arribar a la edad de 62 años solo acreditó 232,43 semanas. Refiere que el artículo 692 de 1994 establece la posibilidad de acumular cotizaciones en el caso de los profesores, por lo que pese a que estos estén cubiertos por el FOMAG en caso de una vinculación con una entidad de carácter privado, deben ser afiliados al sistema general de pensiones, a más que los docentes públicos no hacen parte del sistema, de ahí que ni el Acuerdo 049 de 1990, como la ley 100 de 1993 y la ley 797 de 2003 establezcan algún tipo de

incompatibilidad con esta clase de pensiones. Sostiene que en un caso similar, la Corte Suprema de Justicia ha indicado la obligatoriedad de afiliarse a los docentes públicos al sistema, ya sea al RPM o al RAIS cuando estos se vinculan con un empleador privado así se encuentren en el fondo del magisterio. Menciona que en el presente asunto, al accionante le fue reconocida la pensión mensual vitalicia de jubilación por parte del Magisterio en virtud a que prestó sus servicios como docente distrital por más de 20 años, teniendo en cuenta para ello los aportes efectuados al FOMAG, mientras que la indemnización que se reclama lo es con base en las cotizaciones efectuadas al ISS por parte de empleadores privados, de ahí que ambas prestaciones sean compatibles por tener una filosofía y naturaleza distinta, lo cual constituye una excepción legal a lo preceptuado por la CN en el artículo 128. Aduce que la indemnización reclamada también es compatible con la pensión gracia que le fue otorgada por CAJANAL, toda vez que dicho ente reconoció la pensión por su actividad como docente público y con base en una norma que no hace parte del sistema, sumado al hecho que tampoco se utilizaron para esa prestación en tanto los aportes efectuados a COLPENSIONES lo fueron con empleadores de carácter privado. Concluye que el accionante tiene derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, la cual se calcula con base en 232,43 semanas cotizadas, arrojando la suma de \$3.397.912,91 que indexada a la fecha da como resultado \$4.445.032,53; suma que deberá reajustarse al momento de su pago.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, respecto del monto de la indemnización, manifestando que la liquidación no cumple con las especificaciones establecidas en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, de ahí que la misma deba ser revisada, reliquidada y por ende, reconocerse en la suma que se reclama en la demanda.

COLPENSIONES apeló la decisión, señalando que se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 128 de la CN y en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, que establece que nadie puede recibir más de una asignación que

provenza del tesoro público o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el estado; luego en este caso para el actor no es necesaria la indemnización sustitutiva en la medida que se encuentra gozando de dos pensiones, las cuales cubren el riesgo de vejez y le garantizan el mínimo vital, sumado al hecho que la indemnización sustitutiva como lo consagra la ley, es incompatible con la pensión de vejez e invalidez. Finalmente, afirma a que, si bien las cotizaciones se efectuaron a empleadores privados, en los términos del artículo 17 de la ley 549 de 1999, esos tiempos deben entregarse a las entidades públicas para el financiamiento de la pensión.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el actor tiene derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, pese a que disfrute de una pensión de jubilación por parte de la Secretaría de Educación del Distrito y el FOMAG y de la pensión gracia por parte de CAJANAL.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del demandante, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que se corrobora con la copia de la Resolución 27276 del 6 de junio de 2006 (fls. 20 a 22), mediante la cual CAJANAL le reconoció la pensión gracia por el tiempo servido como docente nacionalizado del 19 de junio de 1980 al 30 de mayo de 2004, en cuantía de \$1.097.815,50 a partir del 18 de mayo de 2004.

Tampoco se discute, que con la Resolución 5131 del 17 de diciembre de 2009, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le reconoció la pensión de jubilación a partir del 19 de mayo de 2009, en cuantía de \$1.859.454, la cual se otorgó con fundamento en la Ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989 y Ley 962 de 2005, teniendo en cuenta 20 años de servicio prestado como docente de vinculación nacionalizado.

Compatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES y las pensiones de jubilación y gracia otorgadas por el FOMAG y CAJANAL.

A folios 47 a 49, obra reporte de semanas cotizadas por el demandante a COLPENSIONES por el periodo comprendido entre el 25 de agosto de 1992 y el 34 de abril de 1994, equivalentes a 232,43 semanas, las cuales fueron sufragadas por empleadores privados.

De otro lado, no es objeto de debate que el actor no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pues si bien cumplió 62 años de edad el 18 de mayo de 2016, para esa data solo acreditó 232,43 semanas, lo que lo hace acreedor en principio a una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Ahora en lo que se refiere a la compatibilidad de las pensiones de jubilación y gracia otorgadas por el FOMAG y CAJANAL al accionante con la posible indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, la Corte Suprema de Justicia en un caso de similares características a las analizadas por la Sala, en sentencia del 17 de julio de 2013 radicado 36936, señaló:

“... En efecto, aunque esta Sala de la Corte ha sido especialmente enfática en sostener que, en principio, dentro de la estructura y principios del Sistema Integral de Seguridad Social no resulta posible que una persona perciba más de una pensión, por cuanto existe una tendencia a lograr unidad y universalidad en el aseguramiento de los riesgos, lo cierto es que tal regla ha sido aplicada en situaciones en las que la incompatibilidad está prevista expresamente en la Ley o en aquellas en las cuales resulta razonable definirlo porque, por ejemplo, las dos prestaciones se fundamentan en un mismo tiempo de servicio. (Ver en tal sentido la sentencia del 23 de junio de 2006, Rad. 27489).

“...En ese orden de ideas, en hipótesis como la que aquí se analiza, en donde la pensión de vejez es reconocida con base en los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, como el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, y por tiempos de servicio privado, a la vez que la pensión de jubilación se fundamenta en la Ley 33 de 1985, por tiempos de servicio al Estado, diferentes a los de la pensión de vejez, la Sala ha concluido que las dos prestaciones resultan compatibles.

“...Tras lo anterior, se debe concluir que la pensión de vejez reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, que encuentra su

fuelle en los reglamentos de dicha institución y se causa por las cotizaciones allí efectuadas, es compatible con la pensión de jubilación que se funda en la Ley 33 de 1985 y se deriva de tiempos de servicio al Estado, diferentes a los tenidos en cuenta para reconocer la pensión de vejez. Y ello es así por virtud de que las dos prestaciones, como lo reclama la censura, encuentra reglamentaciones, causas y fuentes de financiación diferentes.”
(Resaltado fuera de texto)

Así mismo, dicha Corporación en proveído SL 712 de 2018, expuso:

*“La doctrina jurisprudencial es la que, finalmente, ha venido a solventar tales dificultades al generar una serie de parámetros para hacer puente entre tales regímenes de naturaleza diversa; en lo relacionado con la Ley 33 de 1985, cuyo objeto no fue otro que el de establecer responsabilidades sobre el otorgamiento pensional que se hiciera a los empleados oficiales, y en la que también se reguló el tiempo que debía computarse para tal efecto, esta Sala de la Corte ha estimado que si bien sus prestaciones pueden ser compatibles con las de servicios privados cotizados al ISS, esto es bajo el entendimiento o de que el tiempo de servicio fue completado antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993, **o de que la prestación se haya reconocido a través de Cajas de Previsión, diferenciándose así los recursos de los cuales provienen, impidiéndose de esa forma que, por regla general el Instituto de Seguros Sociales, disponga el pago de dos pensiones de vejez, como se trataría en este evento.***

En ese sentido deben leerse las decisiones que esta Sala de la Corte ha decantado, esto es que únicamente bajo el evento de que cualquiera de las dos prestaciones de las que se pide su compatibilidad, hubiesen sido causadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es que puede predicarse su compatibilidad, cuando provengan de distintos tiempos, como los públicos y privados, pues de lo contrario se entenderá que es inviable.

*Así, por ejemplo, en la CSJ SL452-2013 **se declara la compatibilidad, pero porque la pensión de docente se dispuso por una Caja distinta del ISS (...)***”

Adicionalmente, precisó:

*“Con arreglo al artículo 2° del citado Decreto, que alude al artículo 17 de la Ley 549 de 1999, «todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión». **Lo procedente entonces, como arriba se explicó, es que el Instituto de Seguros Sociales envíe los aportes del actor con destino al Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, D. C., para financiar la pensión de jubilación que viene disfrutando y obtener su reliquidación si fuere el caso, de conformidad con lo previsto en la última de las normas citadas.***

El texto de los artículos 1.º y 2.º del Decreto 2527 de 2000, es del siguiente tenor:

ARTICULO 1º-Reconocimiento a cargo de las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones. Las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones,

continuarán reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, exclusivamente en los siguientes casos: (...)

3. cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, caja o fondo público, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al sistema general de pensiones. (Resalto fuera del texto) (...)

ARTICULO 2º-Solicitud de traslado de cotizaciones e información. De conformidad con el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 **todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión.** Cuando algún tiempo no se tome en cuenta para el reconocimiento de la pensión, y por ello no se incluya en el cálculo del bono pensional o no proceda la expedición de bono o cuota parte, la caja, fondo o entidad pública que deba hacer el reconocimiento de la pensión, según el artículo anterior, **solicitará a las administradoras o entidades de los tiempos cotizados o servidos que no se tienen en cuenta para el reconocimiento de la pensión, el traslado del valor de las cotizaciones para la pensión de vejez y de la información que posea(n) sobre el trabajador, incluyendo su historial laboral. Dicho traslado se deberá efectuar dentro de los dos (2) meses siguientes al recibo de la solicitud. (Resalto fuera del texto)**

El monto a trasladar se determinará de conformidad con el artículo 17 de la Ley 549 de 1999.

Y el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, prevé:

ARTÍCULO 17. Bonos pensionales. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 2527 de 2000, Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 3798 de 2003. **Los bonos pensionales que expidan las Entidades Territoriales y demás Entidades Públicas al Instituto de Seguros Sociales, se liquidarán calculando el valor presente, a la fecha de traslado, del capital necesario para financiar una pensión de vejez,** con las condiciones de edad, monto porcentual y tiempo, del régimen que se le aplique, disminuido en el valor presente a la fecha de traslado, de las cotizaciones que se espera efectúe el afiliado a la administradora entre la fecha de traslado y la fecha en que adquiera el derecho, actualizadas y capitalizadas. Para todos los cálculos se utilizará un interés técnico real efectivo anual del cuatro por ciento (4%); los factores actuariales serán calculados con los mismos parámetros técnicos del Régimen de Ahorro Individual calculados al cuatro por ciento (4%) real efectivo anual. Los bonos así determinados devengarán un interés equivalente al DTF pensional calculado como IPC más cuatro (4) puntos reales, entre la fecha de traslado y la fecha de pago. (Resalto fuera del texto). (...)

Sin perjuicio de los requisitos para acceder a la pensión en el régimen de transición, todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión. Cuando algún

tiempo no se incluya para el reconocimiento de la pensión y por ello no se incluya en el cálculo del bono pensional o no proceda la expedición de bono, se entregará a quien reconozca la pensión, por parte de la entidad que recibió las cotizaciones o aquella en la cual prestó servicios sin aportes, el valor equivalente a las cotizaciones para pensión de vejez que efectuó o hubiere efectuado al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte del ISS, actualizados con el DTF pensional. En estos casos, cuando los tiempos laborados con el sector público, sean anteriores a 1967, dicho valor se calculará con el porcentaje de cotización para pensión de vejez que regía para el año 1967, descontándose dicho monto del valor del bono a que haya lugar.

La Corte Constitucional al estudiar una demanda contra el citado artículo 17 de la Ley 549 de 1999, en sentencia CC C-262/01, dijo lo siguiente:

Los aportes que un trabajador público realiza para pensión, en el régimen de prima media con prestación definida, ingresan al Sistema General de Pensiones, cuyo objetivo es ‘garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones y prestaciones que se fijan en la ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones’; y, por consiguiente, no es posible devolverlos a los aportantes, como lo pretende la demandante.

Así las cosas, dichos aportes tienen una finalidad específica, cual es pagar la pensión de los mismos aportantes y de las demás personas establecidas en la ley, pues la Seguridad Social según lo establece el artículo 48 de la Constitución, se rige por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, lo que obliga al Estado a ampliar la cobertura de los beneficios a toda la población, mediante el subsidio a las personas que, por sus características y condiciones socioeconómicas no tienen acceso a ellos.

*En otras palabras, al disponer la disposición acusada, que dichos recursos sean entregados a la entidad que reconoce la pensión, lo que la norma acusada hace es garantizar, tanto el derecho individual de cada trabajador de las entidades territoriales o públicas a que se tengan en cuenta todos los tiempos trabajados y los aportes realizados para efectos de reconocer la pensión, como la viabilidad financiera del sistema de pensiones como un todo, ya que es gracias al traslado de esos recursos a la entidad administradora que se podrán reconocer y pagar las pensiones ya exigibles de quienes cumplan los requisitos legales, y con ello se respeta el inciso 5 del artículo 48 Superior. **En conclusión, no es posible que la entidad administradora de pensiones, en el régimen de prima media con prestación definida, pueda entregar tales aportes directamente al trabajador, para fines distintos al reconocimiento y pago de la pensión que le corresponda una vez llene las condiciones señaladas por la ley.***

Al verificarse la sentencia en la cual se declaró exequible el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y que hace referencia la Corte Suprema de Justicia en la sentencia antes referida, esto es, la C-262 de 2001, la Corte Constitucional indicó: “en primer término, considera la Corte que la demandante parte de un

supuesto erróneo, dado que la norma acusada se refiere a los bonos pensionales que expidan las entidades territoriales y demás entidades públicas al Instituto de Seguros Sociales, lo que quiere decir, que corresponden a aportes efectuados por servidores estatales y no privados”.

De manera que, es en este aspecto donde se marca la diferencia en el caso aquí estudiado, pues los aportes efectuados por el actor al ISS entre el 25 de agosto de 1992 y el 30 de abril de 1997 son netamente privados y no provienen de bonos pensionales que expidieron entidades territoriales y demás entidades públicas al Instituto, como tampoco se trata de aportes efectuados en calidad de servidor público, como lo establece la sentencia reseñada, pues la misma hace referencia a cotizaciones efectuadas por los **servidores públicos pertenecientes al régimen de prima media con prestación definida**, administrado por el ISS y las Cajas o Fondos del sector público **existentes antes de expedirse la ley 100/93**, al considerar que los mismos son recursos de carácter público que ingresan a un fondo común de naturaleza pública, lo cual imposibilita que sean entregados directamente al afiliado, situación que claramente no se da, pues los aportes efectuados por el demandante al ISS hoy COLPENSIONES, provienen de empleadores privados.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que para los docentes que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003, el régimen pensional es el establecido por las normas que los regían para esa fecha es decir, la Ley 91 de 1989; pero a los docentes vinculados con posterioridad a su entrada en vigencia, los regula el régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 con los mismos requisitos exigidos, excepto la edad de pensión de vejez, que será de 57 años, tanto para mujeres como para hombres, como así lo indicó la Sala de Descongestión Laboral N° 4 de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1025 de 2019, radicado 72928, de ahí que la prestación de jubilación y gracia de la que goza el demandante se concedieran en atención al régimen exceptuado al pertenecen los docentes en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, pues estas lo fueron dada su vinculación como docente nacional con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, tan así que para junio de 2000, había

completado 20 años de servicio en esa calidad, sin que tenga injerencia el hecho que tales prestaciones se causaran con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en tanto, como se dijo, no hacen parte del sistema por ser del régimen exceptuado.

Hechas las anteriores precisiones, es claro para la Sala que ambas prestaciones son compatibles en la medida que tienen su origen en aportes y normatividad diferentes, pues la pensión de jubilación reconocida por el FOMAG y la gracia por parte de CAJANAL, se hicieron teniendo en cuenta el tiempo servido como docente nacional y si bien la de jubilación lo fue con base en la Ley 33 de 1985 y 91 de 1989, ello se dio dado el régimen exceptuado al que pertenece (artículo 279 de la ley 100 de 1993), mientras que la indemnización sustitutiva deprecada, lo es con base en las cotizaciones efectuadas a través de empleadores privados al ISS hoy COLPENSIONES y que obviamente no fueron utilizadas ni por el FOMAG ni por CAJANAL para el reconocimiento de las pensiones de jubilación y gracia, de ahí que el actor tenga derecho al reconocimiento de la prestación en comento pese a que la entidad de seguridad social sea una empresa industrial y comercial del estado, pues no sobra advertir que las prestaciones a su cargo se financian con el producto de las cotizaciones del afiliado, cuyos dineros no hacen parte del erario público pese a que la entidad que los administre si sea un ente estatal, como lo expuso la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 5792 de 2014 reiterada en la SL 4538 de 2018.

Bajo ese entendido, es claro que el accionante tiene derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, cuyo monto, una vez efectuadas las operaciones aritméticas, arroja la suma de **\$16.171.628**, siendo esta superior a la otorgada por el a quo, por lo que dada la apelación del demandante sobre este punto, se modificará el proveído de primera instancia.

Suma esta que deberá ser indexada al momento de su pago, con base en la fórmula expuesta para ello por la Corte Suprema de Justicia, para lo cual deberá tomar como IPC INICIAL el de la anualidad anterior al de la fecha de

casación de la indemnización (diciembre de 2015) y como IPC FINAL el de la anualidad anterior a la que se realice el pago.

Prescripción

De plano, observa la sala que dicha excepción no está llamada a prosperar, toda vez que la prestación se causó el 18 de mayo de 2016, data en la cual cumplió 62 años de edad sin completar las semanas para acceder a una pensión de vejez; el 16 de septiembre de la misma anualidad solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la indemnización (fl. 28) y el 22 de junio de 2017 (fl. 1) presentó la demanda, sin que entre una fecha y otra haya transcurrido el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la decisión de primera instancia en lo que el monto de la indemnización sustitutiva se refiere y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, dada la improsperidad del recurso.

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

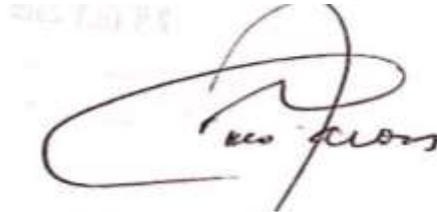
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO la sentencia apelada y consultada, en el sentido de indicar que el valor de la indemnización de la pensión sustitutiva de la pensión de vejez asciende a **\$16.171.628**, la cual deberá ser indexada al momento de su pago, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de alzada.

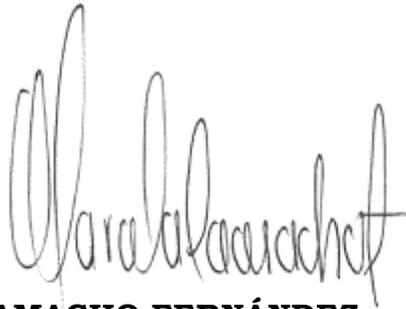
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

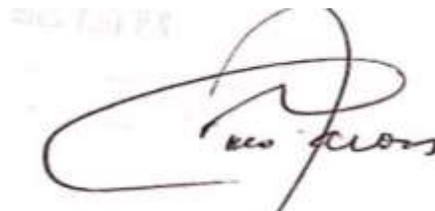
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

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



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

Liquidación

Cálculo Toda La Vida Laboral								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
1992	106	9,700	88,050	9,077	\$ 401.340,57	\$ 3.643.097,00	\$ 12.872.276,00	
1993	365	12,140	88,050	7,253	\$ 417.575,34	\$ 3.028.625,00	\$ 36.848.271,00	
1994	330	14,890	88,050	5,913	\$ 457.290,00	\$ 2.704.123,00	\$ 29.745.353,00	
1995	360	18,250	88,050	4,825	\$ 774.916,67	\$ 3.738.708,00	\$ 44.864.496,00	
1996	360	21,800	88,050	4,039	\$ 946.083,33	\$ 3.821.222,00	\$ 45.854.664,00	
1997	120	26,520	88,050	3,320	\$ 1.130.500,00	\$ 3.753.413,00	\$ 15.013.652,00	
Total días	1641	Total devengado actualizado a				2016	\$ 185.198.712	
Semanas Cotizadas S.C.	234,43	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 790.000,60	
Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.							8,732%	
VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a						2016	\$ 16.171.628,00	

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva	\$ 16.171.628
Total	\$ 16.171.628

República de Colombia



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

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CRISTIAN CAMILO DUARTE
MARTÍNEZ contra REMY IPS SAS**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **CRISTIAN CAMILO DUARTE MARTÍNEZ**, se **declare** que existió un contrato de trabajo con REMY IPS SAS desde el 7 de noviembre de 2015 hasta el 15 de abril de 2016. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la demandada al pago del salario del 1° al 15 de abril de 2016, cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, intereses a las cesantías y sanción por no pago de los mismos, aportes al sistema de seguridad social integral, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 4 a 7).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 7 a 9), señaló que ha desarrollado en su visa profesional y laboral el cargo de enfermero y jefe de enfermería. Refiere que el 7 de noviembre de 2015 suscribió contrato de prestación de servicios con REMY IPS SAS para desempeñar el cargo de jefe

de enfermería, recibiendo la suma de \$2.538.331 como contraprestación del servicio. Sostiene que su jefe inmediato era MARCELA ARCILA directora administrativa, quien le impartía el visto bueno a los turnos que le eran asignados, como también era citado con carácter obligatorio a procesos de capacitación, al igual que la IPS le suministraba todas las herramientas para el desarrollo de su cargo, incluidos los uniformes entre otros. Menciona que se le impuso un de lunes a domingo de 8 am a 2 pm y descansos un fin de semana completo cada 15 días, el cual se modificó posteriormente de 7 am a 1 pm. Aduce que el 1° de abril de 2016 fue promovido a coordinador de enfermería con un ingreso mensual de \$4.800.000. Expone que el 15 de abril de 2016 se vio obligado a renunciar, dado que las condiciones pactadas para el cargo de coordinador fueron modificadas unilateralmente por la institución. Afirma que sufragó con sus propios dineros los aportes a la EPS y no le cancelaron los salarios del 1° al 15 de abril de 2016. Finalmente, indica que el 3 de junio de 2016 elevó derecho de petición a la IPS exigiendo el pago exigiendo el pago de sus salarios, sin que a la fecha haya recibido respuesta alguna al respecto.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

REMY IPS SAS contestó la demanda en la que se opuso a las pretensiones de esta (fls. 77 a 89). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en numerales 1.1, 1.4, 1.12, 1.17 y 1.19 y niega y no le constan los demás. Como excepciones de mérito, formuló las de inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 25 de septiembre de 2019 (CD – fl. 113), **declaró** que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 7 de noviembre de 2015 y el 15 de abril de 2016, con un ingreso de \$2.160.000 para 2015 y en 2016 de \$2.538.331, **condenó** a REMY IPS SAS a pagar a la demandante las siguientes sumas y conceptos: \$1.269.165 de salarios entre el 1° y 15 de abril de 2016, \$1.121.096 de cesantías, \$134.531 de intereses a las cesantías, \$560.548 de vacaciones, \$1.121.096 de prima de servicios,

\$992.200 de aportes a pensión, \$775.200 de aportes a salud, \$149.400 de aportes a ARL, de indemnización moratoria, la suma de \$84.611 diarios desde el 16 de abril de 2016 y hasta el 15 de abril de 2018 y a partir del 16 de abril de 2018, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superfinanciera y hasta la fecha en que se efectúe el pago y \$2.622.942 de sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, **condenó** en costas a la demandada, señalando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones de la demanda y **declaró** no probadas las excepciones propuestas.

Fundamentó su decisión, indicando que no hay controversia en cuanto a la prestación personal del servicio del actor a la IPS, pues así se aceptó en el interrogatorio de parte y en la demanda, al igual se probó que prestaba el servicio 8 horas diarias desempeñando la función de enfermero jefe y posteriormente de coordinador de enfermería. Refiere que se observa que la demandada impuso turnos al demandante de 8 horas de conformidad con la planificación médica, pese a que en el contrato se afirme que no existiría un horario determinado, empero, en las planillas se observa que los turnos eran establecidos por la demandada en los horarios en donde necesitaba la prestación del servicio, al igual que se allegaron correos electrónicos entre el demandante y MARCELA ALRCILA donde se hace la coordinación de los turnos y la asistencia de capacitaciones obligatorias, actas de reuniones para presentar al accionante como coordinador de enfermería con las funciones asignadas al cargo, además de copias de la entrega de insumos hospitalarios al coordinador jefe. Expone que el servicio prestado por el demandante tiene relación directa con el objeto social de la accionada como se denota del certificado de existencia y representación legal, sumado a que se los extractos bancarios se aprecian que la remuneración del actor a pesar de ser global, se dividió por pagos mensuales cancelados en la misma periodicidad. Indica que en este caso hay situaciones serias y razones suficientes para entender que existió un contrato de trabajo, pues las instrucciones impartidas por la señora Marcela son actos propios de subordinación, sumado a la prestación del servicio del actor para con la demandada, lo cual hace que se determine en su favor la presunción de que trata el artículo 24 del CST, de ahí que la accionada deba probar autonomía

e independencia del trabajador en la realización de actividades para las que se contrató, lo cual no se probó y por ende, queda demostrada la existencia el contrato de trabajo entre el 7 de noviembre de 2015 y el 15 de abril de 2016. Indica que como no se probó el pago de los emolumentos solicitados, se condenará a la demandada a su pago, excepto la indemnización por despido como quiera que en el expediente obra carta mediante la cual el demandante renuncia de forma voluntaria. En canto a la indemnización moratoria, aduce que en el plenario no existen elementos probatorios de los cuales se deduzca que el empleador no estaba ligado a un contrato de trabajo, por el contrario, de la forma en que se ejecutó la labor, deja sin argumento la autonomía técnica, administrativa y financiera en función de lo que se desplegaba, lo cual no sirve de pretexto para abstenerse de cancelar lo que por Ley estaba obligado; de ahí que considere, hay lugar al pago de la referida indemnización. Finalmente, sobre la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, señala que bajo los mismos argumentos expuestos para la moratoria, se ordenará su pago respecto de las causadas a 31 de diciembre de 2015.

APELACIÓN

La demandada interpuso recurso de apelación, manifestando que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia referente a que exista un horario, turnos y lugar específico para realizar esas actividades, no significa la existencia de un contrato laboral sometido a subordinación. Indica que el despacho, determinó que la exigencia o fijación de turnos de trabajo era determinante para definir la existencia del contrato de trabajo, sin embargo, no tuvo en cuenta que esos turnos tenían una flexibilidad para que se hicieran como el actor quisiera, de ahí que no sea dable indicar que es un elemento de subordinación. Refiere que en este caso no se trata de un cargo como tal sino a una condición específica y técnica de las actividades que se realizan en el área de enfermería que no es propio de un contrato laboral. Sostiene que su objeto social no le impide celebrar contratos de prestación de servicios relacionadas con actividades propias o conexas, sin que ello se tenga que hacer a través de un contrato de trabajo, teniendo en cuenta que no se generaron los elementos integrantes de un contrato de trabajo como lo establece el código sustantivo del trabajo. Solicita que en caso que se

mantenga la declaratoria de la existencia de una relación de trabajo, se tenga en cuenta la no imposición de las condenas por concepto de sanción por no consignación de las cesantías e indemnización moratoria, no desde la terminación del contrato sino desde que se declara la el mismo, como quiera que solo desde hoy está siendo condenada a un contrato que esta siendo declarado en esta instancia, desvirtuando la existencia de un contrato de prestación de servicios que en realidad así se manejo y la naturaleza nunca desbordó el vínculo civil de prestación de servicios, por lo que al no existir mala fe, mal podría ser condena. Finalmente, solicita sea absuelta de la devolución de los pagos referentes a ala seguridad social, pues en la fijación del litigio no se estableció que el actor tuviere derecho a ello, pues no fue objeto de litigio y estudio y si bien existen pruebas documentales, estas no fueron objeto de alegatos de conclusión por la parte demandante.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si entre el demandante y REMY IPS SAS existió un contrato de trabajo del 7 de noviembre de 2015 al 15 de abril de 2016 y en caso afirmativo, se analizarán las condenas impuestas por el a quo concepto de indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo y devolución de aportes a la seguridad social integral.

Contrato de trabajo

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

“Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la

prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.”

Al verificar si se acredita la prestación personal del servicio del demandante para con la demandada REMY IPS SAS, se tiene que **la representante legal de la demandada**, señaló que el actor presentó su hoja de vida y de acuerdo a su experiencia fue contratado para ejercer el oficio de jefe de enfermería y se vinculó mediante contrato de prestación de servicio por ser la forma idónea para ejercer las actividades que requiere la empresa. Aduce que no fue ascendido a coordinador, pues se contrató como jefe de enfermería y esas fueron las funciones que realizó, lo cual es una profesión y no un cargo y bajo ese entendido, a los profesionales de la enfermería se les dice jefe y a los técnicos auxiliares. Menciona que hay rangos de turnos, que datan de 7 am a 1 pm, de 1 pm a 7 pm y de 7 pm a 7 am, ellos eligen cual pueden cumplir sin que sea necesario que sea ese turno, pues se ajustan de acuerdo a otros trabajos y según ello a cuáles pueden ir a la empresa y lo importante es que siempre haya siempre remplazándolo y se imponen turnos por la densidad del servicio. Indica que para gestionar la labor del jefe de enfermería, este tiene que dar los medicamentos al paciente bien sea de la farmacia externa o interna para cumplir con esa función. Señala que no sabe porque Cristian dejó de asistir a sus turnos, como tampoco sabía si a la finalización del contrato le quedaron debiendo alguna suma. Finalmente, refiere que todas las empresas deben hacer capacitaciones a todo el personal sin importar el tipo de vinculación.

El demandante, afirmó que suscribió contrato de prestación de servicios con la demandada para desempeñarse como jefe de enfermería. Indica que debía cumplir un horario de acuerdo a los turnos que colocaba MARCELA ARCILA quien daba el aval de autorizarlos o no, es decir, él colocaba los turnos que podía realizar, él era el único jefe cuando inició la sede y dado el aumento de pacientes habían más profesionales y todos se turnaban, pues cuando los pacientes pasaron a Belén se requería de cuatro jefes y la jefe era la que decidía como se debían turnar y si no podía prestar el turno, cuadraba con un compañero y después reponía el tiempo. Aduce que cuando renunció se acercó a la sede de Normandía y allá presentó la carta con la cuenta de cobro.

Finalmente, menciona que Marcela le autorizó para que hiciera un chaleco y así poder diferenciarse de los auxiliares.

JAVIER PINEDA MORENO, ex compañero del actor, manifestó que aquel era enfermero jefe y después coordinador. Asegura que recibían órdenes de Marcela relacionadas con las funciones, administración de medicamentos, manejo de pacientes. Señala que el demandante cuando era jefe se encargaba de la seguridad de los pacientes, administración de medicamentos y la realización de procedimientos no invasivos y cuando estuvo de coordinador, gestionaba los turnos de los enfermeros y velaba porque se cubrieran los mismos, como también hacía capacitaciones. Menciona que cuando los dos eran jefes, él estaba en las tardes y el demandante en las mañanas y los turnos se los asignaba Marcela. Expone que en caso de ausencia se pedía permiso a la jefe y otro cubría el turno, pero tenía que ser de la IPS no podía cubrirse con un tercero. Indica que cuando prestaba los servicios en REMY también lo hacía en la Clínica Inmaculada. Finalmente, señala que el actor mando a hacer un chaleco con el permiso de Marcela.

Conforme a ello, es claro que se encuentra proada la prestación personal del servicio del demandante para con la demandada, por lo que en virtud del artículo 24 del CST, se presume que la misma lo fue a través de un contrato de trabajo, quedando a cargo la accionada desvirtuarla.

Al efecto, se allegó copia del contrato de prestación de servicios de asistencia técnica suscrito entre las partes el 7 de noviembre de 2015, cuyo objeto se circunscribe en la prestación de servicios de jefe de enfermería de los servicios que ofrece la IPS, el cual se prestará bajo la modalidad de turnos de 8 horas de acuerdo con la planificación médica sin que exista horario determinado ni dependencia (fls. 23 a 25).

De otro lado, se aportaron correos electrónicos, actas de reunión, formatos de capacitaciones, planillas de turno y actas de entrega de medicamentos (fls. 42 a 50 y 54 a 71), en los que se evidencia que el actor en calidad de jefe de enfermería era el encargado de realizar los formatos de notas de enfermería, registro de signos vitales y registro y control de peso los cuales ponía a disposición de Marcela Arcila y Eliana Trujillo para su aprobación, hacia

extensiva la citación a capacitación obligatoria a los demás jefes y enfermeros enviada por la citada señora, socializaba los formatos y demás información remitida por los coordinadores, al igual que realizaba capacitaciones a las auxiliares. Como Coordinador, programó reuniones para tratar temas relacionados con presentación personal y atención al usuario entre otros requerimientos, las cuales también hizo cuando estuvo de jefe, presentaba a la gerencia el cronograma de asistencia a las dos sedes e informes del área con la periodicidad y contenidos exigidos, reportes de los eventos que se presentaran, mantener los turnos completos con el personal requerido y la recepción de insumos y medicamentos, entre otros.

Hechas las anteriores precisiones, encuentra la Sala que si bien el solicitar informes, establecer medidas de supervisión o vigilancia e incluso impartir instrucciones o directrices en la ejecución del servicio en este caso de jefe de enfermería, no implican *per se*, actos de subordinación pues, como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia 40121 de 2012: “*naturalmente al beneficiario de éstos le asiste el derecho de exigir el cumplimiento cabal de la obligación a cargo del prestador*”; considerándose dicha actividad como de coordinación, lo cierto es que para que esa actividad no se convierta en una subordinación propia de un contrato de trabajo, no deben limitar la autonomía y autodeterminación del tiempo de trabajo debido a los controles y seguimientos del contratista.

De las pruebas antes reseñadas, se advierte que la demandada no logró desvirtuar la presunción de que trata el artículo 24 del CST, pues dado el objeto social de la accionada que no es otro que el prestar servicios de salud, es claro que el actor estaba incorporado a la estructura organizativa de esta, pues además de atender pacientes y estar pendiente de los medicamentos y auxiliares, tenía un horario predefinido no solo para él sino también para los demás trabajadores incluidos auxiliares, según se evidencia de la planilla de folio 67, luego tenía que estar disponible cuando la IPS lo requiriera, tanto así, que en el mismo contrato de prestación de servicios se indica que debía prestar el servicio dentro del horario establecido es decir, no podía disponer de su tiempo ni escoger el horario, al punto que si necesitaba ausentarse tenía que pedir permiso como lo refieren los testigos, lo cual se corrobora con el mencionado contrato en el que se dice además, que para el cambio

de turno tenía que llenar un formato y avisar por los menos con cuatro días para su aprobación, como también lo hacían los demás trabajadores pues en el caso de los auxiliares le tenían que reportar a él; por tanto, el hecho que tuviera que comunicar a su jefe directo como cualquier otro empleado sus eventuales ausencias, evidencia que su labor era personal, subordinada y relevante en la IPS y para los fines de la accionada.

Adicional a lo expuesto, llama la atención que el objeto del contrato se contradice con las obligaciones del contratista allí plasmadas, en tanto en el primero, se indica no existe horario determinado, para luego en la segunda indicar que debe prestar el servicio dentro del horario establecido sin que implique subordinación; luego es claro que la accionada sabía de entrada que lo que en realidad estaba celebrando con el actor era un contrato de trabajo el cual, evidentemente ocultó bajo la figura del contrato de prestación de servicio de asistencia técnica, título este que también se contradice con las funciones desempeñadas por el actor, pues el mismo no era técnico y menos aún, ejecutó labores relacionadas con la referida asistencia.

Finalmente, no debe perderse de vista que la finalidad de la contratación que efectuó la demandada era la prestación del servicio de jefe de enfermería, actividad que si bien es liberal, lo cierto es que hacía parte del objeto social de la accionada como INSTITUCIÓN PRESTADORA DE SALUD – IPS, de ahí que resulte ilógico la contratación de un jefe de enfermería mediante contrato de prestación de servicios, cuando dicha modalidad está dada para cubrir actividades por lo general ajenas a la empresa y en virtud del conocimiento especializado que tenga el contratista, lo cual en el presente caso no se da, pues la enfermería además de ser una actividad propia de la IPS, en la institución también habían otras personas ocupando el mismo cargo; de ahí que no pueda decirse que se le contrató por su especialidad cuando no era el único ejecutando esas actividades que como de dijo, forman parte de la estructura organizacional de la IPS.

De suerte que en virtud del principio de la realidad sobre las formalidades, es claro que entre las partes existió un contrato de trabajo que data del 7 de noviembre de 2015 al 15 de abril de 2016.

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías a un fondo

Al respecto, debe señalarse que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que estas sanciones en principio no son automáticas y que éstas solo proceden dada la mala fe del empleador; de ahí que el concepto de buena fe traiga consigo que el empleador actúe correctamente y sin abusar de posiciones privilegiadas que pueda tener, por lo que si pretende beneficiarse de ella deberá demostrarla con el fin de ser exonerado del pago de las aludidas sanciones.

Dicho lo anterior, se tiene que el actuar de REMY EPS SAS no se ajusta a los parámetros eximentes de este tipo de sanciones, pues conocía que las funciones, horarios y demás prerrogativas impuestas al actor no eran propias de un contrato de prestación de servicios, además de ejercer su poder subordinante sobre el mismo y aun así, decidió ocultar la vinculación bajo la referida figura jurídica, sin que la simple afirmación de encontrarse bajo la creencia de un contrato de prestación de servicios, configure un eximente de estas sanciones, máxime si en el mismo contrato de prestación de servicios se contradice en lo relacionado con el horario, además de imponer obligaciones propias de un contrato de trabajo, sumado al hecho que el cargo y actividades desarrolladas por el actor, hacían parte de la estructura de la IPS como INSTITUCIÓN PRESTADORA DE SALUD.

Con todo ello, resulta evidente que la demandada debe ser condenada al pago de la indemnización moratoria y de la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, como lo refirió el a quo, sin que sea de recibo lo afirmado por el recurrente en el sentido que estas deben ordenarse desde la sentencia, pues la demandada como se dijo, sabía que la vinculación del actor estaba dada por un contrato de trabajo y no de prestación de servicios.

Devolución de aportes a la seguridad social integral

De la lectura de las pretensiones de la demanda, se denota que el actor en las contenidas en los numerales 1.1.20 a 1.1.22 solicita el pago del valor

correspondiente a los aportes al sistema de seguridad social en salud, pensión y ARL, que pagó para garantizar su afiliación y atención durante la vigencia de la relación laboral. Pedimentos que sustentó en el hecho 1.19 al indicar que durante la relación tuvo que pagar con sus dineros los aportes al sistema de seguridad social integral, anexando para ello las respectivas planillas de pago de aportes.

De otro lado, en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPL en la etapa de fijación del litigio, se dijo que el mismo se contraía a determinar los hechos que no fueron aceptados por la demandada; luego si bien la IPS aceptó que el demandante sufragó los aportes al sistema de su propio peculio y el demandante no hizo alusión a las referidas planillas en sus alegatos, lo cierto es que al haberse solicitado su pago en la demanda, es apenas lógico que el a quo estuviera en la obligación de pronunciarse al respecto, pues al declararse la existencia del contrato de trabajo lo habilita a referirse sobre cada una de las condenas solicitadas entre ellas, el pago de los mencionados aportes.

Aunado a ello, no sobra recordar que los alegatos de conclusión es una facultad que tiene la parte de exponer los argumentos sobre los cuales, una vez culminado el debate probatorio, considera en el caso del demandante, se deben acceder a las pretensiones de la demanda, lo cual es potestativo, de ahí que está en su derecho de hacer o no uso de los mismos y de exponer lo que ha bien tenga, sin que este obligado a hacer una exposición de todos los documentos allegados con la demanda, máxime cuando estos no fueron tachados ni reargüidos de falso por las partes, careciendo de sustento los argumentos expuestos en la alzada por la demandada, para sustraerse del pago de tales emolumentos.

Finalmente, cabe advertir que la Sala no se pronunciará sobre las condenas impuestas por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, como tampoco de lo relativo a los montos establecidos por el operador de primer grado en cuanto a la indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías y devolución de lo pagado por concepto de aportes a la seguridad social, como quiera que tales aspectos no fueron objeto de recurso.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la demandada REMY IPS SAS.

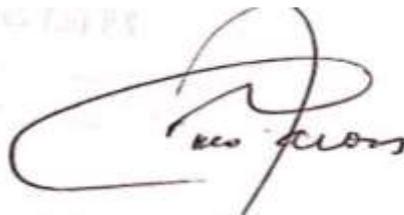
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

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

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de REMY IPS SAS

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



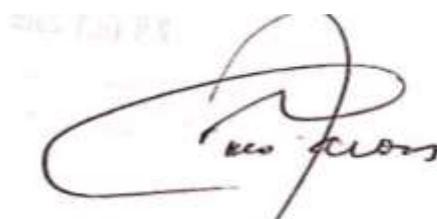
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

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



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



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

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ ERIBERTO GARCÍA GARCÍA contra
INDUSTRIAS CENTRALES DE ACERO – INDUACERO Y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JOSÉ ERIBERTO GARCÍA GARCÍA**, se **declare** que COLPENSIONES tiene la obligación de efectuar un nuevo cálculo actuarial dirigido a INDUACERO por el periodo comprendido entre el 17 de noviembre de 1987 y el 31 de enero de 1996. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a INDUACERO a pagar el cálculo actuarial por omisión en los pagos de aportes a pensión, por el periodo antes citado, a COLPENSIONES, a reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta los periodos convalidados por cálculo actuarial, aplicando el decreto 758 de 1990, con una tasa de reemplazo del 90% a partir del 8 de marzo de 2011, junto con el pago del retroactivo, intereses moratorios, indexación de la primera mesada, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas a las agencias en derecho. En subsidio de lo anterior, solicita se **condene** a COLPENSIONES a asumir el pago del cálculo actuarial por no ejercer el cobro coactivo de los referidos aportes (fls. 3 y 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 a 7), señaló que nació el 8 de marzo de 1953 y laboró al servicio de INDUACERO S.A. desde el 9 de mayo de 1974 hasta el 17 de noviembre de 1987 cuando fue despedido sin justa causa. Refiere que presentó demanda en contra de la empresa solicitando el reintegro y pago de los salarios dejados de percibir, cuyas pretensiones fueron negadas en primera instancia por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de marzo de 1993 y en segunda, concedidas por el Tribunal Superior de Bogotá en proveído del 31 de enero de 1995, ordenando el reintegro y pago de salarios dejados de percibir en razón de \$1.806,54 diarios, la cual, no fue casada por la Corte según providencia del 5 de octubre de 1995. Sostiene que fue reintegrado el 1° de febrero de 1996, al igual que se le pagó el salario junto con los incrementos legales. Sostiene que el 23 de octubre de 1996, solicitó al ISS el cobro de los aportes a pensión desde la fecha en que fue desvinculado y hasta el 30 de enero de 1996, a lo que dicha entidad el 1° de diciembre de 1997, remitió a INDUACERO el cálculo actuarial, conforme a lo ordenado por la sentencia del Tribunal, remitiéndose un nuevo cálculo el 26 de enero de 1998. Expone que el inició un nuevo proceso en contra de la empresa, solicitando el pago de las sumas no canceladas al ISS durante el tiempo que estuvo fuera de la empresa, pretensión que aduce estuvo mal formulada porque se debió solicitar el pago de esos dineros al Instituto y no a él, siendo negada su pretensión en primera instancia por extemporánea, al cual fue confirmada por el Tribunal bajo el entendido que se efectuaron aportes del de diciembre de 1991 al año 2000 y que no podía pedir los aportes para él. Afirma que ante la falta de salud, tuvo la necesidad de efectuar aportes a seguridad social del 12 de marzo de 1991 a la fecha en que fue reintegrado. Asegura que el 24 de octubre de 2005, el ISS remitió un nuevo cálculo actuarial a la empresa y el 10 de noviembre de esa anualidad, envió a la accionada liquidación y autorización de pago correspondiente a los aportes a pensión, sin embargo, no ejerció las acciones de cobro coactivo que le otorga la Ley. Sostiene que el 18 de octubre de 2007 solicitó a INDUACERO S.A. el pago de los aportes, quien el 9 de noviembre de 2007 le indicó que la solicitud ya fue negada por sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada. Finalmente, refiere que a través de la Resolución GNR 932989 del 13 de mayo de 2013, COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez sin incluir el periodo comprendido entre el 17 de noviembre de 1987 y el 30 de enero de 199, por

lo que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra dicho acto, los cuales confirmaron la negativa a incluir esos periodos, bajo el argumento que la empresa no ha atendido las solicitudes de pago y que hasta tanto no los realice, no podrán ser considerados para el estudio de la prestación.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 146 a 150). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 8 a 10, 12, 24 a 28 y 33 a 36 y no le constan los demás. Formuló las excepciones de falta de aporte de documentación por parte del empleador omiso, buena fe, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios no indemnización moratoria y prescripción.

INDUACERO S.A. a través de curador ad litem se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 186 a 293). Respecto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 1 y no le constan los demás. Como excepciones de mérito, presentó las de prescripción, indebida acción vulneración del principio *nomis idem* y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de febrero de 2020 (CD – fl. 209), **condenó** a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez el demandante incluyendo los aportes no pagados por el empleador INDUACERO S.A. del 17 de noviembre de 1987 al 31 de enero de 1996, **absolvió** a INDUACERO S.A. de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a COLPENSIONES.

Fundamentó su decisión, indicando que de acuerdo a la documental aportada con la demanda, se evidencia que el Tribunal Superior de Bogotá, condenó a INDUACERO a reintegrar al actor y declarando que no existió solución de continuidad, señalando que la Corte suprema de Justicia en lo que a las consecuencias del reintegro se refiere, establece entre otras el pago de los aportes a la seguridad social durante el tiempo que el trabajador

estuvo cesante por culpa del empleador, por lo que INDUACERO tenía la obligación de pagar los aportes por el lapso comprendido entre el 17 de noviembre de 1987 y el 31 de enero de 1996. Refiere que el actor elevó varias peticiones al ISS para que se realizara el correspondiente cobro coactivo de los aportes dejados de pagar por la empresa, ante lo cual dicha entidad requirió al empleador informando el valor a pagar por tales ciclos. Aclara que si bien los aportes corresponden a la normatividad anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, también lo es que los periodos del 1° de abril de 1994 al 31 de enero de 1996, se generaron bajo la vigencia de la aludida ley, por tanto, manifiesta que es pertinente la aplicación en todo su contexto de la Ley 100 de 1993 y bajo ese entendido, ante la mora en el pago de los aportes por parte de INDUACERO, correspondía a COLPENSIONES adelantar el respectivo cobro coactivo como lo prevé el artículo 23 de tal normatividad, en concordancia con el artículo 13 del Decreto 1161 de 1994, lo cual no se encuentra probado en el proceso, sin que el simple requerimiento efectuado a la empresa, satisfaga esa obligación de cobro. Sostiene que la Corte Suprema de Justicia ha indicado en múltiple jurisprudencia que es obligación de las administradoras efectuar el cobro de los aportes y en caso de no hacerlo, deberán asumir los mismos y responder por la prestación reclamada, por lo que considera, se debe condenar a la demandada a reliquidar la pensión de vejez del actor, incluyendo los aportes no pagados por el empleador INDUACERO del 17 de noviembre de 1987 al 31 de enero de 1996. Finalmente, frente a las pretensiones incoadas en contra de INDUACERO, menciona que como se dijo, correspondía a COLPENSIONES realizar el cobro de las cotizaciones no pagadas por dicho empleador.

CONSULTA

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

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si COLPENSIONES estaba obligada a efectuar el cobro a INDUACERO de los aportes no sufragados por esta en el periodo comprendido entre el 17 de noviembre de 1987 y el 31 de enero de 1996 y en caso afirmativo, si hay lugar a condenar al ente de seguridad social, a reliquidar la pensión de vejez que esta le otorgó al accionante

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del demandante, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la copia de la Resolución GNR 169683 del 14 de mayo de 2014 (fls. 119 a 121), mediante la cual COLPENSIONES reliquida la pensión de vejez que le fuera otorgada al señor JOSÉ HERIBERTO GARCÍA a través de la Resolución 93299 del 13 de mayo de 2013, de conformidad con el Decreto 758 de 1990, en cuantía de \$751.736 a partir del 8 de marzo de 2013.

Reliquidación de la pensión de vejez

Tampoco se discute que mediante sentencia proferida por este Tribunal el 31 de enero de 1995 (fls. 19 a 26), se condenó a INDUACERO S.A. a reintegrar al accionante al cargo que ocupaba al momento del despido u otro igual, junto con el pago de salarios desde la fecha de culminación del vínculo y hasta que se haga efectivo el reintegro, la suma diaria de \$1.806,54, más los aumentos legales y convencionales, al igual que declaró que no existió solución de continuidad en el contrato.

Así mismo, del reporte de semanas cotizadas por el actor al ISS hoy COLPENSIONES (fls. 98 a 100 y 155 a 157), se denota que el accionante cotizó a través del empleador INDUACERO S.A del 9 de mayo de 1974 al 1° de noviembre de 1987 y del 1° de febrero de 1996 al 2 de marzo de 1999, estas últimas datas en las que aparece registrada la novedad de retiro.

Conforme a ello, es claro que por el lapso en que el accionante estuvo desvinculado de INDUACERO S.A., esto es, del 17 de noviembre de 1987 al

31 de enero de 1996, la empresa, dada la orden de reintegro emanada de esta colegiatura, independientemente que no se le ordenara en dicha sentencia, estaba obligada al pago de los aportes a pensión por ese periodo, lo cual, tampoco fue discutido en el proceso.

No obstante, si bien el actor elevó múltiples solicitudes en su momento al ISS para que efectuará el respectivo cálculo actuarial, las cuales fueron atendidas por el Instituto quien los elaboró y notificó de los mismos al empleador (fls. 49 a 55 y 101 a 109), lo cierto es que el ente de seguridad social, no estaba en la obligación de efectuar el cobro coactivo de esos aportes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia al respecto.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en este caso no se trata de una mora en el pago de los aportes como lo ha reseñado la jurisprudencia de la Corte, en las que de manera reiterada ha dispuesto que en virtud de la negligencia de la administradora en cobrar los aportes, debe asumir los mismos y reconocer con base en ellos las prestaciones a que haya lugar; toda vez que al existir una novedad de retiro, lo correcto era que INDUACERO afiliara nuevamente al actor, como lo hizo en febrero de 1996 para que surgiera la obligación del ente de seguridad social de efectuar el cobro, pues sin afiliación, esta vedada para ello y en ese evento, lo que procedía era un cálculo actuarial por omisión en la afiliación a cargo del empleador.

Ahora, si bien el ISS elaboró en varias oportunidades el cálculo, ello lo hizo dadas las solicitudes elevadas por el actor, pues como se dijo, ante la falta de afiliación en incluso de orden judicial, no estaba obligada a efectuar ningún tipo de cobro, pese a que se ordenara el reintegro sin solución de continuidad, pues se trata de una obligación que estaba a cargo de la empresa y que consistía en afiliarlo para así la entidad, poder efectuar el cobro en tanto se trataría de aportes en mora.

Bajo ese entendido, resulta claro que a la entidad en este caso, no le era aplicable el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y menos aún, las sentencias que como se dijo, ha dispuesto la Corte sobre el tema, en tanto se itera, al

existir una novedad de retiro, cesa la obligación de la entidad de efectuar algún tipo de cobro y ante la falta de afiliación, queda a cargo del empleador, el pago del cálculo actuarial por omisión en la afiliación, la cual se debió dar en virtud de la orden de reintegro, sin que el ISS tuviera a su cargo la obligación de persuadir al empleador para que afiliara al accionante, en tanto esta es una obligación que por ley le corresponde al patrono.

Ahora, si en gracia de discusión se tuviera que en efecto el ISS hoy COLPENSIONES estaba obligada a efectuar el cobro de los aportes, por el lapso en que el accionante estuvo desvinculado de INDUACERO y en los que no existió afiliación, tampoco hubiera podido hacer efectivo el cobro, toda vez que el actor presentó demanda con anterioridad en contra de la empresa (fls. 58 y 59), en la que solicitó:

“15. Al valor de \$12.868.612 correspondientes a las sumas no pagadas por la sociedad demandada al instituto de seguro social, por salud, invalidez, vejez y muerte, durante el tiempo que el trabajador que estuvo fuera de la empresa pero que posteriormente fue reintegrado; y a los perjuicios materiales y morales que se hayan podido causar al demandante, por no prestación de los servicios o no tenerse en cuenta para las pensiones esas cotizaciones, que nunca canceló el empleador al ISS a pesar de haberse reclamado. En subsidio la entrega de esos valores directamente al trabajador, por no haber sido consignados al citado ISS, haciéndose un nuevo cálculo actualizado e indexado.”

Pretensión que fue negada en primera instancia por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 1° de marzo de 2002 (fls. 64 a 85), confirmada por este Tribunal en proveído del 15 de agosto de 2003 (fls. 86 a 97), este último quien al respecto, señaló:

“Ahora, en relación al pago de las cotizaciones por el lapso 17 de noviembre/87 a 30 de enero/96, hechos 24 y 27 de la demanda, fl. 7, concretados en las pretensiones 14, 16 fl. 3, reiteradas con el recurso, es de anotarse que efectivamente se adeudan, tal como lo confiesa el representante legal de al encartada, al absolver interrogatorio de parte fl. 54,57 respuesta a pregunta #13, no obstante, debe precisarse, acorde a los certificados del ISS, que solo obra como periodo impago por cotización el periodo 1987 – diciembre a 1991 – febrero, folio 112, apreciándose cotizaciones a partir de esta última fecha incluso hasta el año 2000 fl. 112, 108, 109, 110, advirtiéndose la Sala que para el segmento de tiempo que aparece sin cotización alguna sea el demandante quien deba reclamar para sí esas acreencias, pues es de señalar que estos aportes no firman parte de su patrimonio, sino de la entidad a la cual se le debían dar los aportes, correspondiéndole a ella por los medios legales obtener el recaudo de lo descontado al trabajador, razones que conducen a la negación de este anhelo, y aun cuando así no lo fuera, ese lapso se encuentra prescrito, aún admitiendo, en gracia de discusión, que hubo interrupción de la misma con la reclamación relativa las “afiliaciones al seguro” fl. 92 de diciembre 13/95,

toda vez que el libelo se presentó a reparto en noviembre 4/99 fl. 11, razón por la cual no podía prosperar este pedimento.”

De suerte que, contrario a lo señalado por el actor en los hechos de la demanda en los que indica que demandó en su oportunidad el pago de los aportes del 17 de noviembre de 1987 al 30 de enero de 1996 por parte de INDUACERO pero directamente a él, debe precisarse que la pretensión iba encaminada a que esta pagara el valor del cálculo que en su momento efectuó el ISS, persiguiendo en esencia se cancelara el mismo al Instituto, pues fue solo a través de la pretensión subsidiaria como lo indicó en la demanda primigenia, que pidió le fueran sufragados a él directamente, a lo que esta Colegiatura negó lo primero bajo el entendido que la mayoría de esos periodos aparecían cotizados y lo segundo, porque no podían pagársele a él directamente, sumado a que se encontraban prescritos; por lo que al existir una sentencia debidamente ejecutoriada en la que se absolvió a INDUACERO del pago de esos aportes, independientemente si los razonamientos allí expuestos se ajustaban o no a derecho, pues tal aspecto no puede debatirse en este estadio procesal; el ISS no podía cobrar esos aportes en tanto la accionada no estaba obligada a ello al ser absuelta de su pago.

Así las cosas, como quiera que el ISS hoy COLPENSIONES no estaba obligada a efectuar el cobro de los aportes no realizados por INDUACERO en el lapso comprendido entre el 17 de noviembre de 1987 y el 30 de enero de 1996, ante la falta de afiliación del actor, dado que con anterioridad se registró una novedad de retiro, sumado a que de hacerlo, el mismo resultaría infructuoso en tanto mediante sentencia debidamente ejecutoriada y que hace tránsito a cosa juzgada se absolvió a la empresa del pago de esos aportes tanto al instituto como al accionante directamente, es por lo que no hay lugar a la reliquidar la pensión de vejez del accionante incluyendo esos periodos.

Finalmente, la Sala no se pronunciará en lo referente a la absolución de INDUACERO S.A. como quiera que sobre ese aspecto, no se presentó reparo alguno por las partes.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** el ordinal primero de la sentencia de primera instancia y en su lugar, se **ABSOLVERÁ** a COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta, las de primera se revocan y en su lugar, estarán a cargo del demandante.

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

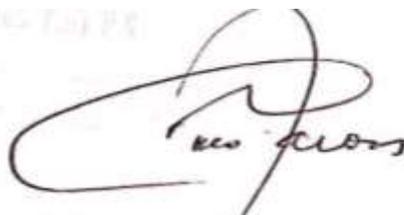
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia objeto de consulta y en su lugar, **ABSOLVER a COLPENSIONES** de las pretensiones de la demanda, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído consultado.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado judicial de consulta, las de primera se revocan y en su lugar, estarán a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia



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

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE YALENE PATRICIA CONSUEGRA OBREGON contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **YALENE PATRICIA CONSUEGRA OBREGON**, se **declare** que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo **ANDERSON HERNANDEZ CONSUEGRA** (q.e.p.d.). Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** a **PORVENIR** al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes desde el 10 de diciembre de 2014, junto con las costas del proceso (fl. 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 1 y 2), señaló que el 29 de octubre de 1985 nació su hijo **ANDERSON HERNANDEZ CONSUEGRA**, quien falleció el 9 de diciembre de 2014 en el corregimiento de Puerto Colombia – Barranquilla Atlántico, quien se encontraba domiciliado en Bogotá y afiliado a **PORVENIR**. Refiere que los ingresos que percibía como empleado, destinaba un porcentaje para el sostenimiento de

ella, ya que no puede trabajar por cuanto padece una enfermedad catastrófica, por lo que dependía económicamente de su hijo fallecido, sumado a que el padre del causante falleció desde el año 1995. Expone que se hizo cargo de las necesidades de su casa hasta el momento en que el causante pudo comenzar a colaborar con los mismos. Finalmente, menciona que el 3 de junio de 2015, solicitó a la accionada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual le fue negada por esta el 9 de octubre de 2015, invocando el contenido de la sentencia C – 111 de 2006 y que la dependencia económica no era lo suficientemente para acceder al derecho.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PORVENIR se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 30 a 37). Respecto a los hechos, no le constan y niega los contenidos en los numerales 5, 6, 8 y 10 y acepta los demás. Como excepciones de mérito, presentó las de inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo de la entidad, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por activa, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 28 de enero de 2020 (CD – fl. 94), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000.

Fundamentó su decisión, indicando que la Corte Constitucional en sentencia en sentencia C – 111 de 2006, sobre la dependencia económica de los padres sobre los hijos, señaló que esta siempre supondrá la verificación por parte de los progenitores de un criterio de necesidad, sometimiento o sujeción al auxilio sustancial recibido por el hijo que no les permita después de su muerte, llevar una vida digna con autosuficiencia económica, de ahí que si se determina que no tenían una relación material en términos cualitativos, frente al ingreso que en vida les otorgaba el hijo en aras de preservar su derecho al mínimo vital, no tendrían derecho a la prestación por sobrevivencia. Refiere que según la historia laboral del

causante, se denota como última cotización junio de 2014, esto es, un poco más de cinco meses con antelación al fallecimiento, cuyo ingreso para ese momento se acercaba al salario mínimo legal mensual vigente. Sostiene que la accionante en su interrogatorio, no fue muy consistente en sus aseveraciones, toda vez que manifestó que su hijo el prestaba alguna asistencia económica, sin indicar la cuantía o periodicidad de esta, al igual que señaló que realizaba actividades intermitentes y recibía incapacidades por parte de su EPS y con ello atendía sus necesidades mínimas, al igual que la hermana de la actora, refirió que aquella en algún grado dependía económicamente del hijo, sin explicar con mayor detalle en qué consistía y operaba ese apoyo y por el contrario, lo que destaca es que en los momentos en que el causante desarrollaba actividades intermitentes al servicio del esposo de ella, recibía algunos ingresos por días que en principio, eran destinados a atender requerimientos de vestuario, sin indicar que tales ingresos en algún porcentaje, fueran destinados para la manutención de la demandante ni en qué condiciones. Aduce que en el presente asunto no se acredita de manera contrastable, los recursos que le pudiera suministrar el causante a su progenitora, como para concluir que resultaban suficientes como para garantizarle la subsistencia en condiciones de vida digna, sin que se pueda pasar por alto que durante los últimos cinco meses de vida del causante no se registran cotizaciones al sistema de seguridad social, lo que denota que se encontraba en situación de desempleo y por ende, no le era viable en principio hacer aportes adicionales en aras de garantizarle la manutención a la actora y si bien ello no es determinante, ha de precisarse que no se probó que las actividades que desarrollaba en forma intermitente al servicio del esposo de su tía, le generaba una cuantía suficiente para que pudiera distribuir los recursos entre él y la accionante, como para deducir que en ese lapso existía una dependencia económica de la demandante para con este, tanto así que esta señala que en el periodo que estuvo cesante, se estaban adelantando por parte de su hijo, gestiones para afiliarse al régimen subsidiado en materia de salud, lo que supone que no tenía ingresos suficientes para cotizar en el régimen contributivo y en consecuencia mal podría deducirse que tuviera recursos para apoyar económicamente a su progenitora; por lo que considera, no se acredita en debida forma la dependencia económica para que la actora acceda a la pensión de

sobrevivientes y en consecuencia, señala, se debe absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que del interrogatorio y testimonio se denota que en realidad el causante si colaboraba con los gastos de la casa, lo cual no era de manera esporádica sino permanente, pues las necesidades de su señora madre junto con sus cuatro hermanos eran necesarias, lo cual realizó desde muy joven, pues siempre estuvo pendiente del hogar, siendo una persona responsable de sus obligaciones y si bien no se dieron cifras, lo que exige la Ley es que se demuestre la dependencia económica y en ese sentido, esta si existió. Refiere que si bien el causante no estaba laborando para el momento del deceso, ello no significa que no percibiera ingresos, tan así que la testigo refirió que aquel laboraba con el esposo de ella y pese a que no lo hiciera de una forma formal, no quiere decir que no ayudara en el hogar pues por el contrario, tenía la necesidad de salir a buscar el sustento para poder pagar los servicios y el mercado.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la accionante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, a causa del fallecimiento de su hijo ANDERSON HERNANDEZ CONSUEGRA (q.e.p.d.), a partir del 10 de diciembre de 2014.

Pensión de sobrevivientes

Sobre el tema, es menester precisar que viene sentado por la Corte Suprema de Justicia, que es la fecha de fallecimiento la que determina la norma aplicable al caso, siendo ésta el 9 de diciembre de 2014 (fl. 7), de ahí que para establecer quienes son los posibles beneficiarios de las prestaciones a que haya lugar, se debe acudir a lo normado en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la cual exige

para acceder a la prestación, en tratándose de los padres, que estos dependieran económicamente del causante.

Conforme a ello, la Sala procede al estudio del material probatorio recaudado dentro del proceso, recordando que, en virtud de lo dispuesto en el Art. 167 del CGP, corresponde a la parte actora, demostrar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico perseguido y en este caso, la dependencia económica, que supone *“la necesidad de una persona del auxilio o protección de otra”*.

De suerte que, quién dice ostentar la calidad de beneficiario de dicha prestación tiene que encontrarse subordinado o supeditado al ingreso que le brindaba el causante así no fuera de manera exclusiva, pero sí para salvaguardar sus condiciones mínimas de subsistencia y así demostrarlo, **recordando que la dependencia económica de los padres respecto de su hijo fallecido no tiene que ser total y absoluta, es decir, que si bien debe existir una relación de sujeción de aquellos con la ayuda del hijo, tal situación no excluye que puedan percibir rentas o ingresos adicionales, siempre y cuando, éstos no los convierta en autosuficientes** (CSJ SL6390-2016 y CSJ SL11155-2017), para lo cual, se debe cumplir unos requisitos mínimos, tal como lo ha considerado la CSJ en sentencias SL 14923 de 2014 y SL 1519 del 9 de mayo de 2018, al indicar:

“... En tales términos, aunque no debe ser total y absoluta, en todo caso, debe existir un grado cierto de dependencia, que la Corte ha identificado a partir de dos condiciones: i) una falta de autosuficiencia económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; ii) y una relación de subordinación económica, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y ve afectado su mínimo vital en un grado significativo”.

*“De lo dicho se sigue que la dependencia económica requerida por la ley, para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, **debe contar cuando menos con los siguientes elementos: i) debe ser cierta y no presunta, esto es, que se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres; ii) la participación económica debe ser regular y periódica, de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario; iii) las***

contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia”.

“Así, la dependencia económica tiene como rasgo fundamental el hecho de que, una vez fallecido el causante y, por lo mismo, extinguida la relación de contribución económica hacia el presunto beneficiario, la solvencia de éste (sic) último se ve amenazada en importante nivel, de manera que pone en riesgo sus condiciones dignas de vida. Esto es, una persona es dependiente cuando no cuenta con grados suficientes de autonomía económica y su nivel de vida digna y decorosa está subordinada a los recursos provenientes del que fallece”.

Al constatar si se acredita tal requisito, se tiene que según el registro civil de nacimiento de ANDERSON HERNANDEZ CONSUEGRA (fl. 6), la señora YALENE PATRICIA CONSUEGRA OBREGON es su progenitora.

En igual sentido, se recepcionó el **interrogatorio de parte de la accionante**, quien manifestó que para la fecha de fallecimiento de su hijo ella residía en Soledad – Atlántico con él, pero antes este vivía en Bogotá. Indica que cuando Anderson dejó de trabajar en Bogotá que no fue mucho tiempo, se fue para donde ella y empezó a trabajar con un cuñado. Sostiene que vivieron durante 20 años en Bogotá y como quedo viuda siempre trabajó y apenas su hijo tuvo la edad empezó a laborar y cuando ella quedó sin trabajo él era el que la mantenía. Indica que desde el año 2008 se fue para Barranquilla y cuando Anderson se quedaba sin trabajo se iba para allá y constantemente iba y venía. Sostiene que actualmente es pensionada por invalidez, de la cual goza desde finales de 2014, al igual que estuvo meses hospitalizada y recibía incapacidades por parte la EPS, como también del dinero que recibía por concepto de su trabajo y posteriormente de las incapacidades, sufragaba sus gastos personales y los de sus hijos, de los cuales la mayor tiene dos hijos. Menciona que para julio de 2014 su hijo trabajaba en Bogotá y cuando se quedó sin empleo se fue para allá y desarrolló muchas actividades con su cuñado, de lo cual percibía en salario mínimo y no fue afiliado a la seguridad social porque hacia trabajador esporádicos y por ello estaba efectuando las diligencias para afiliarse al SISBEN. Afirma que cuando su hijo estuvo con ella antes del fallecimiento, aportaba para los servicios y la comida, le decía que si

le hacía falta para algún servicio se lo daba. Expone que de julio a diciembre de 2014 trabajaba por días y cubría sus necesidades básicas, al igual que en Soledad hay fundaciones y por su caso le daban mercados, como también para suplir su vestuario lo sacaba por cuotas y lo pagaba de lo que recibiera por el trabajo que hiciera. Finalmente, aduce que al fallecimiento de su hijo como ya tenía la pensión con eso suplía sus gastos.

JACKELINE ROSALÍA CONSUEGRA OBREGON hermana de la accionante, manifestó que para la fecha del fallecimiento de su sobrino, la actora vivía y vive en Soledad – Atlántico con sus hijos que en ese momento eran 5 incluido el causante, pero él vía más en Bogotá pues él iba y venía. Refiere que la actora dependía mucho de Anderson quien le giraba dinero según el pago pero no recuerda con que periodicidad lo hacía, como tampoco con que frecuencia iba a Soledad. Sostiene que su sobrino a veces laboraba con su esposo quien es electricista y por temporadas le daba trabajo el cual se lo pagaba diario pero no sabe el monto. Expone que sabe que el causante le enviaba dinero a su hermana cuando tuvo trabajo en Bogotá y sabe que una época laboró en COLANTA. Menciona que la demandante iba a su casa a colaborarle y ella le daba lo que pudiera. Aduce que sabe que la accionante es pensionada y madre cabeza de hogar. Indica que su sobrino le colaboraba a la demandante enviándole dinero, de lo cual tenía conocimiento porque su hermana le decía, al igual que le contaba que él ganaba bien. Afirma que a Anderson le gustaba vestir bien y su salario lo invertía en ello y cuando estaba en Bogotá pagaba arriendo.

En ese orden de ideas y analizadas las declaraciones reseñadas, encuentra la Sala que le asiste razón al a quo en establecer que en el presente asunto no se demostró la dependencia económica de la actora respecto de su hijo, pues si bien no se discute que este en algunas ocasiones le giraba dinero a su progenitora cuando trabajó en Bogotá, lo cierto es que no se probó con qué frecuencia lo hacía y si ese dinero era para su manutención, suplir sus necesidades básicas o ayudar con su mínimo vital, al punto que sin este, se viera afectada en tales aspectos.

Lo anterior, teniendo en cuenta que se presenta una contradicción entre lo dicho por la testigo, la declaración rendida por la accionante y lo señalado en

los hechos de la demanda, pues en esta última se dice que el domicilio del causante era en Bogotá, la testigo señala que en el periodo de julio a diciembre de 2014, él iba y venía de Bogotá, mientras que la demandante aduce que desde julio de 2014 cuando su hijo se quedó sin trabajo, se fue a vivir con ella; lo que denota que no existe certeza respecto de las actividades y el lugar de residencia de Anderson en los meses previos a su deceso.

Aunado a ello, del dicho de la accionante se desprende que si bien su hijo se ofrecía a pagarle un servicio cuando a ella no le alcanzaba, ello no quiere decir que dependiera económicamente de él en la medida que no se acredita que esa colaboración fuera permanente o con una frecuencia de la cual se derive que sin esa ayuda, la actora se veía afectada en suplir su mínimo vital, proel contrario, de lo señalado por la testigo, se infiere que él percibía lo destinaba para comprar su vestuario ya que le gustaba vestir bien, al punto, sumado a que la citada señora en su declaración no hace alusión sobre que aspectos su sobrino le colaboraba a su señora madre, en tanto solo se limitó a decir que era un buen muchacho y que le giraba pero que no sabía cuanto y con qué frecuencia, pues se enteraba porque la accionante le comentaba, como tampoco tenía conocimiento con qué periodicidad viajaba de Bogotá a Soledad.

De otro lado, si bien el afiliado fallecido se quedó sin trabajo estable desde julio de 2014 y desarrollaba actividades esporádicas donde el esposo de su tía quien le pagaba diario por la labor encomendada, lo cierto es que no se demostró si de ese ingreso le suministrara alguna ayuda para la manutención de su progenitora, en tanto esta como la testigo hacen alusión únicamente a lo que él le giraba cuando trabajaba en Bogotá, de lo cual, no indican si ese giro era constante y si estaba destinado a los gastos del hogar o suplir las necesidades de su progenitora.

Ahora, no puede pasar por alto la Sala, que la demandante en su interrogatorio señaló que su manutención provenía de lo que ella percibía de su trabajo e incapacidades, como también, que el vestuario los sacaba a cuotas y recibía mercados por parte de fundaciones, la ayuda de su familia esta última corroborada por su hermana quien afirmó que la accionante le colaboraba en la casa y que ella le pagaba; lo que denota que los gastos del hogar y de ella, se sufragaban por sus propios medios y que la ayuda del

causante no era de tanta trascendencia que incluso, podía cubrir sus necesidades sin esta.

De suerte que, no puede decirse que existió dependencia económica toda vez que la colaboración que el causante le daba a su progenitora además de ser ocasional, no tenía la injerencia suficiente como para inferir que la actora se podía ver afectada en parte, en su mínimo vital o manutención, tan así, que no se probó en qué consistía la misma al punto que solo se dijo que él se ofrecía a pagar cuando a la demandante no le alcanzaba, situación que no se acreditó se presentara con frecuencia, pues como se ha dicho a lo largo de esta sentencia, la accionante de sus propios medios cubría sus gastos sin recibir alguna ayuda constante por parte de su hijo y cuando este lo hacía, no tenía la relevancia suficiente para deducir una dependencia económica, máxime si la actora siempre enfatizó junto con la testigo, que todo lo conseguía ella producto de su trabajo.

Finalmente, en cuanto a la manifestación hecha por el apoderado de la accionante en la alzada, respecto a que se deben tener en cuenta las declaraciones extra juicio aportadas como quiera que no se pidió su ratificación, es de aclarar, que revisadas las documentales allegadas por ambas partes, contrario a lo afirmado por el recurrente, ninguna de ellas aportó declaraciones de terceros, tan así, que en el acápite de pruebas y anexos de la demanda, no se hizo alusión alguna al respecto, como tampoco PORVENIR con el expediente administrativo allegó declaraciones de terceros que se hayan aportado en el trámite adelantado ante esa entidad; de ahí que el juez en el proveído apelado, no efectuara ninguna manifestación relacionada con declaraciones extra juicio.

Así las cosas, como quiera que la accionante no acreditó su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, pues para ello se requería probar el presupuesto de la dependencia económica, es por lo que sin más consideraciones se **CONFIRMARÁ** el proveído de primer grado.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la demandante.

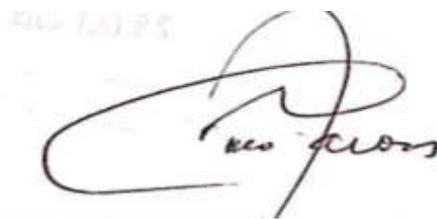
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

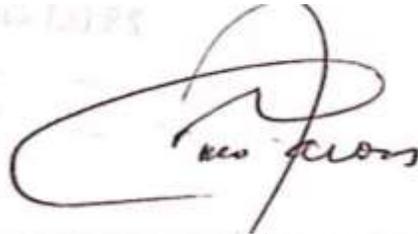
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

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

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular stamp or watermark.

LUIS ALFREDO BARON CORREDOR

Magistrado

República de Colombia



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

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALFONSO PEDRAZA GARCÍA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **ALFONSO PEDRAZA GARCÍA**, se **condene** a la demandada al reconocimiento y pago del incremento del 14%, desde la fecha en que se le reconoció la pensión, indexado al momento de su pago, más las costas del proceso (fl. 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 y 4), señaló que se encuentra casado con **MARÍA ILMA GARCÍA SÁNCHEZ** desde el 30 de diciembre de 1961, conviviendo bajo el mismo techo de manera ininterrumpida, además de ser adultos mayores y depender de su pensión, debido a que la señora no trabaja, no recibe ingresos de ninguna índole, ni pensión por parte del estado o fondo privado, pues depende económicamente de él. Refiere que el ISS le reconoció la pensión de vejez a través de la Resolución 000299 del 24 de abril de 2002, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. Sostiene que el 7 de diciembre de 2016, recibió respuesta negativa de la pretensión de incremento por parte de la entidad. Finalmente, expone que su esposa a la fecha presenta múltiples quebrantos de salud lo que implica reiterados traslados al

centro médico, gastos de medicamentos entre otros, los cuales solventa con la pensión.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 38 a 46), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 3 y 4 y no le constan los demás. Propuso las excepciones de violación al principio constitucional de sostenibilidad del sistema y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de junio de 2020 (CD – fl. 93), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló que bajo la figura de la derogatoria orgánica, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, desapareció del ordenamiento jurídico por cuanto esa derogatoria opera cuando la ley reglamenta toda la materia regulada por normas precedentes, concluyendo que tales incrementos fueron derogados a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y solo son aplicables para quienes hayan adquirido la pensión de vejez con anterioridad a la expedición de dicha norma, sin que sea dable aplicarlos a quienes sean beneficiarios del régimen de transición. Finalmente, sostiene que con base en lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia en cita, los incrementos solicitados por el demandante desaparecieron de la vida jurídica con la expedición de la Ley 100 de 1993, por lo que considera, se debe absolver a la demanda de las pretensiones de la demanda.

CONSULTA

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

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se encuentran vigentes y en caso afirmativo, establecer si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para acceder a éstos.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor ALFONSO PEDRAZA GARCÍA, conforme se infiere de la copia de la Resolución 000299 del 24 de abril de 2002 (fl. 25), mediante la cual el ISS hoy COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía de \$406.994, a partir del 9 de septiembre de 2000.

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

“Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

(...)

“Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993.”

(...)

“De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.”

Al respecto es importante precisar, que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y en lo relativo a cuándo empieza a operar**, la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

“7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexecuibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”

(...)

“9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones”.

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

*“... 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el **deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos** que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional...”*

“Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo.”

De suerte, que al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento**, lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

“Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

“Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes” (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (Subraya la Corte).

Destacándose nítidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como elemento integrador: pues en este caso, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica" (C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y "para interpretar las leyes", pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

"ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. *Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

1. *Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de*

*obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

En ese orden de ideas, se tiene que el actor adquirió el derecho a la pensión el **9 de septiembre de 2000**, data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994 esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 de ahí que el accionante no tenga derecho a los mismos.

En tales condiciones y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

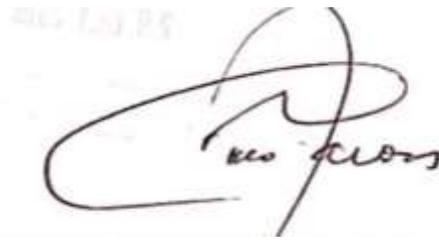
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de consulta, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta,

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', with a large, stylized initial 'L'.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho Fernández', with a large, stylized initial 'D'.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', with a large, stylized initial 'E'.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia



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

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RUTH ESTELLA SINISTERRA RAMOS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **RUTH ESTELLA SINISTERRA RAMOS**, se **declare** la nulidad del traslado y afiliación del RPM al RAIS administrado por PORVENIR. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** su retorno al RPM y a PORVENIR, traslade a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas de proceso (fls. 15 y 16).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 4), señaló que nació el 16 de noviembre de 1960 y al a fecha cuenta con 1251 semanas cotizadas. Refiere que a 1° de abril de 1994 contaba con más de 5 años de cotización y 34 años de edad. Sostiene que en mayo de 2001 fue abordada por un asesor comercial de PORVENIR quien la persuadió con información erada para que se trasladara de régimen, pues le dijo que tendría derecho a

un bono el cual podía utilizar cuando quisiera, que se presionaría a cualquier edad, que en caso de fallecimiento la pensión le quedaría a sus hijos o cónyuge y que los dineros que no disfrutara harían parte de la herencia, empero, nada le dijo en cuanto a las modalidades de pensión y en cuales de ellas aplicaba tal condición, además, no le informó cómo se calculaba la pensión en el RAIS, como tampoco le efectuó una proyección a los 47 años para así tomar una decisión consiente y objetiva, pues no le advirtieron que esa era la edad límite para trasladarse. Finalmente, expone que el 8 de junio de 2018 solicitó el traslado de régimen a COLPENSIONES la cual le fue negada por esta, la igual que solicitó a la AFP demandada le aclarara una incógnita respecto del traslado de régimen, sin embargo, sus respuestas no fueron concretas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 61 a 69). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 2 y 13 y no le constan los demás. Formuló las excepciones de buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y prescripción.

PORVENIR contestó el libelo (fls. 92 a 98), oponiéndose a las pretensiones de este. En cuanto a los hechos, acepta el contenido en los numerales 5 y 13 a 17 y niega y no le constan los demás. Presentó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 28 de febrero de 2020 (CD – fl. 151), **declaró** la ineficacia del traslado que realizó la demandante de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 18 de mayo de 2001, **declaró** que para todos los efectos la actora nunca se afilió al RAIS y en consecuencia, siempre permaneció en el RPM, **ordenó** a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere

recibido con motivo de la afiliación de la accionante, como cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. esto es, las cotizaciones con los rendimientos que se hubieren causado, junto con los gastos de administración, **ordenó** a COLPENSIONES recibir a la demandante como afiliada, actualizar y corregir la historia laboral una vez reciba los dineros por parte de PORVENIR, **absolvió** a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda, **declaró** probada la excepción de prescripción, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que la Corte Suprema de Justicia ha precisado que en tratándose del traslado de régimen son obligaciones de las AFP infirmar sobre todas las etapas del proceso desde la antesala de afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, al igual que la libertad debe ser informada y comprender las ventajas y desventajas que conlleva la decisión, pues no se trata de llenar un formulario sino de tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, lo cual procede para quienes son o no beneficiarios del régimen de transición, existiendo ineficacia de la afiliación cuando la decisión afecte los intereses del afiliado en procura del acceso a su derecho, sin que sea suficiente la simple suscripción del formulario sino el cotejo con la información brindada la cual debe corresponder a la realidad, a lo que las AFP deben allegar la prueba respectiva que conste los aspectos positivos y negativos del traslado. Refiere que según lo dicho, corresponde a PORVENIR entidad que se fusionó con HORIZONTE, demostrar el la información brindada a la demandante al momento del traslado de régimen, evidenciándose que la demandada no allegó los elementos probatorios suficientes para concluir que cumplió con ese deber de información, siendo insuficiente el formulario de afiliación en el que hace constar que la selección del régimen la efectuó de forme libre, espontánea y sin presiones, pues se trata de un formato preimpreso que no de sustituye la obligación que tenía la AFP de dar a conocer a la afiliada los riesgos y ventajas del cambio de régimen, además de las características de ambos regímenes lo cual debió efectuar previo a la suscripción del referido formulario. Expone que no puede tenerse como cumplida la carga por parte de PORVENIR con la publicación allegada y menos aún, por el hecho que la demandante sea abogada, en tanto el deber de información debe cumplirse

atendido las circunstancias de cada caso. Concluyendo que cuando la demandante decidió afiliarse al RAIS no lo hizo conociendo al detalle las características de cada régimen, lo que permite inferir la ausencia de libertad informada y por consiguiente la omisión de la administradora del deber que le incumbía, generando así la ineficacia de la afiliación que hizo la actora al RAIS, lo que exime la necesidad de probar la existencia de un vicio en el consentimiento. Finalmente, sostiene que como consecuencia de la ineficacia, la demandada PORVENIR debe trasladar además de los valores que obren en la cuenta de ahorro individual, junto con sus frutos y rendimientos, lo relativo a los gastos de administración los cuales debe asumir con su propio patrimonio.

APELACIÓN

La demandante interpuso recurso de apelación, en lo correspondiente a la condena en costas.

Porvenir apeló la decisión, señalando que la demandante se afilió de manera libre y voluntaria sin que existiera ningún tipo de apremio, pues el documento no fue tachado y se presume auténtico. Indica que en el interrogatorio se identificó que se brindó información tanto así que manifiesta que recibió asesoría de temas herenciales en pensiones como el tema de aportes, adicional a que la demandante es una persona capas. Sostiene que e ese caso no se alegan ni acreditan situaciones dolosas al momento de la afiliación al RAIS como lo exige el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para que exista ineficacia, y en este caso debería entenderse como una nulidad relativa del acto jurídico. Expone que el despacho no generó en ningún momento un pronunciamiento sobre las excepciones en este caso, correspondientes a la inexistencia de la información, buena fe y enriquecimiento sin causa. Frente a los gastos de administración, menciona que según concepto de la Superintendencia Financiera, no están obligados a devolver gastos de administración cuando fueron causados durante la administración de la cuenta, pues la demandante generó rendimientos, a más que las sentencias de la Corte no son vinculantes y en la fijación del litigio nada se dijo sobre los gastos de administración. Finalmente, aduce que actuó de buena fe pues en su momento se cumplió con la exigencia que operaba para ese momento, sumado a que la demandante

solo mes y medio antes de cumplir la edad para pensionarse se puso activa con su traslado.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, solicitando se adopten las posturas adoptadas por algunas salas del Tribunal en las cuales, se dice que por no ser beneficiaria del régimen de transición no es dable predicar una ineficacia y en este asunto, la demandante no lo es, además, tomó la decisión libre y espontánea de pertenecer al RAIS, sumado a que el afiliado podía hacer las averiguaciones sobre su futuro pensional, no tenía un derecho consolidado y simplemente tenía una mera expectativa. Finalmente, indica que en caso de confirmarse la sentencia, no sea condenada en costas por cuanto lo que se prevé es un desfinanciamiento del sistema y solicita se le autorice realizar las acciones legales en caso de un perjuicio económico al momento de reconocer las prestaciones a que haya lugar.

CONSIDERACIONES

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

De otro lado, frente al recurso de apelación impetrado por la demandante, este se declarará desierto en la medida que no lo sustentó como lo prevé el artículo 66 del CPL, en la medida que solo se militó a decir que apelaba por la condena en costas, sin exponer sus inconformidades en torno a la decisión adoptada por el a quo sobre ese aspecto.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292,

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

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora RUTH ESTELLA SINISTERRA RAMOS el 18 de mayo de 2001 (fl. 99), se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR donde se encuentra afiliada en la actualidad; efectuando cotizaciones en el RAIS desde mayo de 2001 a la fecha (fls. 103 a 108). Así mismo, de la historia laboral emanada de COLPENSIONES (fl. 71 a 74), se evidencia que aportó al ISS de forma interrumpida desde el 22 de junio de 1989 al 31 de agosto de 2000.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 99 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues HORIZONTE, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes

modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

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

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, como también en el interrogatorio señaló que había recibido información sobre ciertos aspectos que no incluyen lo antes anotado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarla y no de aquel de buscar la información por sus propios medios.

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

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, tal situación trae consigo que PORVENIR se obligue a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir los aportes provenientes de aquella y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella,

como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, en la primera de ellas en la que indicó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de COLPENSIONES, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a aquella de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibirlos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Adicional a ello y en lo que tiene que ver con las sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, como lo dispuso la Corte en el

proveído en cita, las AFP deben asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en este caso, los referidos gastos de administración, en la medida que la demandante nada tuvo que ver con la falta de información que se le endilgó a PORVENIR, de ahí que dada la ineficacia de ese traslado inicial, las cosas vuelvan a su estado original y por ende, se deben devolver tales rubros y en ese sentido, dado el grado jurisdiccional que le asiste a COLPENSIONES se modificará la sentencia apelada, pue el a quo omitió incluir lo relacionado con los seguros previsionales.

Finalmente, en cuanto a las excepciones de buena fe y enriquecimiento in causa propuestas por la demandada PORVENIR, debe precisarse en cuanto a la primera, que en ningún momento se ha cuestionado que la administradora haya actuado de buena fe, simplemente lo que dijo es que no cumplió con el deber de información en la forma señalada por la Corte Suprema de Justicia como se indicó en precedencia y respecto a la segunda, no puede decirse que existió un enriquecimiento por parte de la demandante, en tanto los rendimientos que recibió lo fueron como consecuencia de su permanencia al RAIS y al retrotraerse las cosas a su estado inicial, dada la ineficacia, resulta evidente que esos rendimientos se deben devolver pues independientemente de ello se causaron y le pertenecen a ella.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado, en lo que a los emolumentos que debe trasladar PORVENIR a COLPENSIONES se refiere.

COSTAS

En esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR, de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP, dada la improsperidad de los recursos interpuestos.

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

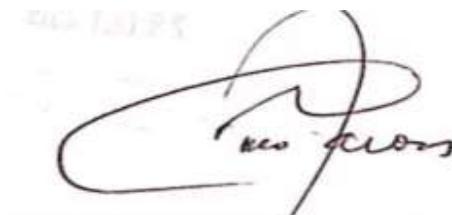
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR traslade a COLPENSIONES, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, según las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de alzada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

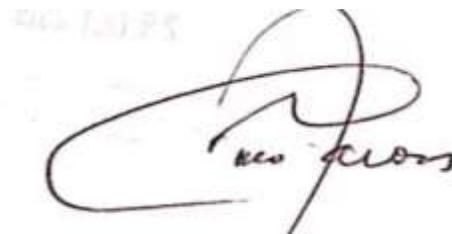
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

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



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

República de Colombia



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

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS GUILLERMO GUTIÉRREZ
OSPINA contra UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN
SOCIAL – UGPP**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **LUIS GUILLERMO GUTIÉRREZ OSPINA**, se **condene** a la demandada a reconocer, liquidar y ordenar a la demandada el pago de la pensión de jubilación establecida en el artículo 41 parágrafo 1 y 3 de la convención colectiva de trabajo 1998 – 1999, junto con la actualización del último salario promedio mensual devengado, a partir del 18 de abril de 2006, en cuantía del 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, incluidos los aumentos legales y las mesadas adicionales de junio y diciembre, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso (fls. 6 y 7).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 y 6), señaló que laboró al servicio de la CAJA AGRARIA del 1° de agosto de 1978 al 27 de junio de 1999, siendo retirado de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1065 del 26 de junio de 1999, desempeñando como último cargo el de director III grado 9,

devengando como último salario promedio mensual la suma de \$1.534.504 y nació el 18 de abril de 1951. Sostiene que se le reconoció la pensión de jubilación legal con la Resolución DP 05503 del 3 de agosto de 2007, en cuantía de \$1.111.923,86 a partir del 18 de abril de 2006. Refiere que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo como quiera que durante toda su vinculación laboral estuvo afiliado a SINTRACREDITARIO. Finalmente, expone que solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación ante la UGPP la cual le fue negada por esta a través de la Resolución 0009290 del 29 de febrero de 2016.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

LA UGPP contestó la demanda (fls. 82 a 88), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, niega y no le constan los contenidos en los numerales 4 y 7 y acepta los demás. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción, ausencia de vicios en el acto administrativo demandado, imposibilidad de condena en costas y no pago de los intereses moratorios.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 4 de febrero de 2020 (CD – fl. 99), **condenó** a la UGPP a reconocer y pagar al demandante la pensión de jubilación convencional a partir del 18 de abril de 2006, en cuantía inicial de \$1.779.469, junto con los aumentos legales, 14 mesadas al año y la indexación de las mesadas debidas mes a mes desde la exigibilidad de cada mesada pensional y hasta que se produzca el pago de lo debido, **declaró** probada parcialmente la excepción de prescripción a partir del 26 de julio de 2015 hacia atrás y **condenó** en costas a la demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2.500.000.

Fundamentó su decisión, indicando que se encuentra acreditado que el demandante laboró para la CAJA AGRARIA por espacio de 20 años, 10 meses y 27 días y nació el 18 de abril de 1951, cumpliendo la edad de 55 años el mismo día y mes del año 2006, por lo que corresponde aplicar el parágrafo 1° del artículo 41 de la convención colectiva de trabajo en cuanto dispone que el trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad

de 55 años si es hombre, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad siempre que haya cumplido el requisito de 20 años de servicio en la institución, de forma tal que se colige que se acredita los presupuestos antes anotados para que el accionante acceda a la pensión deprecada, causando su derecho al retiro de la entidad el 27 de junio de 1999, en tanto la edad es solo un requisito de exigibilidad de la prestación, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia. Menciona que se debe condenar a la demandada a pagar al accionante la pensión de jubilación convencional a partir del 18 de abril de 2006 indexada, junto con los aumentos legales y por 14 mesadas al año como quiera que la prestación la causó en junio de 1999 esto es, antes del acto legislativo 01 de 2005, al igual que se deberán indexar las mesadas adeudadas mes a mes hasta que se efectúe el pago de lo debido. Finalmente, aduce que se declara probada parcialmente la excepción de prescripción desde el 26 de julio de 2015, hacia atrás, por cuanto el derecho el derecho se causó en junio de 1999 y la demanda se presentó el 26 de julio de 2018.

APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se modifique parcialmente la sentencia, en el sentido que se debe reconocer como primera mesada la suma de \$1.854.903,02 utilizando para ello la fórmula que da como base la Corte con los IPC correspondientes, como se especifica en el acápite de la demanda. Finalmente, expone que los efectos fiscales de las mesadas no cobradas y haciendo uso del término prescriptivo, debe indicarse que la solicitud se elevó a la UGPP el 27 de mayo de 2016 interrumpiendo la prescripción, por lo que dicha excepción se debe declarar desde el 27 de mayo de 2013.

La UGPP apeló la decisión, manifestando que si bien el demandante completó más de 20 años de servicio a la CAJA AGRARIA, también lo es que en vigencia de la disposición convencional, no reunió el requisito de edad, en tanto este lo acreditó solo hasta el 18 de abril de 2006 y por ende, no puede ser reconocida la pensión de jubilación convencional, pues la edad se tiene que cumplir estando al servicio de la empresa como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, quien ha establecido que los requisitos de la pensión convencional se deben cumplir estando al servicio del empleador. Sostiene que el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso instaurado por el hoy demandante y otros, negó las pretensiones de la demanda, bajo el entendido que si bien el accionante acreditaba 20 años de servicio al momento del despido, no cumplía con el

requisito de la edad para esa data; decisión que menciona, fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín en sentencia del 25 de enero de 2005, de ahí que las pretensiones incoadas por el actor ya fueron resueltas en sede judicial y por ende, no pueda la Unidad desconocer una decisión que hizo tránsito a cosa juzgada, lo que trae como consecuencia que se debe revocar la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante tiene derecho a la pensión establecida en el artículo 41 parágrafos 1 y 3 de la convención colectiva 1998 y 1999 y en caso afirmativo, se estudiará lo atinente al valor de la mesada pensional, la indexación de la misma y la excepción de prescripción; como también se analizará si se encuentra probada la excepción de cosa juzgada como lo refiere la accionada en la alzada.

Cosa juzgada

Previo a establecer sobre la viabilidad de la pensión de jubilación convencional, se hace necesario estudiar la excepción de cosa juzgada que si bien no fue propuesta por la demandada, lo cierto es que en la alzada hizo alusión a ella y en los términos del artículo 282 el CGP de ser el caso, puede ser declarada de oficio.

Al respecto, se tiene que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 303 del CGP aplicable en materia laboral por remisión analógica del artículo 145 del C.P.L, para que exista cosa juzgada deben cumplirse ciertos aspectos como lo son: identidad jurídica de partes, que se funde en la misma causa y que verse sobre el mismo objeto. Requisitos estos que se definen así:

- **Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado respecto de una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente si se presenta identidad de aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

- **Identidad de causa petendi**, esto es, que la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada se sustenten en los mismos hechos salvo que se presenten nuevos hechos, pues en ese evento el juez deberá fallar sobre la nueva causa.

- **Identidad de partes**, significa que al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.

Revisada la documental aportada al expediente, concretamente el expediente administrativo del accionante (CD – fl. 90), se observa que mediante sentencia proferida dentro del proceso 2004 – 2004 promovido por el aquí demandante junto con otros señores en contra de la CAJA AGRARIA, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín el 24 de agosto de 2004 negó las pretensiones incoadas por aquellos tendientes a obtener principalmente el reintegro y como subsidiariamente, la pensión convencional de jubilación y su respectivo auxilio, la indemnización convencional por despido injusto, reembolso de lo deducido en la liquidación de prestaciones sociales, reliquidación de las cesantías y demás prestaciones sociales e indemnizaciones legales y convencionales, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados, indemnización moratoria o en subsidio la indexación, pago de salarios y primas legales y convencionales, becas, vacaciones, auxilio de transporte, alimentación, refrigerio, incentivos de localización, viáticos, subsidio familiar, auxilio extraordinario de pensión, gastos médicos. Pensión restringida de jubilación (pensión sanción), pago de aportes o cotizaciones respectivas, indexaciones e intereses moratorios a que haya lugar de las condenas resultantes.

Proveído que fue confirmado por la Sala Octava de decisión del Tribunal Superior de Medellín en sentencia del 25 de enero de 2005, ésta no casada por la Corte Suprema de Justicia en proveído del 4 de mayo de 2006 (CD – fl. 90).

Ahora en lo atinente a la pensión de jubilación convencional, el juzgado en la providencia en comento, señaló:

“PENSIÓN CONVENCIONAL;

La reclaman conforme a la convención colectiva vigente, artículo 41, que establece las condiciones para acceder a ella, 20 años de servicios continuos a la Caja Agraria y 50 años de edad para las mujeres y 55 años de edad para los varones.

En el proceso no obra prueba que acredite que los demandantes hayan cumplido las condiciones establecidas en la norma extralegal, como para entrar a decidir al respecto, pues de los términos de iniciación del vínculo laboral, sólo Luis Guillermo Gutiérrez tiene los 20 años de servicios cumplidos al momento del despido, pero tampoco acreditó la edad, por ello no procederá lo reclamado, para ninguno de ellos. (Subrayado de la Sala)

De lo anterior se colige, que sí se dan los presupuestos para que exista cosa juzgada, toda vez que las partes son las mismas pues si bien en el proceso primigenio no se demandó a la UGPP, lo cierto es que para esa data la entidad aún no había entrado en funcionamiento, pues solo con la expedición del Decreto 2842 de 2013 y a partir del 15 de diciembre de 2013, asumió las competencias en materia pensional de la CAJA AGRARIA y que estaban a cargo del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA; de ahí que exista identidad de partes.

Ahora en cuanto al objeto y la causa, es claro que estos son los mismos, toda vez que en ambos procesos lo que se busca es el reconocimiento de la pensión de jubilación contenida en el artículo 41 de la convención colectiva 1998 – 1999, cuyo pedimento se basa en el cumplimiento de 20 años al servicio de la entidad y el cumplimiento de la edad en ese momento como un requisito de exigibilidad para su pago y si bien en ese momento la prestación se negó por no cumplir la edad y en este asunto cumple con tal exigencia, lo cierto es que los presupuestos fácticos en ambos procesos son los mismos, pues como se dijo, se circunscriben al reconocimiento de la prestación, pese a que en el proceso primigenio no tuviera la edad y en este sí, a más que en esas época se exigía que la edad debía acreditarse al servicio de la entidad.

De suerte, que al existir identidad de objeto, causa y partes entre la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín el 24 de agosto de 2004, confirmada por el Tribunal Superior de esa ciudad y ésta a su vez, no casada por la Corte Suprema de Justicia y lo pretendido en este proceso, no cabe duda de que se encuentra probado el medio exceptivo de la cosa juzgada.

Ahora, si en gracia de discusión se tuviera que no existe cosa juzgada, tampoco habría lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que la CAJA AGRARIA mediante Resolución DP 05503 del 3 de agosto de 2007 (CD – fl. 90), le otorgó al demandante la pensión de jubilación legal por ser beneficiario del régimen de transición a partir del 18 de abril de 2006, esto es, al cumplimiento de los 55 años de edad en los términos de la Ley 33 de 1985, compartida con la que le llegare a reconocer el ISS, teniendo en cuenta para ello, 20 años, 10 meses y 27 días de servicio a dicha entidad.

Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien la Corte Suprema de Justicia ha sostenido entre otras en las sentencias SL 17657 - 2017 rad. 48883, en donde se reiteró la providencia del 29 de julio 1998 rad. 803 que la pensión de jubilación contenida en la ley 33 de 1985 debe ser pagada en principio por la última entidad empleadora hasta tanto la misma se comparta con la de vejez otorgada por el ISS, lo cierto es que en tratándose del demandante no es dable como éste lo pretende, otorgar la pensión de jubilación convencional a cargo del empleador cuando éste ya le reconoció una pensión utilizando el mismo tiempo de servicios, pues la finalidad de la prestación convencional es otorgarle al trabajador una pensión que suple la legal y que cubre el riesgo de vejez, de ahí que el empleador no pueda pagar dos pensiones por el mismo tiempo de servicios y amparando el mismo riesgo. Dicho en otras palabras, no es viable jurídicamente pregonar la compatibilidad ni la compartibilidad entre una pensión extra legal y otra legal, concedida por el mismo empleador, pues diferente sería que la legal se la hubiere otorgado el ISS hoy COLPENSIONES, pues en ese evento cabría la figura de la compartibilidad en los términos del artículo 18 del Decreto 758 de 1990, como así lo dijo la CAJA AGRARIA al concederle en su momento la de jubilación legal.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia y en su lugar se **DECLARARÁ** probada de oficio la excepción de cosa juzgada y en consecuencia, se **ABSOLVERÁ** a la demandada de las pretensiones de la demanda.

COSTAS

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

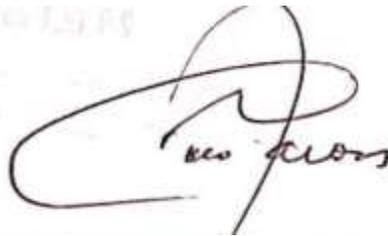
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar **DECLARAR** probada de oficio la excepción de cosa juzgada y en consecuencia, **ABSOLVER** a la UGPP de las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

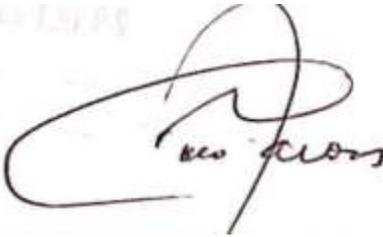
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



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

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HÉCTOR HUGO PARDO ROJAS contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **HÉCTOR HUGO PARDO ROJAS**, se **condene** a la demandada al pago del incremento pensional del 14%, por su compañera a partir del 1° de octubre de 2009, más la indexación de las sumas adeudadas, intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso (fl. 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 1 y 2), señaló que mediante Resolución 041528 del 1° de septiembre de 2009, el ISS le reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de octubre de 2009, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. Refiere que convive con la señora MARY CUELLAR ANDRADE desde hace 28 años de manera ininterrumpida y bajo el mismo techo, quien depende económicamente de él, por cuanto no trabaja ni disfruta pensión, además de ser su beneficiaria en salud. Aduce que el ISS cuando le otorgó la pensión no le reconoció el incremento pensional por persona. Finalmente, expone que el 30 de noviembre de 2016 elevó petición ante

COLPENSIONES solicitando el incremento del 14%, la cual le fue negad por este.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 30 a 34), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2, 7 y 8 y no le constan los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, afectación al principio constitucional de sostenibilidad fiscal y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de febrero de 2020 (CD – fl. 58), **declaró** probada la excepción de inexistencia de la obligación, **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que desde el 21 de junio de 2019 el despacho acogió la postura dada sobre el tema por la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, en la que dicha Corporación señaló que bajo la figura de la derogatoria orgánica, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, desapareció del ordenamiento jurídico con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y solo quienes a 1° de abril de 1994 hayan adquirido el derecho a la pensión de vejez, podían seguir disfrutando de los incrementos por personas a cargo y en este caso, el actor no hace parte de ese pequeño grupo poblacional pues la pensión se le otorgó en octubre de 2009, sin que sea dable desconocer la sentencia emanada de la Corte Constitucional y si en gracia de discusión no se tuviera en cuenta, tampoco habría lugar a otorgar los incrementos solicitados en la medida que estos se verían afectados por la prescripción total como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, sostiene que tampoco se encontraría demostrada la dependencia económica, en tanto la pruebas allegadas y recaudadas no dan fe de ello, de ahí que considere, se deba absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda.

CONSULTA

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

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se encuentran vigentes y en caso afirmativo, establecer si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para acceder a éstos.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor HECTOR HUGO PARDO ROJAS, conforme se infiere de la copia de la Resolución 041528 del 1° de septiembre de 2009 (fls. – 18 a 20), mediante la cual el ISS hoy COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía de \$910.275, a partir del 1° de octubre de 2009.

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

“Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

(...)

“Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990

carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993.”

(...)

“De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.”

Al respecto es importante precisar, que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y en lo relativo a cuándo empieza a operar**, la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

“7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”

(...)

“9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán

expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones”.

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

*“... 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el **deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos** que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional...”*

“Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo.”

De suerte, que al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento**, lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

“Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

“Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes” (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene

dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (Subraya la Corte).

Destacándose nítidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como elemento integrador: pues en este caso, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica" (C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y "para interpretar las leyes", pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

“ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. *Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

1. *Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***
2. *Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces*

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

En ese orden de ideas, se tiene que el actor adquirió el derecho a la pensión el **1° de octubre de 2009**, data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994 esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 de ahí que el accionante no tenga derecho a los mismos.

En tales condiciones y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

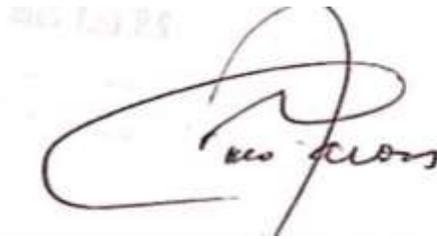
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de consulta, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta,

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia



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

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DAIRO WILLIAM CHAVEZ GARCÍA
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **DAIRO WILLIAM CHAVES GARCÍA**, se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual efectuada por COLFONDOS el 1° de agosto de 1999. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a COLFONDOS a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación a la AFP como cotizaciones, bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado y a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado junto con los valores obtenidos mientras estuvo afiliado al RAIS y contabilizarlos para efectos de pensión como semanas cotizadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas y gastos del proceso. como pretensión subsidiaria, pide se **declare** la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado del RPM al RAIS (fls. 53 y 54).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 51 a 53), señaló que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES desde el 1° de agosto de 1977 y se trasladó a COLFONDOS el 1° de agosto de 1999. Refiere que al momento del traslado, no fue asesorado o informado por parte del fondo respecto de las diferencias entre cada uno de los regímenes, las prestaciones económicas que obtendría, beneficios, riesgos, ventajas, desventajas, inconvenientes y en general, las implicaciones sobre sus derechos pensionales que debía tener en cuenta al momento de tomar la decisión de trasladarse. Sostiene que tampoco se le dijo cuánto debía ser el capital que debía acumular en su cuenta para poder adquirir el derecho a la pensión o cuanto requería para pensionarse a cualquier edad, ni se le informó que parte de su aporte mensual se destinaría al pago de primas de seguro para atender las pensiones de invalidez y sobrevivientes, asesoría para la contratación de renta vitalicia, gastos de administración y financiamiento del fondo de solidaridad. Menciona que no se le asesoró respecto al bono pensional, el derecho de retracto, que la pensión se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida incluida la de sus beneficiarios ni sobre los requisitos para pensionarse de manera anticipada. Finalmente, aduce que el 12 de diciembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen el cual le fue negado por esta, encontrándose en la actualidad afiliado a COLFONDOS.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 89 a 99). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 parcial, 14 y 15 y no le constan los demás. Formuló las excepciones de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el RPM, buena fe, prescripción y compensación.

COLFONDOS contestó el libelo (fls. 138 a 153), oponiéndose a las pretensiones de este. En cuanto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 13 y niega y no le constan los demás. Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva,

buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a COLFONDOS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de febrero de 2020 (CD – fl. 162), **declaró** la ineficacia del traslado de régimen realizado por el demandante entre el RPM representado por el entonces ISS hoy COLPENSIONES al RAIS representado por COLPENSIONES, el 20 de junio de 1999, **ordenó** a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, así como las demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual del actor, sin descuento alguno por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia y **ordenó** a COLPENSIONES reactivar la afiliación y recibir los conceptos que le fueren trasladados, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a COLPENSIONES en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

Fundamentó su decisión, indicando que la Corte Suprema de Justicia ha precisado en múltiples sentencias, que una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen, son indicativos que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente y menos del real consentimiento para adoptarla. Señala que del reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES, el formulario de afiliación y la certificación expedida por COLFONDOS, se observa que el actor se afilió al RPM desde el 1° de agosto de 1977 donde cotizó 557.71 semanas y posteriormente se traslada al RAIS con COLFONDOS el 20 de junio de 1999 donde permanece en la actualidad, encontrando que de las mismas no se evidencia que el traslado haya sido de manera libre y voluntaria, ya que no obra prueba que soporte que se le informó de manera veraz y oportuna las consecuencias que implicaba el traslado de régimen, como tampoco si se le efectuó un estudio que dijera si era o no beneficiario del régimen de transición y que se le haya informado que este se perdería con el traslado o que se le haya realizado una proyección de los aportes que debía realizar y la pensión que percibiría.

En cuanto a la excepción de prescripción, menciona que como la acción de nulidad va ligada al derecho pensional del afiliado, no se encuentra sujeta a las reglas de la prescripción. Finalmente, considera se debe declarar la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS.

APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, manifestando que no existen elementos que evidencien vicios en el consentimiento o dolo en el presente caso, pues no había una expectativa legítima para el actor, como quiera que a la hora del traslado le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión, sumado a que no era beneficiario del régimen de transición para proceder a su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU 130 de 2013, por lo que deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones del régimen al cual se encuentra afiliado en este caso, la AFP COLFONDOS, al igual que en este asunto no se logró probar una información equivocada por parte del fondo, máxime si para la época del traslado estos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto señala no hay lugar a la ineficacia solicitada, pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte del accionante y se evidencia que continuó en el RAIS de manera libre y voluntaria.

CONSIDERACIONES

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

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia contrario a lo señalado por COLPENSIONES, debe

abordarse desde la ineficacia de dicho acto y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado como lo pretende COLPENSIONES, exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

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

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor DAIRO WILLIAM CHAVES GARCÍA el 20 de junio de 1999 (fl. 112), se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS donde se encuentra afiliado en la actualidad; efectuando cotizaciones en el RAIS desde septiembre de 1999 a la fecha (fls. 118 a 137). Así mismo, de la historia laboral emanada de COLPENSIONES

(fl. 102 y 103), se evidencia que aportó al ISS de forma interrumpida desde el 1° de agosto de 1969 al 31 de julio de 1999.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 112 se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues COLFONDOS, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

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

Ahora, si bien el demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarla y no de aquel de buscar la información por sus propios medios.

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

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, tal situación trae consigo que COLFONDOS se obligue a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir los aportes provenientes de aquella y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, en la primera de ellas en la que indicó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de COLPENSIONES, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a aquella de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de

la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibirlos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Adicional a ello y en lo que tiene que ver con las sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, como lo dispuso la Corte en el proveído en cita, las AFP deben asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en este caso, los referidos gastos de administración, en la medida que el demandante nada tuvo que ver con la falta de información que se le endilgó en este caso a COLFONDOS, de ahí que dada la ineficacia de ese traslado inicial, las cosas vuelvan a su estado original y por ende, se deben devolver tales rubros.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado.

COSTAS

En esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

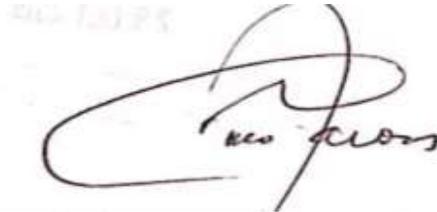
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

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

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

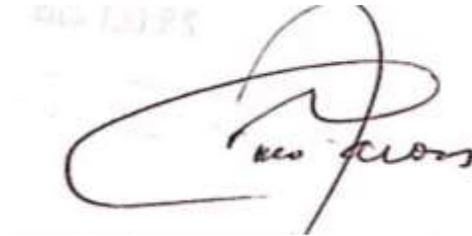
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



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

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALFREDO GINES RODRÍGUEZ BURBANO contra UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **ALFREDO GINES RODRÍGUEZ BURBANO**, se **condene** a la demandada a restablecer la pensión sanción, junto con la indexación de la primera mesada y del retroactivo, intereses moratorios y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 22).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 17 vuelto a 19), señaló que nació el 13 de abril de 1941 y el 21 de febrero de 1964 se vinculó a la CAJA AGRARIA, el cual culminó 9 de febrero de 1978 de forma unilateral y sin justa causa. Refiere que presentó demanda en contra de la entidad, la cual culminó con la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 15 de noviembre de 1984, mediante la condenó a la Caja a reconocerle la pensión sanción establecida en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, por valor de \$4.719,60, a partir de la fecha en que cumpliera 60 años. Sostiene que a través de la Resolución 1780 del 4 de marzo de 2002 la liquidadora de CAJA AGRARIA le

otorgó la prestación a partir del 13 de abril de 2001, en cuantía de \$286.000, sin aplicar la indexación de la primera mesada. Expone que la entidad lo afilió y cotizó al ISS desde el 1° de enero de 1967 hasta el 8 de febrero de 1978, sin que efectuara cotizaciones desde dicha data y hasta que cumplió la edad de 60 años. Afirma que el ISS con la Resolución 038735 del 7 de diciembre de 2004, le reconoció la pensión de vejez a partir del 13 de abril de 2001. Menciona que la liquidadora de la Caja, expidió la Resolución 05460 del 31 de julio de 2007, a través de la cual ordenó compartir a partir del 20 de noviembre de 2001 la pensión sanción con la de vejez del ISS y suspendió de inmediato dicha prestación. Aduce que la entidad aplicó la figura de la compartibilidad sin cumplir con el requisito de efectuar cotizaciones desde la fecha del despido y hasta que le fuera otorgada la prestación por vejez, pues solo efectuó aportes de junio de 2002 a julio de 2004, es decir, después que le reconociera la pensión sanción. Afirma que el retroactivo de la pensión de vejez le fue cancelado a la CAJA AGRARIA. Finalmente, refiere que el 27 de junio de 2016 elevó reclamación ante la entidad la cual le fue negada por esta con la Resolución RDP 033855 del 13 de septiembre de 2016, sobre la cual interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación que fueron rechazados por esta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

LA UGPP contestó la demanda (fls. 131 a 139), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, niega y no le constan los contenidos en los numerales 9, 11, 12, 15 a 18 y 21 y acepta los demás. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 6 de marzo de 2020 (CD – fl. 172), **condenó** a la UGPP a reconocer y pagar al demandante la pensión sanción en la cuantía inicial de \$436.187 a partir del 13 de abril de 2001 y un retroactivo pensional a 28 de febrero de 2020 de \$52.360.640 junto con la indexación de las mesadas debidas mes a mes desde la exigibilidad de cada mesada hasta que se produzca el pago de lo debido, **declaró** probada parcialmente la excepción de prescripción a partir del 25 de octubre de 2015 hacia atrás y **condenó** en costas a la demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3.500.000.

Fundamentó su decisión, indicando que en cuanto a la compartibilidad de la pensión sanción establecida en la Ley 171 de 1961 y la de vejez otorgada por el ISS, el accionante causó el derecho a la referida pensión sanción el 8 de febrero de 1978 cuando fue desvinculado de la CAJA AGRARIA después de 13 años, 11 meses y 18 días de servicio, pues la edad constituye un requisito de exigibilidad para su pago, pues así lo dijo la Corte en la sentencia del 15 de noviembre de 1984 cuando le reconoció al actor el derecho a la pensión, por lo que en este caso de conformidad con el artículo 61 del Decreto 3041 de 1966 , dicha prestación resulta ser concurrente con la de vejez concedida por el ISS, de ahí que la determinación de la CAJA AGRARIA de compartir la pensión a partir del 20 de noviembre de 2001, no se ajusta a derecho y por ende, se condenará a la demandada a pagar la pensión sanción al accionante a partir del 25 de octubre de 2015. Sobre la indexación de la primera mesada pensional, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la figura de la indexación procede para todo tipo de pensiones causadas aun con anterioridad a la vigencia de la CN, en tanto se trata de un derecho universal y no de categoría de pensionados, pues la pérdida del poder adquisitivo de la moneda afecta de manera negativa a todas las pensiones sin importar su naturaleza o la fecha en que fueron reconocidas. Finalmente, expone que efectuadas las operaciones del caso, se obtiene que la mesada pensional indexada de la pensión sanción asciende a \$436.187 a partir del 13 de abril de 2001 fecha del disfrute pensional al arribar a la edad de 60 años, la cual, proyectada a 25 de octubre de 2015, fecha de reactivación de la pensión por prescripción trienal contada desde la presentación de la demanda, asciende a \$831.385, para un retroactivo de \$52.360.640, que incluye la indexación de las mesadas desde la exigibilidad de cada una y hasta que se produzca el pago de lo debido.

APELACIÓN

La UGPP interpuso recurso de apelación, manifestando que el demandante no cumple con los requisitos exigidos por la Ley y la Constitución para acceder a la pensión pretendida, pues por regla general las pensiones son compartibles y no compatibles y cuando se adquiere el derecho, entra la pensión legal a suplir la pensión sanción y solo se tendría que asumir el mayor valor como se había decretado en su momento, como así lo ha indicado la Corte Constitucional al indicar que las pensiones otorgadas con posterioridad al 17 de octubre de 1985 con compartidas y por ende, la legal reemplaza la extralegal y en este caso, está

demostrado que el accionante no tiene derecho a lo aquí reclamado, adicional a que las resoluciones se encuentran ajustadas a derecho por cuanto la pensión sanción y la de vejez son compartibles. Finalmente sobre las costas, afirma que si bien fue vencida, se debe tener en cuenta que actuó de buena fe y con el pleno convencimiento de estar obrando en derecho, por lo que no existiría una razón para que sea condenada a la suma objeto de costas.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la pensión sanción otorgada por la CAJA AGRARIA al demandante en cumplimiento de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 15 de noviembre de 1984, es compatible con la de vejez que le fue reconocida por el ISS y en caso afirmativo, establecer si hay lugar a reactivar la misma, junto con la indexación de la primera mesada pensional.

Status de pensionado

No es tema de controversia que mediante Resolución 01780 del 4 de marzo de 2002 (fls. 61 a 66), la CAJA AGRARIA dio cumplimiento a la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 15 de noviembre de 1984, en el sentido de reconocer al demandante la pensión sanción en cuantía de \$4.719,60 a partir de la fecha en que cumpla o haya cumplido 60 años de edad, por lo que otorgó la pensión desde el 13 de abril de 2001, en cuantía de \$286.000.

Posteriormente, el ISS a través de la Resolución 038735 del 7 de diciembre de 2004 (fls. 68 a 70), le concedió la pensión de vejez, cuyo ingreso a nómina se dejó en suspenso hasta que acredite el retiro del servicio público. Prestación que se ingresó en nómina con la Resolución 000484 del 19 de enero de 2006, a partir del 2 de marzo de 2002 en cuantía de \$514.099 (fls. 157 a 159).

Luego, la CAJA AGRARA EN LIQUIDACIÓN mediante Resolución 05460 del 31 de julio de 2007 (fls. 71 a 73), dispuso la compartibilidad de la pensión sanción con la de vejez otorgada por el ISS a partir del 20 de noviembre de 2001, suspendió de manera definitiva el pago de la pensión de jubilación a partir de agosto de 2007 y ordenó al accionante cancelar la suma de \$29.185.466,67 en razón del mayor valor recibido de la entidad.

Compatibilidad de la pensión sanción reconocida por la CAJA AGRARIA con la de vejez otorgada por el ISS hoy COLPENSIONES

Al respecto, se tiene que en sentencia SL 4844 de 2021, la Corte Suprema de Justicia en un caso de similares características al que ocupa hoy la atención de la Sala, señaló:

“Esta Sala, de manera reiterada y uniforme, ha sostenido que el artículo 8.º de la Ley 171 de 1961, consagró tanto para trabajadores oficiales como particulares, la pensión restringida de jubilación en sus categorías de pensión sanción por despido sin justa causa con más de 10 años de servicios y menos de veinte y pensión restringida por retiro voluntario después de 15 años de servicios, las cuales no fueron derogadas ni remplazadas por la de vejez que el ISS asumió conforme a la Ley 90 de 1946, reglamentada por el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, en tanto constituyen obligaciones económicas cuyo deudor exclusivo es el empleador. Dicha normatividad fue modificada para los trabajadores del sector privado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, pero se mantuvo para los trabajadores oficiales, hasta la entrada en vigencia del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que nuevamente refirió a ambos, ocupándose únicamente de la pensión sanción para los trabajadores no afiliados al sistema general de pensiones por omisión del trabajador, que sin justa causa fueren despedidos con 10 o más años de servicios.”

(...)

“Más recientemente sobre idéntico problema jurídico, ya la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en procesos seguidos contra la misma empresa acá demandada, por lo que resulta suficiente remitirse a lo señalado en las providencias CSJ SL815-2021 y CSJ SL860-2021, en la primera de las cuales se explicó:

“Al respecto, conviene recordar que a partir de la expedición del Acuerdo 224 de 1966 se determinó la incompatibilidad entre las pensiones legales a cargo del empleador y las que debía reconocer el extinto ISS, respecto de las prestaciones destinadas a cubrir el riesgo de vejez; sin embargo, dicha disposición no incluyó la pensión consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, en sus dos modalidades, esto es, la pensión sanción derivada del despido injusto del trabajador con más de 10 años de servicio y menos de 15 --y la prestación por retiro voluntario--, dispuesta para quienes después de 15 años de servicio y menos de 20 se hubieran retirado voluntariamente del empleo (SL12422-2017).

Por manera que, en vigencia de la Ley 90 de 1946 y del Acuerdo 224 de 1966, las pensiones reguladas por el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, son compatibles con la de vejez a cargo del ISS, en tanto no fueron derogadas ni reemplazadas por ésta conforme la citada normativa, reglamentada por el Decreto 3041 de 1966, comoquiera que las primeras constituyen obligaciones económicas cuyo deudor exclusivo es el empleador. Así lo ha adoctrinado esta Corporación en numerosas oportunidades, verbigracia, en sentencia CSJ SL 6 sep. 2011, rad. 45545, reiterada, entre muchas otras, en la SL757-2018, en la cual expresó la Sala:

Sobre este puntual aspecto en discusión, la Sala en sentencia del 26 de septiembre de 2007 radicado 30766, que a su vez rememoró las decisiones del 21 de septiembre de 2006 y 12 de febrero de 2007, radicación 29406 y 28733 respectivamente, fijó el criterio mayoritario que actualmente se mantiene, en cuanto a que la subrogación del Instituto de Seguros Sociales en vigencia del Acuerdo 224 de 1966 no opera tratándose de pensiones especiales de jubilación reguladas por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, las cuales quedan a cargo exclusivo del empleador. En esa oportunidad la Corte puntualizó:

[...] debe advertirse desde ya que la razón está de lado del impugnante. Para el efecto, considera la Corte suficiente traer a colación el pronunciamiento vertido en la sentencia de casación del 12 de febrero de 2007, radicación 28733, en los siguientes términos:

“Con las anteriores precisiones, puntualiza la Corte que desde la expedición del Acuerdo 224 de 1966, emanado del Consejo Directivo del ISS y aprobado por el artículo 1° del Decreto 3041 del mismo año, se estableció la incompatibilidad entre las pensiones legales reconocidas por el empleador y las de vejez que debía reconocer el Instituto de Seguros Sociales. Desde luego, las pensiones legales incompatibles con el nuevo esquema de seguridad social que se implementó con la expedición del citado acuerdo, fueron aquellas instituidas precisamente para cubrir el riesgo de vejez y no las que se establecieron para garantizar la estabilidad del trabajador en su empleo o para reprimir al empleador que despedía injustamente al asalariado después de una más o menos larga prestación de servicios y por ello le impedía acceder a la pensión de jubilación.

Esas pensiones especiales, que no quedaron comprendidas por la vigencia del acuerdo mencionado, eran las que consagraba el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 en sus dos modalidades, la conocida como pensión sanción, derivada fundamentalmente del despido injusto del trabajador con más de 10 años de servicio y menos de 15, o con más de éste último número y menos de 20 –lo cual solamente incidía para la edad del disfrute–, y la pensión por retiro voluntario, dispuesta para quienes después de 15 años de servicios y menos de 20 hubieran hecho dejación voluntaria de su empleo.

En ese orden, bajo la égida del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, los trabajadores que sean despedidos sin justa causa con más de 10 o 15 años de servicios, así como aquellos que se retiren voluntariamente después de 15 y menos de 20, continuos o discontinuos, como en el caso bajo estudio, tienen derecho a recibir de sus empleadores una pensión especial exigible a partir del momento en que cumplan la edad señalada en dicha normativa, por no ser tal presupuesto un requisito de estructuración sino de mera exigibilidad del derecho como lo ha sostenido esta Corporación (SL9773-2017).

[...]

Finalmente, como lo recordara recientemente la Sala en sentencia CSJ SL 24 feb. 2021, rad. 85866, al estudiar un asunto de similares contornos al aquí debatido contra la misma empresa demandada, la causación de la pensión restringida de jubilación puede estructurarse hasta antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, con la observancia del tiempo mínimo de servicios y de la causa del retiro conforme lo previsto en la Ley 171 de 1961:

[...] Para resolver tal cuestionamiento basta recordar lo suficientemente explicado por la jurisprudencia de la Corte respecto de la asunción de riesgos por el I.S.S. y su incidencia en la aludida pensión proporcional de jubilación, en el sentido de que las pensiones previstas por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 no fueron derogadas ni remplazadas por la pensión de vejez a cargo de la entidad de seguridad social,

de suerte que, su causación se produjo, por lo menos hasta la vigencia de la Ley 100 de 1993, por el mero hecho de cumplir el tiempo mínimo de servicios en ella previsto y producirse el retiro del servicio antes de ésta.

Aunado, esta Corporación en numerosas oportunidades se ha pronunciado de forma pacífica en el sentido de señalar que para efectos de la causación del derecho a la pensión proporcional de jubilación del artículo 8.º de la Ley 171 de 1961, es intrascendente que el trabajador estuviera afiliado al Instituto de Seguros Sociales, condición que solo adquiere relevancia para los eventos de compartibilidad, según surge de lo dispuesto en el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, que resulta aplicable respecto de trabajadores oficiales afiliados a ese instituto, supuesto diferente al del sub lite, por cuanto la pensión restringida de jubilación se causó a partir del 1.º de septiembre de 1982 cuando el trabajador particular se retiró en forma voluntaria del servicio, pues, se itera, la edad únicamente constituye un requisito de exigibilidad, y para tal fecha se encontraba vigente el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año. (Subrayado de la Sala)

Conforme a ello, es claro que la pensión sanción reconocida al actor en virtud de la sentencia proferida por la Corte el 15 de noviembre de 1984, no es compartida con la de vejez reconocida por el ISS, habida cuenta que no se encuentra dentro de las incompatibilidades establecidas en el Decreto 3041 de 1966, además de no cumplir con las previsiones dispuestas en dicha norma para predicarse una compartibilidad, por el simple hecho de haber sido afiliado al ISS, como se indica en la sentencia en cita.

Aunado a ello, contrario a lo señalado por la UGPP en la alzada, tampoco habría lugar a la compartibilidad en los términos del Decreto 2879 de 1985, todas vez que la prestación se causó con anterioridad al 17 de octubre de 1985, en tanto como lo ha expuesto dicha Corporación no solo en la referida providencia, sino también en la 43751 de 2014 y SL 6473 de 2014, la edad es un requisito de exigibilidad para su pago, causándose la prestación con retiro del servicio el cual en este caso, data del 9 de febrero de 1978, es decir, con anterioridad a la fecha en comento.

Ahora, si bien el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, establece la compartibilidad de la pensión consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, tampoco habría lugar a su aplicación, pues, como se expuso en precedencia, la prestación se causó el 9 de febrero de 1978, es decir, antes de la expedición de dicha normatividad, como lo señaló la Corte en el aparte subrayado de la sentencia expuesta en apartes anteriores.

Bajo ese entendido, considera la Sala que al accionante le asiste derecho al restablecimiento de la pensión sanción que le fue suspendida por la CAJA

AGRARIA el 20 de noviembre de 2001, aduciendo una compartibilidad que, como se dijo, no es predicable en este asunto, en tanto ambas prestaciones son **compatibles**, por lo que sobre este punto se confirmará la decisión de primera instancia.

Indexación de la primera mesada pensional

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

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

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

De otro lado, en cuanto a la indexación de las pensiones otorgadas con anterioridad a la expedición de la CN, la Corte Constitucional en sentencia SU – 1073 de 2012, indicó:

“2.6.1. El derecho a la indexación de la primera mesada pensional es predicable de todas las categorías de pensionados, y por tanto, resulta vulneratorio de los principios constitucionales que informan la seguridad social y el derecho laboral negar su procedencia a aquellos que adquirieron el derecho con anterioridad a la Constitución de 1991, pero cuyos efectos irradian situaciones posteriores.

2.6.2. La garantía de indexación no sólo fue reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, con anterioridad de la expedición de la Carta, sino que en la Constitución de 1991 se constitucionaliza en los artículos 48 y 53.

2.6.3. Además, también tiene sustento en el principio de favorabilidad laboral contenido en el artículo 53 Superior. Este principio obliga a las autoridades judiciales, incluyendo las Altas Cortes, a elegir, en caso de duda, por la interpretación que más favorezca al trabajador. En el caso de la indexación, no es otra que su reconocimiento universal, inclusive de las personas que adquirieron su derecho con anterioridad a la Constitución de 1991, por cuanto el fenómeno inflacionario afecta a todos por igual.

2.6.4. El reconocimiento a la indexación de la primera mesada pensional también es un desarrollo del principio del Estado Social de Derecho y una garantía que desarrolla los artículos 13 y 46, que prescriben la especial protección constitucional a las personas de la tercera edad, y el derecho al mínimo vital.”

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

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

los salarios resultaba procedente respecto de todas las pensiones causadas en vigencia de dicha norma.”

(...)

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

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

En ese orden de ideas, se tiene que la prestación pensional del actor se encuentra inmersa en el límite temporal para que la misma sea indexada, pues se denota que desde la fecha de retiro del servicio (9 de febrero de 1978) y de exigibilidad de la pensión (13 de abril de 2001), transcurrió un tiempo considerable en el que hubo una pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Así entonces, al aplicar a la mesada pensional establecida por la Corte Suprema de Justicia en proveído del 15 de noviembre de 1984 (\$4.719,60), la fórmula establecida por dicha corporación en sentencias No. 34069 del 28 de mayo de 2008, que ratifica la 32020 del 6 de diciembre de 2007, reiterada entre otras en la del 29 de noviembre de 2017 Rad: 51350, se obtiene:

$\$4.719,60 \times \frac{\text{IPC FINAL (IPC diciembre 2000 - 61.98903)}}{\text{IPC INICIAL (IPC diciembre 1977 - 0.67163)}}$

$\text{IPC INICIAL (IPC diciembre 1977 - 0.67163)}$

Total mesada pensional indexada a 13 de abril de 2001: \$435.602

Suma esta que resulta ser inferior a la otorgada por el a quo, por lo que dado el grado jurisdiccional que le asiste a la UGPP en lo que no apeló, en este sentido, se modificará la decisión de primer grado.

Prescripción

Al respecto, se tiene que la CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN suspendió el pago de la pensión sanción del actor a partir del 20 de noviembre de 2001 (fls. 71 a 73); el actor solicitó el restablecimiento de la misma ante la UGPP el 27 de junio de 2016 (fls. 74 a 79) y la demanda se presentó el 25 de octubre de 2018 (fl. 1), transcurriendo más de tres años entre la fecha en que fue suspendida la prestación y la de la reclamación, por lo que en los términos del artículo 151 del CPL, se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al **25 de octubre de 2015**, esto es, tres años hacia tras contados desde la radicación de la demanda, como lo dispuso el a quo.

Por ende, el retroactivo adeudado por la demandada entre el 25 de octubre de 2015 y el 31 de octubre de 2021, sin perjuicio de las mesadas que se sigan causando hasta su inclusión en nómina, aclarando que el mismo se calcula sobre 14 mesadas al año en la medida que el actor causó su derecho con anterioridad a la expedición del acto legislativo 01 de 2005, asciende a:

AÑO	VALOR MESADA	NÚMERO DE MESADAS POR AÑO	VALOR MESADAS POR AÑO
2001	\$435.602,00	0	Prescrito
2002	\$468.925,55	0	Prescrito
2003	\$501.703,45	0	Prescrito
2004	\$534.264,00	0	Prescrito
2005	\$563.648,52	0	Prescrito
2006	\$590.985,48	0	Prescrito
2007	\$617.461,63	0	Prescrito
2008	\$652.595,19	0	Prescrito
2009	\$702.649,24	0	Prescrito
2010	\$716.702,23	0	Prescrito
2011	\$739.421,69	0	Prescrito
2012	\$767.002,12	0	Prescrito
2013	\$785.716,97	0	Prescrito
2014	\$800.959,88	0	Prescrito
2015	\$830.275,01	5 días y 3 mesadas	\$3.629.204,03
2016	\$886.484,63	14	\$12.410.784,82
2017	\$937.457,50	14	\$13.124.405,05
2018	\$975.799,51	14	\$13.661.193,14
2019	\$1.006.829,93	14	\$14.095.619,02

2020	\$1.045.089,47	14	\$14.631.252,58
2021	\$1.061.915,41	11	\$11.681.069,51
TOTAL RETROACTIVO			\$83.233.528,15

Retroactivo que deberá ser indexado a la fecha inclusión en nómina, con base en la fórmula antes anotada, para lo cual la demandada deberá tomar como IPC INICIAL el de la anualidad anterior al de la causación de cada mesada y como IPC FINAL el de la anualidad anterior al de la fecha de pago.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas a cargo de la UGPP, cabe anotar que la misma deviene de lo normado en el numeral 1° del artículo 365 del CGP, sin que para ello sea dable analizar si actuación estuvo revestida o no de buena fe, pues ello no tiene injerencia alguna y en lo atinente al valor de las agencias en derecho fijadas en primera instancia, la misma deberá ser controvertida como lo establece el artículo 366 ibidem, de ahí que la Sala se abstenga de pronunciarse al respecto.

Así las cosas, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primera instancia, en lo que al valor de la mesada y retroactivo se refiere y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la UGPP.

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

RESUELVE:

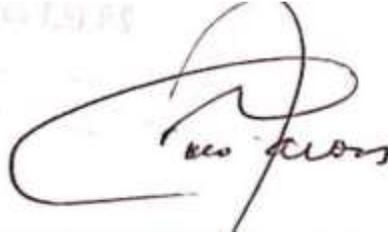
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada y consultada en el sentido de **CONDENAR** a la UGPP a reconocer la pensión sanción al demandante a partir del 21 de abril de 2001 en cuantía de \$435.602, la cual se pagará desde el **25 de octubre de 2015 en la suma de \$830.275.01**, cuyo retroactivo liquidado desde dicha data y hasta el 31 de octubre de 2021, sin perjuicio de las mesadas que se sigan causando hasta su inclusión en nómina,

asciende a **\$83.233.528,15**, el cual deberá indexarse al momento de su pago, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído de primera instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

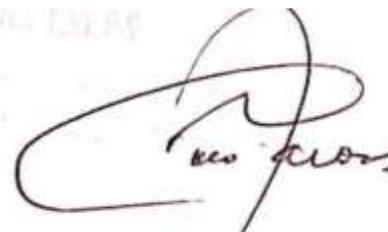
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

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



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

República de Colombia



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

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JORGE ELIECER PERDOMO CONTRERAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JORGE ELIECER PERDOMO CONTRERAS**, se **declare** que tiene derecho a seguir recibiendo la mesada catorce por ciento cumplió los requisitos contenidos en el parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 01 de 200. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la demandada al pago de la mesada adicional de junio de 2018, más el retroactivo indexado desde que se causó el derecho y hasta que se efectúe el pago, junto con la indemnización moratoria por el no pago de la mesada de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso (fls. 12 y 13).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 13), señaló que fue pensionado por COLPENSIONES desde el 2010, de conformidad con el Decreto 758 de 1990 y al momento de pensionarse recibía una mesada inferior a tres salarios mínimos, la cual al tenor de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de

2005 le da derecho a percibir la mesada catorce, al cual le fue pagada por la accionada hasta junio de 2017. Refiere que para 2018 el valor de la mesada era de \$2.202.671, esto es, inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes. Finalmente, sostiene que COLPENSIONES de manera arbitraria e injusta le interrumpió el pago de la mesada adicional, sin adelantar la acción de lesividad ni respetar los derechos adquiridos.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 31 a 34), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, niega los contenidos en los numerales 4 y 7 y acepta los demás. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 10 de marzo de 2020 (CD – fl. 43), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda, **declaró** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y **condenó** en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$250.000.

Fundamentó su decisión, indicando que al cumplir el demandante los requisitos para acceder a la pensión el 14 de noviembre de 2009 cuando arrobó a la edad de 60 años, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, su reconocimiento solo corresponde a 13 mesadas al año, salvo que percibiera una mesada igual o interior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes para ese momento, lo cual, contrario a lo afirmado en la demanda no corresponde al caso del accionante puesto que el salario mínimo para 2009 y 2010 equivalía a \$496.900 y \$515.000 respectivamente y al ser la mesada inicial reconocida de \$1.586.089 a partir del 14 de noviembre de 2009, claramente supera el monto de los tres salarios mínimos para esa anualidad y aún si se pensara que se debe tomar el salario del 2010, tampoco la mesada alcanza a ser inferior a ese monto. Refiere que se echa de menos lo afirmado en la demanda respecto al presunto reconocimiento de la mesada adicional de junio por parte de COLPENSIONES puesto que de la documental allegada se deduce lo contrario en la medida que la accionada negó el pago de dicha mesada por considerar que no se cumplían los requisitos de ley para ello,

además de no existir prueba del pago de esas mesadas por parte de COLPENSIONES para los meses de junio correspondientes a los años 2010 a 2017, sumado a que en la resolución que le reconoció la prestación nada se dijo sobre las mesadas adicionales, de ahí que considere deba absolverse a la demandada de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La parte de demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que si bien la carga de la prueba en el pago de las mesadas adicionales durante 7 años correspondía a la demandada, lo cierto es que esa entidad guardó silencio sobre esos pagos. Refiere que es un derecho adquirido el recibo de su mesada adicional ya que para el momento en que el fue suprimido ese pago en 2018, percibía menos de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que en ese sentido, considera se le está violando el debido proceso ya que COLPENSIONES menciona unas decisiones de carácter jurisprudencial donde dice que si hay un acto ilegal proferido por la entidad puede ser revocado sin necesidad de adelantar un proceso que en ese evento sería la acción de lesividad, lo que implica que está revocando sus propios actos cuando la ley se lo prohíbe. Finalmente, expone que la mesada adicional se le otorgó por haber cumplido su estatus de pensionado desde el 14 de noviembre de 2009 y cumplir con lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, la cual se le pagó durante 7 años, constituyendo un derecho adquirido y por ende tiene derecho a que se le siga pagando., en tanto tal situación afecta su patrimonio e ingresos.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante tiene derecho al pago de la mesada adicional de junio o mesada 14 desde el mes de junio de 2018, la cual aduce, le fue suspendida desde esa data.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor JORGE ELIECER PERDOMO CONTRERAS, conforme se infiere de la copia de la Resolución 100410 del 15 de enero de 2010 (fls. – 2 y 3), mediante la cual el ISS hoy COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez de conformidad con el

Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía de \$1.586.089, a partir del 14 de noviembre de 2009.

Mesada adicional de junio o mesada catorce

Aduce el demandante, que la demandada de manera unilateral le suspendió el pago de la mesada adicional de junio desde 2018, pese a que para esa fecha su mesada pensional fuera inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Al respecto, se tiene que el inciso 8° y el párrafo 6° del Acto Legislativo 01 de 2005, establecen:

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

(...)

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

Conforme a ello, es claro que las personas que causen el derecho a la pensión con posterioridad a la entrada en vigencia de dicho acto (29 de julio de 2005) y hasta el 31 de julio de 2011, tendrán derecho a percibir la mesada adicional de junio, siempre y cuando el valor de su mesada pensional no exceda los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Hecha la anterior precisión y descendiendo al caso objeto de estudio, encuentra la Sala que al actor le fue reconocida la pensión de vejez en cuantía de \$1.586.089 a partir del 14 de noviembre de 2009 y para esa anualidad el salario mínimo mensual ascendía a \$496.900, es decir, que tres salarios equivalían a \$1.490.700, suma esta que resulta inferior a la mesada percibida por el accionante, de ahí que en atención a lo dispuesto por el acto legislativo 01 de 2005, no tenga derecho a la mesada adicional de junio o mesada catorce.

Ahora, si bien la mesada pensional del accionante para el año 2017 dados los incrementos anuales, resultó inferior a los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, ello no implica que tenga derecho a la mesada adicional de junio pues cuando adquirió el derecho en 2009, la mesada superaba dicho monto sumado a que para 2017 y en los términos del acto legislativo 01 de 2005, ningún pensionado independientemente del valor de la mesada tiene derecho a la mesada catorce cuando el derecho se causó después del 31 de julio de 2011, luego al disminuir el valor de la mesada con posterioridad a dicha data, tampoco tendría derecho a la prestación aludida.

De otro lado, contrario a lo señalado por el recurrente, no se encuentra probado que la prestación se le haya reconocido sobre 14 mesadas y que la adicional de junio se suspendiera en junio de 2018, toda vez que revisado el expediente administrativo allegado por COLPENSIONES (CD – fl. 30), no se evidencia ningún pago por concepto de mesada adicional de junio, tan así, que en las respuestas dadas por la entidad al actor relativas al pago de dicha mesada, expone lo dicho por este Tribunal en apartes anteriores, en el sentido que no tiene derecho a esta, al ser el valor de la mesada reconocido en noviembre de 2009 cuando acusó el derecho a la pensión, superior a los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época, sin que alguna de esas comunicaciones reconozca o acepte que le venía pagando esa prestación.

De suerte, que la carga de la prueba sobre ese aspecto le correspondía al demandante, pues afirmar no es probar y por ende, en los términos del artículo 167 del CGP le correspondía probar los supuestos de hecho de las normas cuyos efectos jurídicos persigue, en este caso, que la mesada adicional de junio le fue reconocida desde que causó el derecho y que la demandada sin mediar explicación la suspendió en 2018, lo cual, como se dijo no se probó, de ahí que al juzgador le quede vedado hacer suposiciones basado en afirmaciones que carecen de sustento probatorio alguno.

Así las cosas como quiera que el actor no tiene derecho a la mesada adicional de junio, es por lo que se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

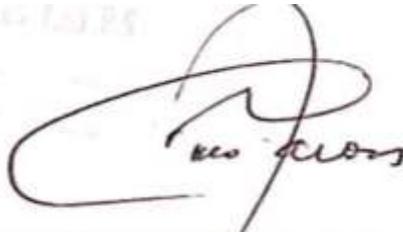
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

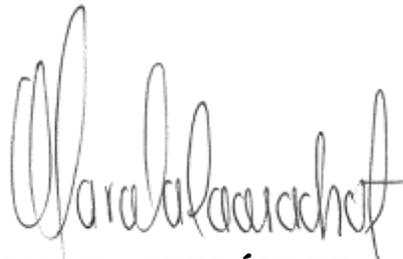
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

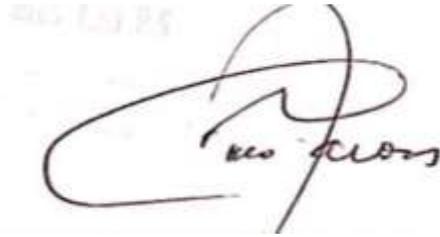


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

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

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



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

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE YENNY PAOLA PEÑA MARTÍN
contra CONSTRUCCIONES PLANIFICADAS S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **YENNY PAOLA PEÑA MARTÍN**, se **declare** la existencia de un contrato por obra o labor con CONSTRUCCIONES PLANIFICADAS S.A. desde el 6 de marzo de 2017 hasta el 12 de junio de 2018. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la demandada a reintegrarla a un cargo igual o de mayor jerarquía del cual ostentaba al momento del despido, junto con el pago de los salarios dejados de percibir desde el 12 de junio de 2018 y hasta que se haga efectivo el reintegro, además de los aportes a seguridad social y la indexación de las sumas adeudadas. En subsidio de lo anterior, solicita se **condene** a la accionada a al pago de la indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria (fls. 3 y 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 y 3), señaló que suscribió contrato de trabajo por obra o labor con la demandada el 6 de

marzo de 2017 para ocupar el cargo de residente auxiliar de obra. Refiere que el 5 de febrero de 2018 mientras realizaba sus funciones, sufrió un accidente de trabajo, siendo atendida por la ARL SEGUROS ALFA generándole una incapacidad por 4 días. Sostiene que el 10 de marzo de 2018 presentó un inconveniente en su rodilla izquierda, por lo que acudió a la EPS, donde se estableció que padece de ruptura de del ligamento cruzado anterior. Expone que ante esa situación, la ARL la remitió al ortopedista y traumatólogo, quien desde el 11 de abril le ha tratado su condición de salud. Menciona que en la actualidad se encuentra ante la junta Regional de Calificación de Invalidez el proceso de calificación del origen de su enfermedad. Aduce que el 12 de junio de 2018 fue llamada a descargos por supuestos incumplimientos en sus obligaciones sin cumplir con lo normado en el artículo 115 de CST y lo establecido por la Corte Constitucional. Afirma que ese día, le fue entregada la carta de terminación del contrato de trabajo con justa causa, por situaciones que no representan más allá de una sanción disciplinaria, lo cual se realizó sin la autorización del Ministerio de Trabajo. Finalmente, asegura que su acción no generó ningún daño a la compañía y el motivo de la terminación del contrato está basado en una política o procedimiento que no existe y de existir, nunca se contextualizó a los trabajadores.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CONSTRUCCIONES PLANIFICADAS S.A. contestó la demanda, en la que se opuso a las pretensiones de esta (fls. 55 a 94). Respecto a los hechos, los niega y no le constan en su totalidad. Como excepciones de mérito, formuló las de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en la demandante, enriquecimiento sin causa, pago, compensación, prescripción, alcance de la Ley 361 de 1997, improcedencia e imposibilidad del reintegro y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 29 de agosto de 2019 (CD – fl. 243), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la demandante.

Fundamentó su decisión, indicando que la demandante al finalizar la relación laboral tenía una afectación respecto de su rodilla izquierda, según se establece de la documental que aparece en el proceso, al igual que en el interrogatorio de parte señaló que cuando terminó el contrato de trabajo, no se encontraba incapacitada ni tenía recomendaciones médicas, como tampoco estaba en trámite de la pérdida de la capacidad laboral, por lo que si bien venía siendo tratada por una lesión de la rodilla, lo cierto es que de las pruebas allegadas no se establece algún informe o reseña que cumpla con la calificación de una limitación, sumado a que no existe una calificación de la PCL donde establezca que esta supera el 15% o al menos que estuviera en proceso de calificación, pues con anterioridad a la culminación del vínculo, lo único conocido era la existencia de una incapacidad de 3 días, empero, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, las incapacidades por sí solas no generan estabilidad laboral reforzada; de ahí que no se acredite que a la terminación del contrato de trabajo sufriera alguna limitación que la hiciera acreedora de la protección de la Ley 361 de 1997 y por ende, no gozaba de estabilidad laboral reforzada.

Sobre la indemnización por despido sin justa causa, sostiene que del acervo probatorio se colige que la empresa efectuó compra de 141 mallas a la empresa ALMASA cuyo pedido lo hizo la accionante directamente, de lo cual en la diligencia de descargos se observa contrario a lo dicho por la actora en su interrogatorio, que si tenía conocimiento de sus funciones y entre las cuales no aparece hacer pedidos directos a proveedores tal y como lo hizo el 19 de abril de 2018 al solicitar a ducha empresa las mallas con destino a la obra el EDEN, pues para eso, debía efectuar el requerimiento a Saul el encargado de compras con copia al almacén al igual que a su jefe Javier Toro. Menciona que la accionante debía efectuar el pedido y su jefe era quien realizaba la adquisición del material en el formato de solicitud de materiales el cual debía ir firmado por el residente administrativo y con el visto bueno del director de obra y control para llevarlo al almacén y solicitar el pedido; luego esta claro que la demandante no realizó tal procedimiento en la medida que lo hizo directamente. Asegura que se encuentra probado que en la compañía estaba la directriz dada por el residente administrativo de no realizar pedidos de mallas y alambres al proveedor ALMASA ya que debían

solicitarse a SINEDAL, lo cual no fue acatado por la actora como lo acepta en los descargos y en el interrogatorio donde acepta que recibió un correo electrónico en el que se le daba esa información pero que en ese momento no la recordó. Concluye, que la demandante si infringió las normas del reglamento interno de trabajo al no actuar de forma diligente al no tomar las precauciones debidas para no realizar pedidos de obra, por lo que podría decirse que usurpó funciones que no le competían, conducta que indica es grave, absolviendo a la demandada de dicha pretensión.

Finalmente en cuanto a la indemnización moratoria, indica que a la terminación del contrato de trabajo se le cancelaron a la demandante la totalidad de prestaciones sociales y salarios, los cuales le fueron pagados mediante cheque el 19 de junio de 2018, es decir, 7 días después de culminado el vínculo, lo que denota que el actuar de la accionada no estuvo revestido de mala fe.

CONSULTA

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

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si al momento de la culminación del vínculo que unía a la demandante con la demandada, aquella gozaba de estabilidad laboral reforzada y en caso afirmativo, establecer si el despido lo fue con ocasión a su condición o si, por el contrario, medio una justa causa para ello y, por ende, analizar la procedencia del reintegro. De otro lado y en caso de que no exista estabilidad laboral, se estudiará si la accionante tiene derecho a la indemnización por despido sin justa causa y a la indemnización moratoria.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre las partes, conforme se infiere de la documental de folios 96, 97, 167 y 168, de donde se colige, que la señora YENNY PAOLA PEÑA MARTÍN laboró al servicio de CONSTRUCCIONES PLANIFICADAS S.A. mediante contrato de trabajo por obra o labor determinada, desempeñando el cargo de residente auxiliar de obra, del 6 de marzo de 2017 al 12 de junio de 2018, con un salario de \$3.428.750.

Estabilidad laboral

La interpretación que la Sala hará en este caso, desde el punto de vista de las nuevas orientaciones que últimamente han sosteniendo tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, en el sentido que las normas legales se deben interpretar a la luz de los principios y valores constitucionales, a partir de la Constitución Política de Colombia desde el año 1991, en cuanto a que estos priman sobre las normas legales que los contrarían, tal como lo establece el artículo 4 constitucional. Igualmente, el artículo 93 ibidem, refiere que los derechos establecidos en la carta política y la Ley se interpretaran conforme a los estándares internacionales, por lo tanto, implica darle un repaso a los valores y principios que establece la Constitución y luego, aplicar las normas laborales de carácter legal a la luz de dichos principios y normas constitucionales.

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

Así mismo, se indica que es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia, acatar la Constitución y que uno de LOS DERECHOS FUNDAMENTALES es el trabajo, el cual constituye una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado, de ahí

que toda persona tenga derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, además de ser libre de escoger profesión u oficio.

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

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

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

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

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

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

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

“4.7. Según lo anterior, la Constitución consagra el derecho a una estabilidad ocupacional reforzada para las personas en condiciones de debilidad manifiesta por sus problemas de salud. Ahora bien, como se pudo observar, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no solo quienes han tenido una pérdida ya calificada de capacidad laboral en un grado moderado, severo o profundo –definido conforme a la reglamentación sobre la materia-, sino también quienes

experimentan una afectación de salud que les “impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares” (sentencia T-1040 de 2001). La experiencia acumulada por la jurisprudencia muestra que estas personas están también expuestas a perder sus vínculos ocupacionales solo o principalmente por ese motivo y, en consecuencia, a ser discriminados a causa de sus afectaciones de salud.”

(...)

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

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

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

(...)

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

Hechas las anteriores precisiones, lo primero que debe resaltar la Sala es que no era necesario como lo refiere el a quo, que la demandante acreditara un grado de discapacidad entre grave, severa y profunda al momento del despido, pues de la jurisprudencia en comento, es claro que al trabajador

únicamente le corresponde demostrar que al momento de la culminación del vínculo se encontraba en una situación de salud que le impedía o dificultaba el cabal desempeño de sus funciones, para que se configure la estabilidad laboral reforzada y por ende, al empleador acreditar las justas causas alegadas; de manera que, no se requiere la existencia de una calificación previa que acredite una pérdida de la capacidad laboral superior al 15%.

En ese orden de ideas, de la documental que obra en el proceso (fls. 16 a 22), se extrae que la accionante sufrió un accidente de trabajo el 6 de febrero de 2018 que le produjo una lesión en la rodilla izquierda de lo cual le generaron unos días de incapacidad. Posteriormente, desde el 14 de marzo de 2018 empezó a ser tratada por la EPS para lo cual se le ordenaron una serie de exámenes y finalmente el 11 de abril de 2018, inició atención con el ortopedista de la ARL, quien le otorgó una cita de control para junio de 2018.

De otro lado, la accionante en el interrogatorio de parte, señaló que para la fecha de terminación del contrato de trabajo, no se encontraba incapacitada, no tenía recomendaciones como tampoco estaba en proceso calificación de la pérdida de la capacidad laboral.

Bajo ese entendido, es claro que la accionante al momento del despido, si bien presentaba una lesión en su rodilla izquierda para lo cual, se encontraba asistiendo a citas de control, no por ello puede decirse que gozaba de estabilidad laboral reforzada, toda vez para dicha data, no estaba en tratamiento, incapacitada o con recomendaciones, sumado al hecho que su empleador para ese entonces no tenía conocimiento de sus problemas de rodilla, pues como lo afirma la actora en su interrogatorio, solo cuando le entregaron la carta de culminación, informó sobre su padecimiento en la rodilla.

Conforme a ello, resulta claro que la actora como lo señaló el a quo, al finiquitar el vínculo con la demandada no gozaba de estabilidad laboral reforzada, por lo que sobre este punto se conformará el proveído de primer grado, relevándose la Sala del estudio del reintegro y demás pretensiones derivadas del mismo, como quiera dependían de la prosperidad de aquella.

Terminación del contrato de trabajo – indemnización por despido

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

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

En efecto, a folios 160 a 164 aparece comunicación del 12 de junio de 2018, mediante la cual la demandada le informa a la accionante la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo aduciendo como justa causa, el realizar pedidos directamente a los proveedores sin estar autorizada para ello, a solicitar al proveedor ALMASA mediante correo del 19 de abril de 2018, 141 mallas con destino a la obra el EDEN sin haber diligenciado el formato de solicitud de materiales, pasó por alto que el 16 de marzo el almacenista remitió un correo informando que tales materiales entre otros, no podían solicitarse a ese proveedor sino a SIDENAL S.A., formalizando la solicitud de pedido de materiales solo hasta el 24 de abril, pese a que las mallas habían ingresado desde el 21, sumado a que no informó al residente administrativo de la compra.

En diligencia de descargos celebrada el 12 de junio de 2018 (fls. 151 a 159), la actora señaló que para solicitar el acero, debía enviar un correo a Saul de compras con copia a Oscar de almacén y a su jefe Javier Toro, al igual que manifestó que sabía diligenciar el formato de solicitud de materiales para realizar la solicitud de compras al almacenista y que no podía enviar correos a los proveedores solicitando materiales. Señaló que cometió un error al no copiar el correo al almacenista y que no diligenció el formato de solicitud de materiales el 19 de abril de 2018 con el fin de realizar el requerimiento de

141 mallas al almacenista, al igual que afirmó que no tenía autorización de su jefe inmediato para efectuar el requerimiento al proveedor ALMASA de manera directa sin diligenciar el aludido formato y que no lo hizo porque el proveedor tiene 7 días para allegar el material y pensaba hacerlo al día segundo pero no pensó que lo fueran a traer antes de ese tiempo. Indicó que tenía conocimiento que a dicho proveedor no de le estaban haciendo pedidos de materiales porque había un correo del 16 de marzo de 2018 el cual no recordó y que la formalización del pedido efectuado el 19 de abril lo formalizó el 24 del mismo mes y año, porque el lunes se hizo la verificación de precios. Finalmente, expone que no quiso pasar el procedimiento por alto, que fue un error y que era consiente que debió informarlo al residente administrativo, de quien no siguió sus indicaciones.

De otro lado, en el interrogatorio de parte contrario a lo manifestado en la diligencia de descargos, indicó que es falso que no estuviera autorizada para realizar ese pedido, que el procedimiento de compras no fue socializado y que envió el correo directamente al proveedor porque así se lo explicaron, que solicitud de pedidos y la legalización del pedido la hace su jefe.

MURICIO PATIÑO gerente de diseño de la demandada, refirió que los residentes auxiliares no estaban autorizados para hacer compras y el procedimiento para ello consiste en que el residente de obra debe mandar una solicitud al almacén donde dice que necesita, el almacén debe tener inventario de lo que hay allí y si lo puede suministrar o si tiene que hacer un pedido y lo envía a compras y el director de compras es el que hace directamente el pedido al proveedor y ese envío llega a almacén y el almacenista es quien debe recibir los insumos. Expone que se envió un correo informando que no se podían hacer pedidos a ALMASA.

JAVIER FERNANDO NOVOA residente auxiliar de obra de la empresa, expuso que quienes ocupan su cargo no pueden hacer pedidos directamente ya que eso lo hacia compras.

CESAR DAVID PÉREZ OSPINA director de compras de la empresa, indicó que la accionante cometió una falta a los procedimientos de compras, en el cual, el residente del proyecto debe solicitar al almacén los requerimientos

que necesiten, el almacenista, debe generar un pedido que debe ser validado por residente administrativo y por intermedio de este, reciben en el departamento de compras y ellos lo transfieren a los proveedores para que gestionen el despacho. Expuso que se dieron cuenta de la forma en que se realizó la compra, por una llamada del proveedor ALMASA, advirtiéndole una inconsistencia en un despacho específicamente y lo que les advertía era que un camión había descargado unas mallas en el proyecto y ellos por monitoreo GPS identificaron que descargó y que luego hizo otra parada irregular de acuerdo a lo que ellos manejan, lo cual desencadenó una investigación al interior de la empresa y producto de eso se hizo un chequeo aleatorio a las mallas y se identificó que coincidentalmente se habían comprado 141 mallas y de esas solo se tenía registro de 100 en el proyecto físicas. Sostiene que la accionante no solicitó autorización para efectuar la compra y fue ella quien directamente las recibió y legalizó la compra con posterioridad, lo cual generó que compraran las mallas por un valor más alto.

De lo anterior se colige, que la accionante faltó a sus obligaciones al tenor de lo establecido en el literal a) de artículo 43 del reglamento interno de trabajo, consistentes en: *“realizar personalmente la labor en los términos estipulados y actuar y cumplir el reglamento interno de trabajo e instrucciones que de forma particular imparta la empresa o sus representantes según el orden jerárquico establecido.”*, lo cual, al tenor de lo dispuesto el literal d) del artículo 46 de dicho reglamento, constituye una falta grave.

Conclusión a la que llega la Sala, teniendo en cuenta que la accionante pese a que en el interrogatorio indique lo contrario, tenía conocimiento del procedimiento para efectuar compras y de las funciones a su cargo, dentro de las que no se encuentra el realizar compras directamente, empero, realizó una función que no tenía asignada y que correspondía a su jefe en conjunto con el almacén y compras, además de pasar por alto la orden dada por este y de la cual también tenía conocimiento, relacionada con no efectuar pedidos al proveedor ALMASA, sin embargo, lo hizo aduciendo que por error olvidó el correo.

Situaciones estas que contrario a lo señalado por la actora en el escrito de demanda, generaron un perjuicio a la empresa en tanto adquirió la malla por un precio más alto, sumado a que para ello, ya se había establecido y así se le indicó en el mencionado correo, que quien estaría a cargo de esos materiales era SIDERURGICA NACIONAL.

Aunado a ello, formalizó la compra solo hasta cuando llegó el material lo cual debió hacer con antelación, lo recibió sin estar autorizada, no diligenció el formato de compras y efectuó el pedido a ALMASA sin permiso para ello y de tenerlo, no informó a compras, almacén y a su jefe directo como lo indica el procedimiento.

Ahora, en lo atinente al debido proceso, pues la demandante en los hechos de la demanda aduce que no se siguió el mismo, es pertinente señalar que sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia SU 449 de 2020, señaló:

“(..). Se debe garantizar al trabajador el derecho a ser oído o de poder dar la versión sobre los hechos, antes de que el empleador ejerza la facultad de terminación, cuya aplicación, entiende la Corte, se extiende para todas las causales, pues ellas, más allá de que no tengan un contenido sancionatorio, sí envuelven elementos subjetivos y objetivos de valoración, respecto de los cuales, en términos de igualdad, se debe permitir un escenario de reflexión e interlocución, ya sea en una audiencia o en cualquier otra vía idónea de comunicación, con miras a que el trabajador pueda defenderse frente a los supuestos que permitirían su configuración y, dado el caso, si así lo estima pertinente el empleador, retrotraerse de la decisión adoptada”.

“En todo caso, el derecho a ser oído opera como una garantía del derecho de defensa del trabajador y no como un escenario de agotamiento del debido proceso (...). Esto implica que, si bien el trabajador tiene el derecho a cuestionar y de exponer los motivos que permitan enervar la causal, y tal alternativa debe ser garantizada por los empleadores, ello no significa que tenga que establecerse un proceso reglado para tal fin (salvo que las partes así lo acuerden), con etapas de contradicción, pruebas y definición respecto de la validez de la causal alegada.”

Hechas la anterior precisión, observa la Sala que la empresa no tiene establecido un procedimiento en caso de despido, sin embargo, previo a tomar la decisión de despedir a la accionante con justa causa la citó y escucho en descargos, tan así que en la citación indicó los motivos de la misma; de ahí que no se evidencia una violación al debido proceso como se indicó en el introductorio.

Bajo ese entendido, no cabe duda de que se encuentra probada la justa causa invocada por la empresa para dar por terminado el contrato el trabajo de la demandante, como lo indicó el juzgador de primer grado.

Indemnización moratoria

De plano, encuentra esta Colegiatura que la misma no está llamada a prosperar, toda vez que el contrato que unió a las partes culminó el 12 de junio de 2018 y el 15 del mismo mes y año esto es, 3 días después, le fue cancelada la liquidación final de prestaciones sociales, conforme se infiere de la copia de la liquidación y el cheque de folios 168 y 169 y que contiene la firma de recibido de la promotora del litigio, cumpliendo la accionada en tiempo, con las obligaciones a su cargo.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

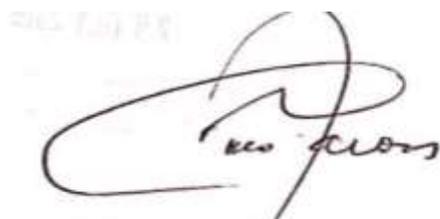
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de consulta, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia



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

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ STELLA FRASICA MEDELLIN
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **LUZ STELLA FRASICA MEDELLIN**, se **declare** la nulidad del traslado del régimen que realizó el 10 de febrero de 2000 del ISS hoy COLOPENSIONES a COLFONDOS. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** a COLFONDOS traslade a COLPENSIONES el saldo total de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, se **condene** a COLPENSIONES a realizar las gestiones encaminadas a anular el traslado del régimen aprobado por el ISS y actualizar en semanas de cotización el saldo el saldo de la cuenta que sea trasladado por COLFONDOS, se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con los reajustes legales y mesadas adicionales a partir del 13 de febrero de 2017, además de los intereses moratorios lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 4 y 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 a 7), señaló que cotizó al RPM del 7 de mayo de 1981 al 31 de enero de 2000, un total de 611.29 semanas. Indicó que el 10 de febrero de 2000 se trasladó del RPM al RAIS a través de COLFONDOS, quien no le dio a conocer los riesgos que implicaba su traslado, ni una proyección de la mesada en ambos regímenes, pues solo le dijo que se podía pensionar a la edad que quisiera y con una mesada superior a la que recibiría con el ISS. Expone que la AFP debió informarle sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión. Sostiene que el 3 de abril de 2018 radico formulario de vinculación a COLPENSIONES con la cual solicitaba su traslado a esa entidad, sin que hasta la fecha haya obtenido respuesta. Finalmente, afirma que el 24 de abril de 2018, solicitó a COLFONDOS si reingreso a COLPENSIONES y el traslado de los aportes a esta. La cual fue rechazada por aquella, bajo el argumento que le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de jubilación.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 54 a 61). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2, 13 y 14 parcial y no le constan los demás. Formuló las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, y compensación.

COLFONDOS contestó el libelo (fls. 88 a 103), oponiéndose a las pretensiones de este. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 3, 13 y 15 y niega y no le constan los demás. Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a COLFONDOS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 12 de marzo de 2020 (CD – fl. 123), **declaró** la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS administrado por COLFONDOS, **condenó** a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, **declaró** que la actora para efectos pensionales se encuentra afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES, **declaró** que la demandante cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez prevista en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la accionante la pensión de vejez a partir del día siguiente en que se efectúe el retiro del sistema, la cual deberá calcularse tomando como IBL lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicando la tasa de reemplazo de conformidad con el artículo 34 ibidem, por trece mesadas al año, aplicando los reajustes anuales, **absolvió** a COLPENSIONES de las demás pretensiones de la demanda, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que la Corte Suprema de Justicia ha efectuado múltiples pronunciamientos sobre el tema, donde ha concluido que es un deber de las AFP brindar la información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el régimen anterior y sus posibles consecuencias futuras, además de las características, ventajas y desventajas, operando la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, siendo procedente la ineficacia si se tiene o no un derecho consolidado, si se está o no frente al beneficio de la transición o si está o no próximo a pensionarse, pues lo que se discute es la validez o no del traslado de régimen. Refiere que en el presente caso, aunque no se este frente al beneficio de la transición lo cierto es que si está en discusión la validez del traslado por la falta de información que debió recibir al momento de su afiliación, donde debe concluirse que debe brindarse una

asesoría clara y suficiente que implique los aspectos antes anotados y en caso de no darse recae en una ineficacia y no nulidad. Menciona que COLFONDOS no allegó ningún elemento probatorio con el propósito de acreditar que en el caso en particular le suministró a la parte actora la información necesaria y relevante que llevo consigo la decisión de trasladarse de régimen pensional, sin que haya cumplido con la carga de la prueba que le asiste, dado que no se puede demostrar que para el año 2000 haya recibido información clara, veraz, precisa, suficiente y oportuna para adoptar la decisión, como lo establece la jurisprudencia al momento de la afiliación inicial y por ende, considera se debe declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional. En cuanto a la pensión de vejez, señala que el 13 de febrero de 2017 cumplió 57 años de edad y según el reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES y COLFONDOS, acredita un total de 1.554,29 semanas, cumpliendo con los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 1993, la cual solo podrá disfrutar a partir de que se efectúe el retiro del sistema, teniendo en cuenta que la actora en su interrogatorio claramente establece que continua laborando y efectuando aportes al sistema. Sobre monto de la pensión, expone que esta debe calcularse según los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años o con toda la vida laboral el que le resulte más favorable, al igual que la prestación se pagará sobre 13 mesadas al año, además de los reajustes de ley.

APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, manifestando que no existen elementos que evidencien vicios en el consentimiento o dolo en el presente caso, pues no había una expectativa legítima para el actor, como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión, sumado a que no era beneficiaria del régimen de transición para proceder a su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU 130 de 2013, por lo que deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el régimen al cual se encuentra afiliada en este caso, la AFP COLFONDOS, al igual que en este asunto no se logró probar una información equivocada por parte del fondo, máxime si para la época del traslado estos solo tenían la obligación de

brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto señala no hay lugar a la ineficacia solicitada, pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la accionante y se evidencia que continuó en el RAIS de manera libre y voluntaria.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP COLFONDOS es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, debe trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual y si esta, se encuentra obligada a recibirla junto con tales dineros; al igual dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste a COLPENSIONES respecto de lo que no apeló, se analizará lo relativo a la pensión de vejez.

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

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben

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

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora LUZ STELLA FRASICA MEDELLIN en febrero de 2000, se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS donde se encuentra afiliada en la actualidad; efectuando cotizaciones en el RAIS desde febrero de 2000 a la fecha (fls. 22 a 24), pues así se desprende del reporte de cotizaciones efectuadas a esta. Así mismo, de la historia laboral emanada de COLPENSIONES (fl. 66 a 70), se evidencia que aportó al ISS de forma interrumpida desde el 7 de mayo de 1981 al 30 de enero 2000.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien no se discute que la accionante al momento de afiliarse al RAIS lo hizo de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues COLFONDOS, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

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

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarla y no de aquel de buscar la información por sus propios medios.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a COLFONDOS, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, lo cual evidentemente no se probó, tan así, que no se aportó el formulario de afiliación a esta, lo que denota que la accionada no tenía conocimiento en qué condiciones se dio el traslado; de ahí que se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, tal situación trae consigo que COLFONDOS se obligue a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir los aportes provenientes de aquella y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de

2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, en la primera de ellas en la que indicó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de COLPENSIONES, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a aquella de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibirlos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Adicional a ello y en lo que tiene que ver con las sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, como lo dispuso la Corte en el proveído en cita, las AFP deben asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en este caso, los referidos gastos de administración, en la

medida que el demandante nada tuvo que ver con la falta de información que se le endilgó en este caso a COLFONDOS, de ahí que dada la ineficacia de ese traslado inicial, las cosas vuelvan a su estado original y por ende, se deben devolver tales rubros.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Pensión de vejez

Al respecto, se tiene que no se discute el hecho que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que la norma aplicable para su derecho pensional, es el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, el cual exige para el reconocimiento de la pensión de vejez, acreditar 57 años de edad la mujer, 62 el hombre y 1300 semanas cotizadas en cualquier tiempo.

Al constatar si la actora acredita tales requisitos, se tiene que el 13 de febrero de 2017 cumplió 57 años (fl. 17), al igual que según el reporte expedido por COLFONDOS y COLPENSIONES (fls. 22 a 24 y 66 a 70), **cuenta con 1.554,29 semanas cotizadas a 30 de junio de 2018**, cumpliendo con los requisitos exigidos en la norma en cita, para acceder a la prestación reclamada.

En cuanto a la fecha de exigibilidad de la prestación y monto de la misma, esta lo será a partir del día siguiente en que la actora acredite su retiro del sistema, en la medida que tanto del reporte se cotizaciones como lo de lo

dicho por aquella en su interrogatorio, se evidencia que a la fecha continua activa cotizando; cuyo IBL y tasa de remplazo se calcularán con base en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, este último modificado por el artículo 10° de la Ley 797 de 2003, dado el número de semanas y salarios sobre los cuales haya cotizado al momento de hacerse exigible la pensión, la cual se otorgará por 13 mesadas al año, junto con los reajustes legales, como lo señaló el a quo.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado.

COSTAS

En esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

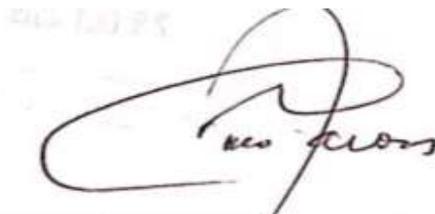
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, según las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular stamp or watermark.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

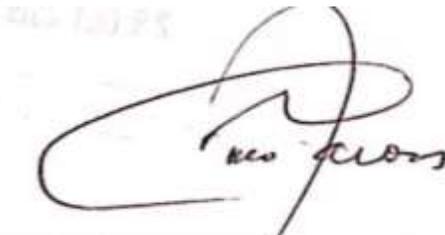
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

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



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

República de Colombia



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

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MIGUEL HUMBERTO MELO BAEZ Y LUIS ALBERTO SÁNCHEZ ALVEAR contra UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP Y FIDUCIAR S.A. integrante del consorcio remanentes TELECOM – PAR TELECOM Y TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretenden los señores **MIGUEL HUMBERTO MELO BAEZ Y LUIS ALBERTO SÁNCHEZ ALVEAR**, se **declare** que los contratos de trabajo suscritos con TELENARIÑO S.A. ESP fueron terminados sin justa causa imputable al empleador, que son beneficiarios de la convención colectiva de trabajo vigente al momento de la culminación del vínculo y que la pensión de jubilación convencional debe ser liquidada con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios. Como consecuencia de lo anterior, solicitan se **condene** a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional desde el 2006, junto con los incrementos anuales, sanción moratoria, indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho. En subsidio, piden se de aplicación a la convención colectiva de trabajo vigente a la

terminación del contrato a criterio del despacho y quedar demostrado unas condenas superiores a las solicitadas, se haga de acuerdo con el criterio del despacho y haciendo uso del principio de favorabilidad, que se condene por valores no tenidos en cuenta en las pretensiones de la demanda y que se hayan demostrado en el proceso y condenar de acuerdo a las normas más favorables que los beneficien (fls. 12 a 20).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 12), señalaron que se vincularon con la extinta TELENARIÑO S.A. ESP en calidad de trabajadores oficiales. Refieren que el contrato culminó por decisión del empleador a través de comunicado del 31 de marzo de 2006, en razón a la finalización del proceso de liquidación. Sostienen que CAPRECOM les otorgó la pensión de jubilación convencional, establecida en el artículo 31 de la convención colectiva de trabajo 2002 – 2003. Exponen que la demandada les adeuda la diferencia entre el valor reconocido por concepto de pensión de jubilación convencional y el valor de la mesada a título de terminación sin justa causa del contrato consagrada en el párrafo de la referida norma. Finalmente, mencionan que elevaron reclamación ante las demandadas las cuales le fueron negadas por estas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

LA UGPP contestó la demanda (fls. 232 a 240), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, niega y no le consta los contenidos en los numerales 11 a 13 del acápite de cada demandante y acepta los demás. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, imposibilidad de condena en costas y no pago de los intereses moratorios.

FIDUCIAR S.A. integrante del consorcio remanentes TELECOM – PAR TELECOM Y TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN contestó el introductorio, oponiéndose a sus pretensiones (fls. 244 a 259). Respecto a los hechos, no le constan en su totalidad. Formuló las excepciones de inexistencia de relación laboral entre el demandante y el PAR TELECOM, imposibilidad para proferir sentencia de fondo contra el PAR, prescripción, inexistencia de requisitos para la reliquidación o pensión reclamada, inexistencia de la obligación, pago y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 18 de junio de 2020 (CD – fl. 293), **declaró** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido formulada por la UGPP e inexistencia de los requisitos para la reliquidación y pensión reclamada, inexistencia de la obligación y pago formuladas por el PAR, **absolvió** a las demandadas de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a los accionantes, incluyendo como agencias en derecho la suma de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de cada uno de ellos.

Fundamentó su decisión, indicando que está probado en el proceso que a los demandantes se les reconoció pensión de jubilación convencional por parte de CAPRECOM hoy UGPP, en los términos del artículo 31 de la convención colectiva de trabajo 2002 – 20031 a igual que se acredita que los contratos de trabajo culminaron con ocasión de la liquidación de TELENARIÑO el 31 de marzo de 2006, culminando las relaciones laborales sin justa causa, en tanto la causal invocada por la empresa pese a ser legal no esta catalogada como justa, como así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, lo cual encuentra sustento en el hecho que a los accionantes se les otorgó una indemnización por despido sin justa causa. Sostiene que en principio los actores tendrían derecho a la pensión de jubilación consagrada en el literal f) del parágrafo del artículo 31 de la convención colectiva de trabajo, por haber culminado su contrato sin justa causa, empero, no hay lugar a la reliquidación en la medida que la parte actora incurre en un error de interpretación en cuanto al monto de la mesada pensional que les correspondería en caso de aplicarse dicha disposición, en tanto esta dispone que la mesada será el 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicios, a lo que aporta una certificación de la totalidad de pagos recibidos en el último año los cuales pretende le sean reconocidos como factores salariales, no obstante, debe tenerse en cuenta el decreto 1158 de 1994 que señala cuales son los factores a tener en cuenta, de los cuales solo podría tomarse el salario habida cuenta que los demás no constituyen salario, remitiéndose a los artículos 127 y 128 del CST que indica los factores que no constituyen salario, lo que conllevaría a una mesada pensional inferior a la que les fue otorgada. Menciona que la Corte Suprema de Justicia en un caso de similares características al presente, al liquidar el monto de la pensión, señaló que los factores a tener en cuenta no son todos los devengados en el último año, pues para ello se debe tomar una sesentava parte de la prima de antigüedad devengada en ese periodo más el salario. Aduce que

al reliquidarse la prestación en la forma antes indicada, esta sería como se dijo, inferior a la que le fue reconocida en su momento por CAPRECOM. Finalmente, señala que sería contradictorio que se le otorgue una mejor pensión a una persona que laboró por un espacio menor de tiempo, lo cual no tendría lógica, sumado a que la Corte ya indicó como se liquidar este tipo de pensiones; de ahí que considere, se deba absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

Los demandantes interpusieron recurso de apelación, manifestando que desafortunadamente existe una orientación jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia, en un sentido contrario por parte de los Magistrados de Descongestión los cuales se han ido en sentido contrario a lo señalado por los Magistrados titulares y por ello no les asiste razón. Refiere que es ley para las partes lo establecido en las convenciones colectivas de trabajo y por ende son las que deben reglar para ese momento en que adquirieron su derecho los trabajadores. Sostiene que en la convención 1998 – 1999 se dice que factores son salario sin que tales aspectos haya sufrido modificación alguna en convenciones posteriores. Expone que el PAR en su momento calculaba el promedio mensual sobre todo lo devengado en el último año de servicios. Finalmente, menciona que la Corte en tratándose de un proceso de similares características, sus Magistrados en este caso los titulares, ordenan el reconocimiento de la pensión con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, que contradice la sentencia que tomó el juez para tomar su decisión.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si los demandantes tienen derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación convencional en los términos del parágrafo literal f) del parágrafo del artículo 31 de la convención colectiva de trabajo 2002 – 2003 suscrita entre SINTRATELENARIÑO y TELENARIÑO S.A. ESP y en caso afirmativo, determinar los factores salariales a tener en cuenta para su liquidación y si hay lugar por parte de la demandada al pago de alguna diferencia pensional.

Status de pensionados

No es tema de controversia la calidad de pensionados de los demandantes, lo cual fue aceptado por la UGPP en la contestación de la demanda y que se corrobora con la copia de la Resolución 2697 del 19 de diciembre de 1997 (fls. 39 a 44), mediante la cual CAPRECOM le otorgó la pensión de jubilación convencional al señor MIGUEL HUMBERTO MELO BAEZ en los términos del literal d) artículo 31 de la convención colectiva de trabajo 2002 – 2003, en cuantía de \$1.904.297 a partir del 1° de abril de 2006.

En igual sentido, dicha entidad a través de la Resolución 2523 del 24 de noviembre de 2006 (fls. 93 a 97), le reconoció la pensión de jubilación convencional al señor LUIS ALBERTO SÁNCHEZ ALVEAR en los términos del literal d) artículo 31 de la convención colectiva de trabajo 2002 – 2003, en cuantía de \$1.536.734 a partir del 1° de abril de 2006.

Reliquidación de la pensión de jubilación convencional

Solicitan los accionantes la reliquidación de la pensión de jubilación convencional, de conformidad con el párrafo literal f) del artículo 31 de la convención colectiva de trabajo 2002 – 2003 suscrita entre SINTRATELENARIÑO y TELENARIÑO S.A. ESP, la cual dispone:

“f) Cuando un trabajador sea despedido injustamente de su cargo, después de haber cumplido 15 años de servicio a la EMPRESA, se le reconocerá una pensión equivalente al 75% del promedio mensual de los salarios devengados en el último año de servicio”.

Al constatar si los actores acreditan tales requisitos, no se discute que laboraron al servicio de TELENARIÑO en el caso señor MELO BAEZ, del 23 de marzo de 1984 al 31 de marzo de 2006, para un total de 22 años y 8 días (fls. 33 a 35) y el señor SÁNCHEZ ALVEAR, del 2 de enero de 1985 al 31 de marzo de 2006 (fls. 87 a 89), para un total de 21 años, 2 meses y 29 días.

Ahora en cuanto a las causas que dieron origen al retiro de la entidad, mediante misiva del 31 de marzo de 2006 (fls. 45 y 98), el apoderado general de las TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN le informó a los accionantes, la terminación de los contratos de trabajo a partir de dicha data, dada la culminación del proceso de liquidación de la entidad, conforme a lo dispuesto en los decretos 1607 del 12 de junio de 2003 y 261 de 2006. Circunstancia esta

que si bien se enmarca dentro de la causal contenida en el literal f) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 para culminar la relación laboral, lo cierto es que la misma es una causa legal y no justa para finiquitar el vínculo, pues no se encuentra dentro de las enlistadas como tales en el artículo 48 de la referida obra; luego al invocarse como fundamento para terminar el vínculo, hace que dicha determinación pese a ser legal se torne injusta, como así lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia 50684 del 24 de enero de 2018, en la que hace alusión a la SL 603 del 25 de enero del 2017 radicado 61091 y SL 649 del 27 de enero del 2016 radicado 49595 en las cuales cita la SL – 579 de 2014, indicando:

“La discusión a la que se hace referencia ha tenido por parte de esta Sala múltiples y uniformes pronunciamientos en el sentido de señalar que no obstante haberse extinguido, de manera unilateral por la entidad o en liquidación o en reestructuración la relación laboral que trabó a las partes, en atención a razones de orden legal, tal circunstancia no se halla dentro de las causales establecidas por el artículo 48 del Decreto 2127 de 1945 como «justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo» y en virtud a ello, es decir, al carácter taxativo de la disposición no es posible valorar de justa la señalada causa legal.”

(...)

“Se infiere de lo anterior que, cuando se hace referencia al despido sin causa justa, no se excluye al que se opera, por decisión unilateral del empleador, con autorización legal distinta a la que establece las justas causas de despido, porque no se puede equiparar la legalidad de la terminación del vínculo con el despido precedido de justa causa. De tal suerte que aun cuando, para el sector oficial, el artículo del Decreto 2127 de 194 (sic) establece los modos de finalización del vínculo laboral, únicamente constituyen justa causa, como ya se expresó, los consagrados en los artículos 16, 48 y 49 del mismo decreto, aludidos también en el literal g) del citado artículo 47.”

Por lo anterior, es claro para la Sala que los contratos de trabajo que unieron a los demandantes con TELENARIÑO S.A. ESP terminaron sin justa causa conforme lo indicó el a quo, pese a que la decisión de la entidad se ampare en una causa legal de terminación, de ahí que se den los presupuestos para que los actores accedan a la pensión contenida en el parágrafo literal f) de artículo 31 de la convención colectiva de trabajo 2002 – 2003.

Ahora en cuanto al monto de la mesada pensional, debe tenerse en cuenta que dicha normatividad señala que será el “... equivalente al 75% del promedio mensual de los salarios devengados en el último año de servicio”.

Así mismo, el artículo 18 del acuerdo convencional, define lo que es sueldo y salario, a saber:

“ARTICULO 18. DEFINICION

A partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo en LA EMPRESA se denominará SUELDO, a las asignaciones básicas que devenguen los trabajadores y SALARIO, el sueldo básico más los incrementos salariales, convencionales y legales pactados.”

Y en relación con los incrementos allí enunciados, el referido instrumento colectivo, contempla en el artículo 20, que la empresa se compromete a incrementar el sueldo básico mensual de cada uno de los trabajadores, en el valor del IPC causado en el año anterior, certificado por el DANE.

Hechas las anteriores precisiones, si bien a folios 33 y 87 están las certificaciones expedidas por TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN, en las que hace contar que los aquí accionantes devengaron en el último año de servicios: sueldo, subsidio de transporte, subsidio de alimentación, vacaciones, prima de navidad, de servicios, de vacaciones y saturación, lo cierto es que dentro de la definición de salario que trae la convención no se incluyen las primas y vacaciones, tan así, que de la lectura de los artículos 22 a 28 de la convención los cuales definen estas prestaciones, en ninguno de ellos se dice que estos constituyen factor de salario para liquidar la pensión de jubilación contenida en el artículo 31 de dicho acuerdo en todas sus modalidades, pues solo hacen alusión a los factores que se deben tener en cuenta para liquidar esas primas como tal.

Aunado a ello, el referido artículo 31 en las diferentes modalidades de pensión que consagra, en lo referente a la cuantía de estas, señala que la misma se integrará por el sueldo básico, más el subsidio de transporte y alimentación, estos últimos que al tenor de lo dispuesto en los artículos 35 y 36 de la convención hacen parte del sueldo.

De suerte que, para la liquidación de la pensión contenida en el párrafo literal f) del artículo 31 del acuerdo convencional, solo es dable tomar como factores el sueldo básico junto con los subsidios de transporte y alimentación.

Es así, como en el caso del señor MELO BAEZ, según la certificación de folios 33 a 35, se obtiene:

- Salario promedio mensual devengado en el último año de servicios (sueldo básico y subsidios del 1° de abril de 2005 al 31 de marzo de 2006), $\$1.838.231,75 \times 75\% = \mathbf{\$1.378.673,81}$

Y en lo atinente al señor SÁNCHEZ ALVEAR, la certificación de folios 87 a 89, arroja:

- Salario promedio mensual devengado en el último año de servicios (sueldo básico y subsidios del 1° de abril de 2005 al 31 de marzo de 2006), $\$1.483.424,66 \times 75\% = \mathbf{\$1.112.568,49}$

Sumas estas que resultan inferiores a las otorgadas por CAPRECOM por concepto de pensión de jubilación convencional, pues no debe olvidarse que dichas prestaciones se concedieron con el 100% del último sueldo básico devengado más los subsidios de transporte y alimentación, como lo dispone el literal d) del artículo 31 de la norma convencional.

Así las cosas, pese a que los accionantes tengan derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación convencional en los términos del literal f) del artículo 31 de la convención colectiva de trabajo, lo cierto es que la mesada que les correspondería les resulta desfavorable frente a las que le otorgó en su momento CAPRECOM, por ser aquellas inferiores, de ahí, que no haya lugar a la reliquidación deprecada y por ende, sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado por las razones aquí expuestas.

COSTAS

En esta instancia a cargo de los demandantes.

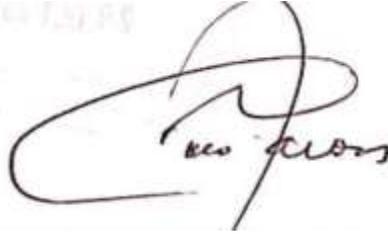
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, según lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

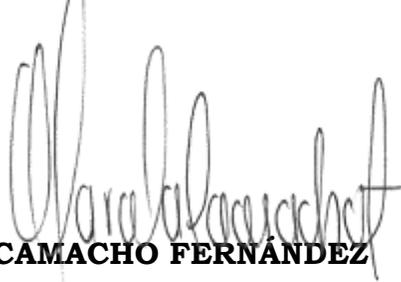
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de los demandantes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

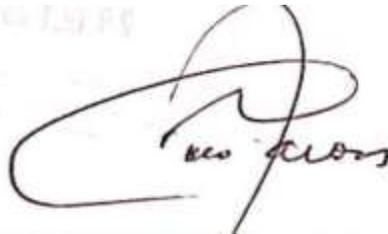
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de los demandantes, la suma de \$300.000 para cada uno.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

República de Colombia



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

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EMILCE MOGOLLÓN GONZÁLEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **EMILCE MOGOLLÓN GONZÁLEZ**, se **declare** ineficaz el traslado realizado en junio de 2000 al RAIS a través de PORVENIR. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** a OLD MUTUAL traslade a COLPENSIONES los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos y a COLPENSIONES a recibirlos, más las costas y agencias en derecho (fls. 32 33).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 33 a 35), señaló que nació el 10 de noviembre de 1961 y tiene 1.585 semanas cotizadas. Refiere que en junio de 2000 se hizo efectivo el traslado a PORVENIR, quien no le suministro una propuesta debidamente expuesta y explicada como tampoco le informó sobre las condiciones específicas de su situación pensional, ni le explicó respecto de las implicaciones, efectos y consecuencias del cambio de régimen, ni demás condiciones o variables del RAIS. Sostiene que el valor de

su pensión calculado a los 57 años de edad con base en la Ley 797 de 2003 asciende a \$3.171.846, mientras que en la AFP sería de un salario mínimo legal mensual vigente. Menciona que el 27 de noviembre de 2018 radicó ante OLD MUTUAL solicitud de traslado la cual le fue negada por esta, al igual que el 22 de noviembre de 2018 solicitó la nulidad de la afiliación a PORVENIR quien también la negó. Finalmente, indica que el 27 de noviembre de 2018 solicitó su afiliación a COLPENSIONES, sin que a la fecha dicha entidad le haya dado respuesta alguna al respecto.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PORVENIR contestó el libelo (fls. 67 a 74), oponiéndose a las pretensiones de este. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 6, 16 y 17 y niega y no le constan los demás. Presentó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y cumplimiento de los requisitos formales en la afiliación.

COLPENSIONES contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 61 a 69). Respecto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 19 y no le constan los demás. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

OLD MUTUAL contestó la demanda (fls. 119 a 125), oponiéndose a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 5, 12 a 14 parcial y 15 y no le constan los demás. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de marzo de 2020 (CD – fl. 139), **declaró** la ineficacia del traslado de régimen de la demandante ante PORVENIR suscrita el 14 de abril de 2000,

declaró que para todos los efectos legales la accionante nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPM, **ordenó** a SKANDIA hoy OLD MUTUAL devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante, como como cotizaciones y rendimientos, **ordenó** a COLPENSIONES recibir dichos valores y actualizar la historia laboral, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que la Corte Suprema de Justicia ha precisado en múltiple jurisprudencia que en tratándose del traslado de régimen, las AFP tiene el deber de brindar información a los afiliados la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la ante sala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y el engaño se produce no solo con lo que se afirma sino con el silencio que guarda el profesional, lo que se traduce a una eficacia del traslado, trasladándose la carga de la prueba a la AFP, sin que para predicar dicha ineficacia del traslado, sea necesario que el afiliado tenga un derecho adquirido o sea beneficiario del régimen de transición, como también señaló que el formulario preforma no exime a las administradoras del deber de información. Refiere que en el presente caso, no se demostró que a la demandante se la haya suministrado la debida información al momento del traslado, por lo que considera que al no habersele suministrado la información requerida en este caso, configura un engaño y por ende, la ineficacia del traslado, pues de haber conocido la información real y ser asesorada como lo dispone la jurisprudencia, hubiera tomado otra decisión, en tanto esa asesoría debía incluir tanto lo favorable como lo desfavorable del traslado.

APELACIÓN

PORVENIR interpuso recurso de apelación, manifestando que diferente a los asuntos analizados por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias que sirvieron de sustento para la decisión, en este caso, el formulario si da cuenta de la información que se le brindó y como constancia de ello aparece la firma de la accionante, pues en este se dice que se le asesoró sobre las implicaciones del traslado, generación de bonos pensionales, la pérdida del régimen de transición y demás características propias del RAIS. Sostiene que en este caso

no resulta aplicable la jurisprudencia de la Sala laboral, pues debe tratarse de supuestos fácticos similares lo cual en este caso no se puede alegar, de ahí que la inmersión de la carga de la prueba no sea aplicable. Menciona que el efectuar una proyección de la mesada y documentar la asesoría brindada nació en 2015 y el traslado data del 2000, de ahí que no se le pudiera exigir la realización de unos análisis con base en una normatividad que no estaba vigente.

CONSIDERACIONES

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

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

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

una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora EMILCE MOGOLLÓN GONZÁLEZ el 14 de abril de 2000 (fl. 62 vuelto), se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR, posteriormente se afilió a HORIZONTE hoy PORVENIR el 26 de marzo de 2001 (fl. 64) y el 22 de junio de 2010 se afilia a SKANDIA hoy OLD MUTUAL (fl. 89) donde se encuentra en la actualidad; efectuando cotizaciones en el RAIS desde junio de 2000 a la fecha (fls. 102 a 105). Así mismo, de la historia laboral válida para bono pensional emanada de la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda (fls. 93 a 96), se evidencia que aportó al ISS hoy COLPENSIONES de forma interrumpida del 11 de agosto de 1987 al 31 de mayo de 2000.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 62 vuelto se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, al igual que se indica que recibió información sobre algunos aspectos, ello no significa que recibiera la asesoría suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues PORVENIR, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otras situaciones.

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

al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarla y no de aquel de buscar la información por sus propios medios.

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

Refuerza lo anterior, el hecho que si bien la accionante se trasladó a HORIZONTE y SKANDIA, éstas no estaban obligadas a subsanar la información que en su momento no le brindó PORVENIR, pues lo que ocurrió fue un traslado entre administradoras, por lo que a aquellas solo les bastaba con indicar las ventajas y desventajas frente a la otra y si en gracia de discusión, se tuviere que estaban obligadas a asesorarla sobre el traslado de régimen, tal situación tampoco se demostró, en la medida que no existe prueba alguna que acredite las afirmaciones contenidas en los formularios de afiliación, relacionadas con la asesoría brindada.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, tal situación trae consigo que OLD MUTUAL que es la AFP donde se encuentra la actora en la actualidad, se obligue a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir los aportes provenientes de aquella y reactivar la afiliación de la accionante al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad.

31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, en la primera de ellas en la que indicó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de COLPENSIONES, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a aquella de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibirlos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Adicional a ello y en lo que tiene que ver con las sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, como lo dispuso la Corte en el proveído en cita, las AFP deben asumir los deterioros sufridos por el bien

administrado, en este caso, los referidos gastos de administración, en la medida que la demandante nada tuvo que ver con la falta de información que se le endilgó a PORVENIR, de ahí que dada la ineficacia de ese traslado inicial, las cosas vuelvan a su estado original y por ende, se deben devolver tales rubros y en ese sentido, dado el grado jurisdiccional que le asiste a COLPENSIONES se modificará la sentencia apelada, pues el a quo omitió incluir la totalidad de los emolumentos a devolver por parte de OLD MUTUAL.

En igual sentido, se adicionará en el sentido de ordenar a PORVENIR como lo señala la jurisprudencia, el traslado a COLPENSIONES únicamente lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada a esta y a HORIZONTE, en tanto, ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales que surjan en favor de aquella y que estarán a cargo del ente de seguridad social, los cuales como se dijo, deberá asumirlos de su propio patrimonio.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** y **ADICIONARÁ** la sentencia de primer grado, en la forma antes anotada y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia a cargo de PORVENIR, de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP, dada la improsperidad del recurso interpuesto.

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

RESUELVE:

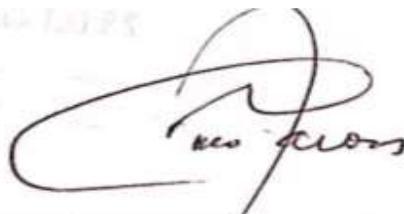
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a OLD MUTUAL traslade a COLPENSIONES, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, según las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el proveído objeto de alzada y consulta, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR el traslado a COLPENSIONES únicamente lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada a esta y a HORIZONTE.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia impugnada.

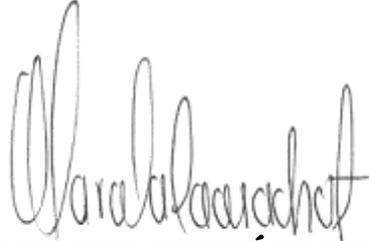
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

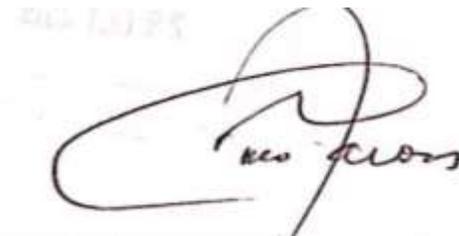


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

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



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



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

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ JACINTO MUÑOZ contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JOSÉ JACINTO MUÑOZ**, se **declare** que es beneficiario del régimen de transición y le asiste derecho a la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 31 de diciembre de 2013. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la demandada a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 31 de diciembre de 2013 de conformidad con el Decreto 758 de 1990, junto con los intereses moratorios o indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 y 3), señaló que nació el 18 de agosto de 1953. Refiere que mediante Resolución 02681 del 27 de noviembre de 1987 el ISS le reconoció la pensión de invalidez a partir del 27 de enero de 1987, la cual se suspendió y retiró de nómina con la Resolución 07823 del 10 de julio de 1992 a partir del 19 de mayo de esa anualidad. Sostiene que cotizó durante toda su vida laboral un total de

1.164 semanas incluyendo 273 que cotizó durante el tiempo que estuvo pensionado por invalidez. Finalmente, expone que a través de la Resolución SUB 217355 del 13 de agosto de 2019, COLPENSIONES le negó la pensión de vejez, bajo el argumento que solo cuanta con 991 semanas, por lo que interpuso recurso de reposición contra dicho acto, el cual fue resuelto con la Resolución SUB 270254 del 30 de septiembre de 2019, confirmando la negativa al reconocimiento de la pensión.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 54 a 62), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, no le constan los contenidos en los numerales 1.7, 1.9, 1.16 y 1.17 y acepta los demás. Propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, compensación, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 12 de marzo de 2020 (CD – fl. 99), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$100.000.

Fundamentó su decisión, indicando que a 1° de abril de 1994 el demandante contaba con más de 40 años de edad, siendo en principio beneficiario del régimen de transición. Refiere que revisado el resumen de semanas cotizadas, aparecen como tales 891.14 y si se revisan las efectuadas con posterioridad a mayo de 2005, se evidencia que no acredita las 750 cotizadas a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, de ahí que su beneficio no se extienda hasta diciembre de 2014. Sostiene que el tiempo que se pretende sea tenido en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, data del lapso durante el cual estuvo

pensionado por invalidez el cual fue anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, habida cuenta que la pensión se otorgó en 1987 y suspendió en 1992, siendo claro que lo que se pretende es que se aplique a una situación acaecida con anterioridad, una norma que fue expedida en mayo de 1996, esto es, el Decreto 832 de 1996, siendo un principio de la seguridad social que para efectos de un derecho, la norma que entra en vigencia se aplique a una situación consolidada con anterioridad; luego no es posible tener en cuenta el tiempo transcurrido entre 1987 y 1992 cuando el demandante disfrutó de su pensión de invalidez reconocida en aplicación de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, la cual fue suspendida antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y con anterioridad a la expedición del Decreto 832 de 1996, pues diferente sería que al regir dicha disposición el accionante aun continuara disfrutando de la pensión de invalidez pues en ese caso no habría discusión en cuanto a la aplicación del artículo 15 de dicha disposición, por lo que al no poderse computar a efectos de reconocimiento de la pensión de vejez el tiempo en que el accionante disfrutó de la pensión de invalidez, esto es, 293 semanas, concluye, no cuenta con las semanas para acceder a la pensión de vejez ni con el Decreto 758 de 1990 ni con la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 aun teniendo en cuenta el tiempo de servicio militar, acreditaría 991 semanas; considerando que con base en ello, se debe absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que se debe aplicar el Decreto 832 de 1996, donde estableció en su artículo 15 el derecho a que se le sean computadas las semanas cuando estuvo en estado de invalidez y fue suspendida en su momento, toda vez que hasta la expedición de la Ley 100 de 1993 era beneficiario del régimen de transición y ese decreto cuando entró a regir es aplicable para quienes a esa fecha están afiliados tanto al RAIS como al RPM, por lo que solicita que en aplicación del principio de favorabilidad se aplique dicha disposición.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante es beneficiario del régimen de transición y en caso afirmativo, establecer si tiene derecho a la pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta para ello lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 832 de 1996, esto es, el tiempo que cotizó mientras disfrutó de la pensión de invalidez, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y de dicha disposición.

Semanas cotizadas

Indica el demandante que para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, se debe sumar el periodo durante el cual disfrutó de la pensión de invalidez que le fue reconocida a partir del 27 de enero de 1987 mediante Resolución 0681 del 27 de noviembre de 1987 (fls. 15 y 16) y suspendida con la Resolución 07823 del 10 de julio de 1992 desde el 19 de mayo de 1992 (fls. 13 y 14), que corresponden a 273 semanas.

Al respecto, el artículo 15 del Decreto 832 de 1996, establece:

“Artículo 15. Cesación del estado de invalidez. Cuando se declare la cesación del estado de invalidez de un pensionado, se le tomará como tiempo cotizado, aquél durante el cual gozó de la pensión de invalidez, y como salario devengado durante ese tiempo, el ingreso base de liquidación utilizado para el cálculo de su pensión, actualizado anualmente con el índice de precios al consumidor suministrado por el DANE.”

Norma esta cuya finalidad fue analizada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3696 de 2021, al indicar:

“Sin embargo, nótese que el artículo 15 del Decreto 832 de 1996 prevé que el tiempo en que una persona devengó válidamente una pensión de invalidez se tenga en cuenta como tiempo cotizado. De esta manera, de entrada la norma presupone que se trata de una prestación que previamente reunió los presupuestos de financiación y legalidad para ser efectivamente otorgada. Así, no puede olvidarse que la pensión de invalidez puede transitar en varias etapas, pues en los términos de la legislación vigente -artículos 44 de la Ley 100 de 1993 y 17 del Decreto 1889 de 1994-, la revisión periódica de estas pensiones no solo determina su extinción o suspensión, como en este caso, sino su aumento o disminución. Incluso, puede convertirse en una pensión vitalicia de vejez de llegarse al cumplimiento de la edad mínima para

acceder a esta acreencia, conforme se infiere del artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990.

Como puede notarse, el esquema legal de financiamiento de la pensión de invalidez está diseñado y pensado para respaldar una prestación que puede perdurar hasta el fin de los días de vida del pensionado e incluso tener la connotación de transmitirse por causa de muerte, por lo que se descarta la afectación de la sostenibilidad financiera, objetivo principal del literal l) del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003.”

(...)

“(3) Por último, la Sala advierte un progreso paulatino que reconoce el profundo impacto que tiene el hecho de padecer una situación de invalidez en la configuración de una pensión que brinde protección económica en la última etapa de la vida productiva. No puede olvidarse que, por sí misma, la invalidez puede generar barreras externas que dificultan el ejercicio efectivo de la capacidad laboral. En efecto, si bien la revisión periódica de las pensiones de invalidez es una institución necesaria y con fines constitucionalmente relevantes, no hay duda de que existía un vacío normativo que resolviera en justicia y equidad la situación en la que se ubicaba un pensionado cuando se le extinguía o suspendía el pago de la prestación y no había cumplido la edad mínima para acceder a una de vejez. Esto lo remedió el artículo 15 del Decreto 832 de 1996.

Ahora, es cierto que la persona puede continuar aportando al sistema de pensiones estando o no pensionado por invalidez, y es totalmente factible que acceda a un empleo con el fin de continuar construyendo su pensión de vejez; sin embargo, no puede desconocerse que las personas en condición de invalidez enfrentan serias dificultades en una sociedad que aún no se adapta a una comunidad laboral diversa, lo que implica que personas que teniendo plenas capacidades laborales no puedan desarrollarlas efectivamente al toparse con barreras actitudinales o contextuales que no permiten su ejecución en igualdad de condiciones con los demás¹. Ello sumado a la dramática situación que una afección funcional o síquica genera en el plano individual y en torno a las relaciones sociales de la persona que la padece.

Bajo esa perspectiva, nótese que el mensaje pensional que el artículo 15 del Decreto 832 de 1996 envía a una persona que enfrenta una situación de invalidez debidamente dictaminada en los términos legales, no es que debe procurar por cualquier medio mantener esa condición hasta cumplir la edad mínima exigida en la pensión de vejez para que la de invalidez se torne en vitalicia; al contrario, al garantizar que el periodo en que devengue la pensión podrá tomarlo como tiempo cotizado, promueve su recuperación efectiva, así como su integración social y laboral para que ejecute cabalmente las diversas capacidades y

¹ Esto es una realidad mundial. La Organización Internacional del Trabajo afirma que el desempleo de las personas con discapacidad alcanza el 80% (<https://www.ilo.org/global/topics/disability-and-work/lang-es/index.htm>). En el caso de Colombia, para el 2010 solo el 26% de las personas con discapacidad y en edad de trabajar estaban ocupadas o empleadas, mientras que para personas sin discapacidad esa tasa es de más del 62%. Al respecto puede verse el estudio “La creación de empleo para personas con discapacidad en Colombia”, de la Fundación ONCE, PwC y la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, en http://www.pactodeproductividad.com/pdf/la_creacion_de_empleo_para_pcd_en_colombia.pdf

habilidades laborales que pueda ofrecer. Este es el juicio de valor que debe extraerse de la norma, pues siempre tiene que partirse de que el trabajo es un componente esencial de la dignidad humana.

Y si esta integración no es posible ante las dificultades que por sí mismo acarrea la búsqueda de empleo de una persona afectada por invalidez, no es irrazonable que el periodo en que percibe la pensión de invalidez se le tenga como tiempo cotizado; al contrario, constituye un componente de justicia y reivindicación respecto a quien por las contingencias de la vida no tuvo oportunidad de desarrollar efectivamente su capacidad laboral para construir con tiempo efectivamente laborado una pensión de vejez, sumado a las realidades sociales que impiden ejecutar cabalmente su capacidad laboral en situación de invalidez o discapacidad.

Lo anterior también desarrolla la exigencia constitucional de brindar una garantía mínima y fundamental a la seguridad social -artículo 53 Constitución Política de 1991-, derecho que al tenor del artículo 48 ibidem es irrenunciable y se materializa en un servicio público obligatorio que debe prestarse a toda la ciudadanía con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Además, este conjunto normativo local es reafirmado en varios instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, como los preceptos 22² y 25³ de la Declaración Universal de Derechos Humanos (C-504-2007 de la Corte Constitucional).

Por lo demás, el criterio explicado también sigue la línea de pensamiento que ha fijado la Sala al estudiar asuntos en los que subyace la dificultad práctica que deriva la extinción de las pensiones de invalidez en casos en que cesa el riesgo tras su revisión. En efecto, la Corte ha señalado que para resolver tales eventos «es imprescindible que los textos legales protectores de la invalidez se interpreten y armonicen a la luz de ellos, y tomen en consideración la afectación que la contingencia de la invalidez produce no sólo en el individuo sino en su contexto familiar y social» (CSJ SL867-2019).»

Conforme a ello, de la lectura de la referida norma y de lo expuesto en la jurisprudencia en comentario, es dable concluir que dicha disposición no establece ningún tipo de excepción para su aplicación, es decir, no excluye a aquellos pensionados por invalidez cuya prestación haya sido suspendida

² Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

³ Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. [...].

con anterioridad a su expedición, pues así se desprende del aparte que dice: “*Cuando se declare la cesación del estado de invalidez de un pensionado*”.

Aunado a ello, también debe tenerse en cuenta lo expuesto por dicha Corporación en la sentencia en comento, al señalar:

“Al respecto, debe destacarse que conforme a la jurisprudencia de la Sala, por regla general las normas aplicables para estudiar los requisitos de acceso a las pensiones en los diferentes riesgos regulados por la ley, son las vigentes al momento en que se cumplen las exigencias mínimas para obtener la pensión respectiva, debido al carácter retrospectivo que caracteriza a las leyes de la seguridad social (CSJ SL, 30 abr. 1993, rad. 5742). En el caso de la pensión legal de vejez, se causa cuando se cumplen el tiempo de servicios o semanas cotizadas y la edad mínima (CSJ SL, 7 feb. 2012, rad. 39206 y CSJ SL3467-2018).”

Bajo ese entendido, contrario a lo manifestado por el a quo, es claro que el artículo 15 del Decreto 832 de 1996 si es aplicable al caso en concreto, pues se trata de una norma que además de no establecer ningún tipo de excepción como se dijo en precedencia, se encontraría vigente al momento en que el actor dado caso, causara el derecho a la pensión de vejez, en tanto el 18 de agosto de 2013 cumplió 60 años de edad (CD – fl. 60) y su última cotización data del 21 de diciembre de 2013 (fls. 72 a 84), pues no sobra recordar como lo enseñó la Corte en la sentencia en cita, que las normas aplicables a la pensión de vejez, son las vigentes al momento en que se cause el derecho y en este evento, al solicitarse el reconocimiento de una pensión de vejez en vigencia de esa normatividad, surge sin dubitación alguna su aplicación.

Hechas las anteriores precisiones, se tiene que según el reporte se semanas cotizadas por el actor a COLPENSIONES (fls. 72 a 84), registra 891.14 semanas, que sumadas al tiempo de servicio militar que data del 16 de agosto de 1972 al 30 de julio de 1974 equivalente a 100 semanas (CD – fl. 60), más las 273 semanas que corresponden al tiempo durante el cual disfrutó de la pensión de invalidez (27 de enero de 1987 al 19 de mayo de 1992), arroja un total de **1.264.14 semanas**.

Régimen de transición

A folio 60, obra medio magnético contentivo del expediente administrativo del demandante, en el que aparece copia de la cedula de ciudadanía, donde se evidencia que nació el 18 de agosto de 1953, acreditando al 1° de abril de 1994, 40 años de edad, siendo beneficiario del régimen de transición.

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

Al constatar si el accionante cuenta con 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 esto es, al 29 de julio de 2005, se tiene que acredita **1.069.51 semanas**, lo que hace que su beneficio se extienda hasta el 31 de diciembre de 2014.

Pensión de vejez

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

Al constatar si cumple con tales requisitos, se acredita que el 18 de agosto de 2013 cumplió 60 años de edad y un total de **1.264.14 semanas** a 21 de diciembre de 2013; demostrando las exigencias dadas por la norma en cita para acceder a la pensión de vejez.

Semanas que, como se dijo, incluyen además el tiempo de servicio militar el cual es dable aplicar a este tipo de prestaciones como lo dispuso la Corte constitucional en la sentencia SU 769 de 2014 y la Corte Suprema de Justicia en proveído SL 1947 del 1° de julio de 2020.

En cuanto a la fecha de exigibilidad de la pensión, la misma debería ser en principio desde el **22 de diciembre de 2013**, como quiera que la novedad de retiro data del 21 del mismo mes y año.

Prescripción

Al respecto, se tiene que la prestación se hizo exigible el 22 de diciembre de 2013, el 29 de mayo de 2019 el actor solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez (fl. 25), siendo resuelto el recurso de reposición interpuesto contra al acto administrativo que negó la misma el 30 de septiembre de 2019 (fl. 40) y la demanda se presentó el 3 de diciembre de la misma anualidad (fl. 50); de donde se colige, que entre la fecha de exigibilidad y la de reclamación transcurrieron más de tres años, por lo que al tenor de lo dispuesto en el artículo 151 del CPL, se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al **3 de diciembre de 2016**, esto es, tres años hacia atrás contados desde la fecha de presentación de la demanda.

Sobre el monto de la mesada pensional, una vez efectuadas las operaciones aritméticas, se obtiene un IBL actualizado a 2013 de **\$811.689** calculado sobre las cotizaciones efectuadas durante los últimos 10 años por ser la más favorable, en tanto con el promedio de toda la vida laboral arroja un IBL de \$653.002, aquel al que se le aplica una tasa de reemplazo del 90% que es la que le corresponde dado el número de semanas, para una mesada pensional al **3 de diciembre de 2016** en virtud de la excepción de prescripción, de **\$824.209** y se pagará sobre 13 mesadas al año en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, en la medida que se causó el 18 de agosto de 2013 al cumplimiento de la edad, esto es, con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Intereses moratorios

Sobre el tema, ha sido clara la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en señalar que los mismos también proceden para las pensiones otorgadas bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el

Decreto 758 de 1990, como así lo ha indicado entre otras en sentencia SL – 2834 de 2018 radicado 63344.

En ese orden de ideas, observa esta Colegiatura que la entidad de seguridad social a través de la Resolución SUB 217355 del 13 de agosto de 2019 (fls. 25 a 31), negó la pensión de vejez al actor, bajo el entendido que no acreditaba las semanas requeridas para ello, desestimando el tiempo de servicio militar y el que duró percibiendo la pensión de invalidez, los cuales como se dijo, son computables en virtud de lo establecido por la jurisprudencia y el Decreto 832 de 1996; por lo que se condenará a la demandada al pago de los intereses moratorios a partir del **3 de diciembre de 2016**, como quiera que los mismos también se ven afectados por la prescripción en la forma antes anotada, los cuales se cancelaran hasta que se efectúe el pago de las mesadas adeudadas, a la tasa máxima de intereses bancario certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia a la fecha de su pago.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia de primer grado y en su lugar, se **CONDENARÁ** a la demandada al pago de la pensión de vejez e intereses moratorios en la forma antes anotada.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor JOSÉ JACINTO MUÑOZ la

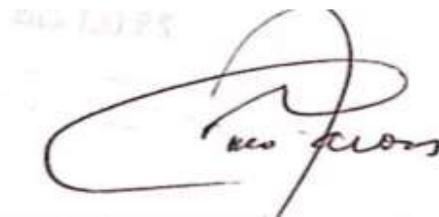
pensión de vejez de que trata el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, a partir del **3 de diciembre de 2016** en cuantía de **\$824.209**, sobre 13 mesadas al año junto con los reajustes legales, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del **3 de diciembre de 2016**, a la tasa máxima de interés bancario certificada por la Superintendencia Financiera al momento en que se efectúe el pago.

TERCERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales e intereses moratorios causados con anterioridad al 3 de diciembre de 2016.

CUARTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



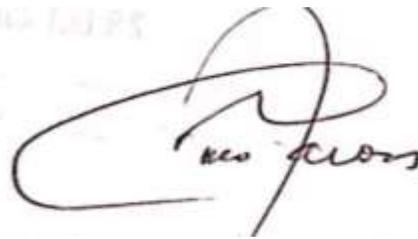
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

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



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

Liquidación

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1990	295	5,780	78,05	13,503	\$ 41.025,00	\$ 553.979,46	\$ 5.447.464,64
1991	365	7,650	78,05	10,203	\$ 51.720,00	\$ 527.679,22	\$ 6.420.097,12
1992	140	9,700	78,05	8,046	\$ 65.190,00	\$ 524.544,28	\$ 2.447.873,30
1993	304	12,140	78,05	6,429	\$ 124.266,12	\$ 798.926,73	\$ 8.095.790,90
1994	229	14,890	78,05	5,242	\$ 169.737,99	\$ 889.728,02	\$ 6.791.590,55
1996	341	21,800	78,05	3,580	\$ 378.785,92	\$ 1.356.157,86	\$ 15.414.994,34
1997	354	26,520	78,05	2,943	\$ 601.016,95	\$ 1.768.830,05	\$ 20.872.194,57
2003	30	49,830	78,05	1,566	\$ 311.000,00	\$ 487.127,23	\$ 487.127,23
2005	330	55,990	78,05	1,394	\$ 381.500,00	\$ 531.810,59	\$ 5.849.916,50
2006	23	58,700	78,05	1,330	\$ 272.000,00	\$ 361.662,69	\$ 277.274,73
2008	244	64,820	78,05	1,204	\$ 503.922,13	\$ 606.774,49	\$ 4.935.099,17
2009	120	69,800	78,05	1,118	\$ 654.250,00	\$ 731.578,98	\$ 2.926.315,90
2011	262	73,450	78,05	1,063	\$ 509.675,57	\$ 541.595,35	\$ 4.729.932,72

2012	212	76,190	78,05	1,024	\$ 644.273,58	\$ 660.002,01	\$ 4.664.014,22
2013	351	78,050	78,05	1,000	\$ 687.435,90	\$ 687.435,90	\$ 8.043.000,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2013	\$ 97.402.685,91
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación				\$ 811.689,05	
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado				90%	
		Primera mesada				\$ 730.520,14	
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2013	\$ 589.500,00

Mesada pensional

Año	Incremento %	Valor mesada calculada
2013	2,44%	\$ 730.520,14
2014	1,94%	\$ 744.692,00
2015	3,66%	\$ 771.948,00
2016	6,77%	\$ 824.209,00