



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-001-2016-00440-01. Proceso ordinario de Héctor Enrique Ramos Chipatecua contra la Sociedad Internacional de Transporte Masivo S.A.S. (Apelación Sentencia).

En Bogotá D.C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá el 5 de marzo del 2019.

ANTECEDENTES:

El señor HÉCTOR ENRIQUE RAMOS CHIPATECUA convocó a la SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S., para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario: la declaratoria de existencia del contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de noviembre de 2003 y hasta el 15 de julio de 2013, que el salario promedio devengado ascendía a la suma de \$1.799.030 y que como



consecuencia de las anteriores, se condene a la reliquidación de prestaciones sociales y aportes al Sistema General de Pensiones, así como, al pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T. con ocasión de la falta de pago completo de prestaciones sociales, la indexación de las condenas impuestas y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 16 de noviembre de 2003, la que se mantuvo hasta el 15 de julio de 2013 por renuncia expresa del trabajador, en el cargo de operador de bus articulado; que el salario estaba compuesto por una suma fija y otra variable, dentro de la que se incluían unos auxilios extralegales mensuales, que no se otorgaban para desempeñar la labor, sino para enriquecer su patrimonio, devengando un promedio mensual por la suma de \$1.799.030; que en el último año de servicios devengó el trabajador el salario básico, auxilio de transporte, recargo nocturno, horas extras, bono por mera liberalidad y bono de canasta; que el trabajador devengó los conceptos de bono por mera liberalidad, auxilio de salud, auxilio de salud y alimentación; que se liquidó la relación laboral, sin tener en cuenta el salario realmente devengado por el ex trabajador, dentro de lo que se incluyen las prestaciones sociales y aportes a la seguridad social causados en vigencia de la relación laboral; que como no se procedió con la consignación de las cesantías con el verdadero salario devengado, se adeuda la sanción por la no consignación de las cesantías contemplado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así como, la indemnización consagrada en el artículo 65 del C.S.T., al no efectuarse en debida forma la liquidación final de prestaciones sociales.

Frente a las súplicas, la aquo, absolvió de la reliquidación de las prestaciones sociales generadas en el contrato a término indefinido,



manifestó que las partes desde la celebración del mismo contrato pactaron una remuneración básica mensual, dejando por fuera de factor salarial otros pagos que efectuara el empleador por mera liberalidad, situación que se presentó en el caso bajo estudio, ya que los pagos realizados fueron otorgados por la voluntad de la sociedad demandada, encontrándose dentro de aquellos contenidos en el artículo 128 del C.S.T., aunado, con que el mismo demandante en su interrogatorio de parte manifestó que no tuvo derecho al bono de educación, ya que no se encontraba en las causales establecidas para su reconocimiento.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la partes actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se acceda a las súplicas de la demandada. Lo anterior, por cuanto si bien se acogió la figura de confesión respecto del auxilio de educación, que afirmó el actor no haberlo devengado en vigencia de la relación laboral, también lo es, que con los comprobantes de nómina de folios 76 a 304 del expediente, se observa que en efecto el demandante percibió de forma constante y permanente dichos auxilios, por lo que el estudio de los medios de prueba debe darse de forma conjunta y no individual, como lo efectuó la falladora de primer grado. Así mismo, señaló que de conformidad con el interrogatorio de parte del representante legal de la demandada, como del testimonio de la señora Irma Vargas, se logra extraer que la única condición para percibir los bonos, era ser operador de bus, auxilios que obtuvieron su denominación en 2011, pues con anterioridad se denominaban como bonos por mera liberalidad, por lo que en aplicación del artículo 21 del C.S.T. y del artículo 53 de la Constitución Política, se debe aplicar el principio de favorabilidad en favor del trabajador, así como de que la duda se resuelve en favor del mismo, por lo que se evidencia que al no tener condición alguna para el reconocimiento de los auxilios y del bono, se



entiende que los mismos hacen parte constitutiva del salario y de entenderse situación en contraria, se estaría vulnerando el artículo 46 del C.S.T. referente a las cláusulas ineficaces.

Así mismo, señala que el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha establecido que la causa de las concesiones de derechos extra legales para que no sean tenidas en cuenta como salario, deben estar concedidas de forma clara y taxativa, situación que no se origina en el presente caso, pues si bien se indicó que los auxilios tenían causas específicas, también lo es, que la empresa no ejercía ningún control para determinar que dichos dineros se otorgaran a los trabajadores, incluyendo la testigo Irma Vargas, que por el gran cumulo de trabajadores, tal función se hacía imposible de cumplir. Finalmente, señaló que el despacho no efectuó manifestación alguna frente al bono por mera liberalidad, el que era cancelado de forma permanente y mensual a los trabajadores que ejercían el cargo de operadores, de lo que se puede concluir que los mismos retribuían el servicio y por tanto, son factor salarial para determinar el valor de las prestaciones sociales.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta que no fue objeto de discusión, la existencia del vínculo laboral, así como la finalización del mismo, la Sala entrará a analizar, la modalidad bajo la cual se contrató al ex trabajador, así como determinar si con los medios de prueba arrimados al plenario se logra establecer que el bono por mera liberalidad, el auxilio de salud y el



auxilio de alimentación, hacen parte integrante del salario; y de ser afirmativo el anterior postulado, establecer si hay lugar a la reliquidación y pago de la prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones reclamadas.

De acuerdo con lo anterior, observa esta Sala de Decisión que entre las partes existieron varios vínculos laborales originados los cuatro primeros de ellos bajo la modalidad de contrato a término fijo, por los períodos comprendidos entre el 16 de noviembre de 2003 y el 15 de abril de 2004¹, el segundo entre el 1º de mayo de 2004 y el 31 de marzo de 2005², el tercero entre el 16 de abril de 2005 y el 15 de marzo de 2006³ y el último de ellos entre el 1º de abril de 2006 y el 28 de febrero de 2007⁴, mientras que el contrato de trabajo a término indefinido fue suscrito por el demandante y la encartada el 16 de marzo de 2007, que se mantuvo hasta el 10 de julio de 2013, tal y como se puede evidenciar tanto del contrato de trabajo y el mutuo acuerdo mediante el cual se modificó la relación contractual que reposan a folios 58 a 62 y 64, así como de la certificación visible a folio 13 del plenario, e incluso es confesada por la encartada en su contestación, por lo que se advierte la existencia de varias relaciones laborales, surgiendo las primeras mediante la modalidad de contrato a término fijo a partir del 16 de noviembre de 2003 y la última a término indefinido por el período comprendido entre el 16 de marzo de 2007 y el 10 de julio de 2013.

En ese orden de ideas y esclarecida la forma de vinculación del actor, se advierte que la parte actora afirma que el salario debió componerse por la suma mensual pagada por el empleador y por unos beneficios

¹ Cfr. Fl. 442/446.

² Cfr. Fl. 436/440.

³ Cfr. Fl. 430/434.

⁴ Cfr. Fl. 424/428.



denominados como “*BONO POR MERA LIBERALIDAD, AUXILIO SALUD Y EL AUXILIO DE SALUD Y ALIMENTACIÓN*”, pedimento al que se opone la demandada bajo el sustento que estos desde el inicio de dicho beneficio se pactó como no constitutivo de salario, aunado, con que ellos tenían una destinación específica, por lo que no eran remuneratorios de la prestación del servicio; situación por la que se hace necesario establecer, que SALARIO es lo que recibe el trabajador ya sea en dinero o en especie como contraprestación directa de su servicio⁵; sin embargo, se debe traer a estudio lo establecido en el artículo 128 del C.S.T., que dispone:

“ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> No constituyen salario ..., ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.”

Atendiendo la norma anterior, vemos que si bien por salario se entiende todo lo percibido por el trabajador, también lo es, que existen pagos que no hacen parte de este, por cuanto no enriquecen el patrimonio del trabajador, sino que se conceden para el desempeño cabal de sus funciones.

De acuerdo con lo anterior, el actor y la encartada desde la misma celebración del contrato de trabajo visible a folios 58 a 62 del plenario, pactaron en el parágrafo 2º de la cláusula 7 lo siguiente:

“SÉPTIMA.- Por las labores del trabajador, mediante el cumplimiento de todas las funciones a cargo, del empleador pagará como remuneración de los servicios

⁵ Art. 127 del C.S.T.



prestados, un salario básico fijo mensual de Ochocientos Cincuenta Mil Pesos M/cte. (\$850.000.00) con el que se remunera no solo la labor ordinaria del trabajador, sino lo concerniente al descanso obligatorio remunerado. (...)

PARÁGRAFO 2: A partir de la fecha se acuerda que el empleador por su mera liberalidad podrá reconocer a favor del trabajador bonificaciones, premios o similares, bien sea por el cumplimiento de obligaciones, buen desempeño, cumplimiento de objetivos o tareas etc., y que las sumas que se reciban por tales conceptos no tendrán el carácter de salario y en consecuencia tampoco serán tenidas en cuenta como factor prestacional para ningún efecto ni liquidación de acreencias laborales, todo de acuerdo con lo establecido en el Código Sustantivo del trabajo.”.

Así mismo, en la Cláusula Décima del mismo documento las partes manifestaron:

“DÉCIMA.- Las partes convienen en reconocer que ninguno de los beneficios o auxilios otorgados unilateralmente y por mera liberalidad del empleador, tales como alimentación, habitación, medios de transporte, primas extralegales y en fin cualquier otra clase de reconocimiento en dinero o en especie diferente del salario ordinario variable o fijo, que el empleador reconozca al trabajador durante la vigencia del presente contrato, no constituyen salario ni en dinero ni en especie y por tal razón no constituyen tampoco factor prestacional alguno.”.

De igual forma, las partes suscribieron mutuo acuerdo el 1º de febrero de 2011, en la que se indicó:

“CLÁUSULA PRIMERA: Hemos acordado que EL EMPLEADO, reconocerá mensualmente al TRABAJADOR unos beneficios denominados “Compensación Flexible”, los cuales no constituyen salario por así acordarlo las partes de conformidad con los Artículo s15 y 16 de la Ley 50 de 1990, normas que subrogaron los Artículos 128 y 129 del C.S.T. los beneficios que a continuación se relacionan no constituyen salario, ni factor salarial o prestacional para todo efecto laboral, prestacional o indemnizatorio. Los beneficios a reconocer son los siguientes:



- *Auxilio de alimentación (Tarjeta Davivienda Canasta)*
- *Auxilio de Salud y/o Educación.*

CLÁUSULA SEGUNDA: Hemos acordado que EL EMPLEADOR se reserva el derecho de variar de forma unilateral las condiciones de este reconocimiento, sin que este constituya desmejoramiento alguno en las condiciones del TRABAJADOR por así acordarlo las partes. (...)”

Así mismo, la encartada aportó copia de los desprendibles de nómina de su ex trabajador (Cfr. Fl. 39 a 265), en los que consta que en la nómina de cada mes, se cancelaba al hoy demandante el concepto de bono por mera liberalidad en una primera oportunidad, y de forma posterior un auxilio de Salud y/o Educación, el que era permanente, pero variable en cuanto a su monto.

De igual forma, se aportó por la demandada copia de los pagos efectuados al Sistema Integral de Seguridad Social mediante la planilla de autoliquidación de aportes del ISS y con posterioridad *SIMPLE* visibles a folios 266 a 365 del plenario.

Así mismo, se aportó por la demandada copia del *CONVENIO DE TARJETA DAVIVIENDA VISA VALE*, celebrado entre Davivienda y la aquí demandada, en la que en su cláusula primera se define el objeto del mismo, al igual que los numerales 2º y 3º del literal C, de la cláusula tercera se define la forma en que debe ser utilizado, de la siguiente forma:

“CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO: Por medio del presente convenio *DAVIVIENDA* se compromete, de acuerdo con la solicitud efectuada por *EL CLIENTE*, a emitir y entregar tarjetas Davivienda Vale Alimentación y/o Davivienda Vale Gasolina adscritas a la franquicia *VISA*, en adelante *LAS TARJETAS*, para que éste las utilice como medio de pago a *LOS USUARIOS* que tengan la calidad de empleados, trabajadores, colaboradores o vinculados. (...).



C. USO DE LAS TARJETAS

2. **LOS USUARIOS** solo podrán utilizar la tarjeta Davivienda Visa Vale Alimentación en los establecimientos que se dediquen a la venta de alimentos a nivel nacional.

3. **LOS USUARIOS** solo podrán utilizar la tarjeta Davivienda Visa Vale Gasolina en los establecimientos como: estaciones de servicio, servitecas y almacenes de repuestos a nivel nacional (...)"

Se recepcionó el interrogatorio de parte del representante legal de la demandada, quien afirmó que en efecto se le concedían tanto el bono por mera liberalidad en un principio, como con posterioridad los auxilios de salud, educación y alimentación, con ocasión del cumplimiento de objetivos o logros grupales, que el primero de ellos se otorgaba para que el actor lo pudiese invertir en cualquier situación que tuviere y ya respecto de los auxilios, se pactó entre las partes que los mismos deberían cubrir las contingencias de salud, educación y alimentación, que era para lo cual se había asignado, sin que se pudiese determinar si en efecto el trabajador le daba tal fin, advirtiendo, que incluso el de alimentación, se otorgaba una tarjeta del banco Davivienda para la compra de productos alimenticios a nivel nacional.

De igual forma, se escuchó la declaración del señor Ramos Chipatecua quien afirmó que para que se concediera cada uno de los subsidio era necesario presentar el documento respectivo e incluso el bono de alimentación cubría dicho concepto, pero se pagaban los otros, que incluso dependía de forma individual y grupal, sin embargo, aduce que eran otorgados por el cumplimiento de horarios y eran descontados cuando se portaban mal; se debían cumplir las condiciones de cumplimiento de horario, accidentalidad, buen comportamiento, porque si no los cumplía no los merecía; existía bono grupal y respondíamos



todo como por 24 o 25 personas, el individual y el de alimentación si uno cumplía y se utilizaba en lo que uno quisiera, se podía utilizar en vestuario y entraba y para mí era salario; que se desempeñó en varios contratos para la empresa por intermedio de terceros, pero esos premios sí se reflejaban de forma íntegra en nómina. Que nunca se le dio copia de contratos u otros documentos, que le dieron una tarjeta de Davivienda, pero aduce que ingresaba en nómina, pudiendo destinar tal concepto incluso para gasolina; que el actor tuvo un tratamiento odontológico, el que pagó con el auxilio de salud, el que debía estar autorizado de forma previa, sin que hubiere utilizado el auxilio de alimentación o educación, enfatizando que el pago se efectuaba siempre y cuando cumpliera con sus obligaciones y no estuviera en período de vacaciones. Que el auxilio de alimentación era individual y se otorgaba por cumplimiento de su horario, pero los restantes eran variables y dependían del grupo general.

Así mismo, se escuchó el testimonio de la señora Irma Vargas Rubio trabajadora de la demandada, quien afirmó que los auxilios se concedían por parte de la empresa por el cumplimiento de unos resultados e indicadores mensuales otorgados por parte de Transmilenio, de acuerdo con el comportamiento del grupo, respecto dentro de los cuales se encontraban kilómetros recorridos en el mes, cumplimiento de rutas y encuestas de satisfacción de todos los trabajadores del grupo, pagos que se efectuaban si se cumplían metas y variaba del cumplimiento de tales factores; que sabe que los subsidios se concedían para alimentación, pero que desconoce en qué los gastaban sus compañeros y si las entidades en las que se podía utilizar la tarjeta vendían otros elementos ajenos a alimentación; que tenían una destinación específica, ya fuera para alimentación o salud, pagándose dichos conceptos a todos los trabajadores de la compañía; que no se incluyó el pago de tales conceptos



para el pago de prestaciones sociales y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, pues no eran factores salariales.

De acuerdo con lo anterior, para que un concepto sea tenido como factor salarial, es indispensable que el mismo retribuya la prestación personal del servicio al trabajador, advirtiéndose, que la parte actora no allegó medio probatorio alguno que acreditara tal situación, por cuanto aportó con su demanda una certificación que acredita la existencia del contrato de trabajo y un desprendible de nómina, sin que de tales documentales se pueda tener certeza acerca de que los pagos en efecto remuneraban la prestación del servicio, incumpliendo de esta forma con su deber de acreditar los supuestos de hecho en que fundó su demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P., la carga de la prueba que se encontraba a su cargo, más aún, al advertirse que del testimonio recepcionado en favor de la demandada, informa que se hacía el pago con destinación en salud, alimentación o educación, que eran los conceptos pactados entre las partes, situación que incluso se ratifica con un pago en la tarjeta y el restante en efectivo, siendo el segundo componente destinado a cualquier necesidad, mientras que el consignado en la tarjeta, debía ser utilizado en mercado o en cualquier cadena de supermercados, lo que implica que en efecto, la consignación efectuada en la tarjeta, tenía una destinación específica e incluso con el propio dicho del demandante en su interrogatorio de parte, en la que refirió que el pago de tales conceptos eran como consecuencias del cumplimiento de ciertas metas tanto individuales, como grupales, tales como cumplimientos de horario, accidentalidad, cumplimiento de rutas y buen comportamiento, los que se veían afectados ante la inobservancia de los mismos.



Aunado a lo anterior, se encuentra que dichos conceptos no se vislumbran con el fin de remunerar el servicio, sino que por el contrario, eran concedidos como un incentivo para cumplir sus funciones, advirtiéndose en todo caso, que el mismo no dependía de forma exclusiva del trabajador, sino que requería del comportamiento y cumplimiento de las metas asignadas por Transmilenio para que fuera concedido, caso en el cual y ante el incumplimiento por parte del grupo, podría afectarse el monto o la pérdida del mismo en la mensualidad correspondiente, por lo que no puede hablarse de que el auxilio de alimentación o el auxilio de salud y/o Educación e incluso el bono por mera liberalidad puedan considerarse como factor salarial.

Así mismo, por cuanto la finalidad con la cual se concedieron los auxilios mencionados buscaban una destinación específica que ayudara en parte con los gastos del propio trabajador o los de su núcleo familiar, sin que el empleador pudiera verificar tal destinación, exceptuando la tarjeta donde se abonaba el auxilio de alimentación, no obstante lo pretendido por la hoy encartada era que se destinara al mejoramiento en las condiciones de salud, alimentación o educación, fundamento que le resta el carácter salarial, por cuanto no buscaban enriquecer al trabajador, sino mejorar las condiciones de vida del mismo.

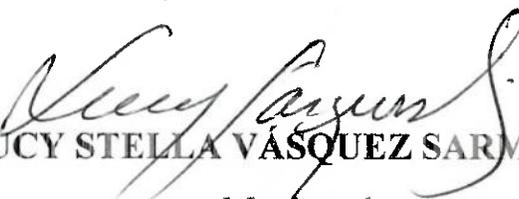
En ese orden de ideas, no queda otro camino que **CONFIRMAR** la decisión de primer grado, sin que se haga necesario efectuar pronunciamiento alguno referente a la concesión de las indemnizaciones y sanciones pretendidas, teniendo en cuenta que la pretensión principal y que daría origen a las mismas no tienen ánimo de prosperidad.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primera instancia a cargo de la parte actora y sin ellas en la alzada.

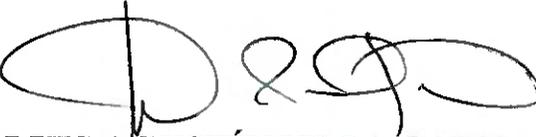


DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS** de primera instancia a cargo del demandante y sin ellas en esta instancia. **NOTIFÍQUESE** y **CÚMPLASE**.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-002-2018-00047-01. Proceso Ordinario de Patricia Castillo Rodríguez y Otros contra el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y por la demandada Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de febrero de 2020; así como, el grado jurisdiccional de consulta en favor del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

ANTECEDENTES

Los señores Henry Castillo Rodríguez, Víctor Julio Castillo Rodríguez, Luz Marina Castillo de Páez, Germán Castillo Rodríguez, Edgar Castillo



Rodríguez, Patricia Castillo de Moya y Aura Rocío Castillo Rodríguez convocaron al Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia en calidad de hijos y herederos de la señora María Ignacia Rodríguez de Castillo, para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario, se declare que la sustitución pensional concedida por Alcalis de Colombia en Liquidación es compatible con la pensión sustituida por el ISS en favor de la señora María Ignacia Rodríguez Guzmán de Castillo en su calidad de cónyuge sobreviviente del señor Víctor Manuel Castillo Blanco y que como consecuencia de lo anterior, se condene al Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia a pagar el retroactivo que se haya causado con ocasión de la compartibilidad de la pensión concedida por Alcalis y el ISS en favor de los herederos de la señora Rodríguez Guzmán de Castillo, para lo cual se debe tener en cuenta las mesadas causadas en los tres años anteriores a la reclamación administrativa y las costas del proceso.

Dichas súplicas tienen respaldo en la narración que efectuaron los demandantes, según los cuales, se le concedió pensión de jubilación convencional por parte de Alcalis de Colombia Limitada al señor Víctor Manuel Castillo Blanco (Q.E.P.D.), mediante resolución No. 521, a partir del 23 de julio de 1979, la cual era compatible con la pensión de vejez que reconoció el ISS, teniendo en cuenta que fue concedida con anterioridad al 17 de octubre de 1985; que la señora María Ignacia Rodríguez Guzmán de Castillo solicitó al Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia la pensión plena de jubilación el 10 de octubre de 2011, entidad que procedió a efectuar los el cálculo actuarial para la aprobación por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; que la señora Rodríguez Guzmán de Castillo falleció el 4 de agosto de 2015, por lo que los herederos de dicha causante solicitaron el reconocimiento del retroactivo pensional causado por la compatibilidad de la pensión, la que



fue desatada por dicha entidad el 23 de noviembre de 2016, en la que se indicó que tal situación debería ser resuelta por la Jurisdicción Ordinaria Laboral; que la pensión convencional era de naturaleza convencional, otorgada a partir del retiro del trabajador, no obstante la pensión de vejez concedida al señor Castillo Blanco no es compartible con la pensión de Alcalis; que el señor Castillo Blanco falleció el 17 de junio de 1996, siendo sustituida la pensión por parte de Alcalis mediante resolución 0346 de 1996 en favor de su esposa María Ignacia Rodríguez Guzmán de Castillo, a partir del 16 de junio de 2001, en cuantía por la suma de \$299.826.; que el ISS le sustituyó la pensión a la misma señora mediante acto administrativo No. 01922 del 5 de marzo de 1998; que por decisión unilateral de Alcalis compartió la pensión de jubilación convencional con el ISS.

La aquo declaró que el reconocimiento de la sustitución pensional otorgada por el ISS es compatible con la pensión de jubilación convencional concedida por Alcalis de Colombia Ltda., condenando al retroactivo pensional a partir del 22 de septiembre de 2013 y hasta el 4 de agosto de 2015, fecha en la que se produjo el fallecimiento de la señora María Ignacia Rodríguez de Castillo, ordenando que el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia efectúe el cálculo actuarial y realice los trámites de aprobación y por su parte el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo transfiera el valor correspondiente del cálculo actuarial y declarando probada parcialmente la excepción de prescripción.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de la parte actora y de la demandada Ministerio de Comercio, Industria y Turismo interpusieron recursos de apelación los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.



El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, frente al tema concerniente al punto segundo y quinto de la parte resolutive de la sentencia, en cuanto declaró probada de forma parcial la prescripción, bajo el hecho de que los herederos no agotaron vía gubernativa ya que se considera que no era necesario agotar dicha vía gubernativa, ya que tal situación se dio de parte de la señora María Ignacia, así como, tampoco era necesario interponer por dicha señora los recursos para luchar en contra de la decisión de negar la pensión para el agotamiento de la vía gubernativa, y solo se requiere un paso y luego a ello se produjo el fallecimiento de la señora, estando agotada la reclamación administrativa y no es procedente agotar nuevamente la misma por parte de los herederos, por lo que no es dable declarar probado el medio exceptivo.

Por su parte, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo manifestó frente a las excepciones y la interpretación sobre descuentos al sistema de seguridad social en salud y se otorguen al subsistema, de conformidad como se solicitó en la contestación de la demanda.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:



CONSIDERACIONES

El conflicto jurídico que dio origen a la iniciación del presente proceso y cuyo análisis corresponde abordar a la Sala, se contrae a determinar si la prestación de carácter extralegal reconocida a favor del causante señor Víctor Manuel Castillo Blanco y sustituido en su momento a la causante señora María Ignacia Rodríguez Guzmán de Castillo es compatible con la pensión de vejez que le reconoció el entonces Instituto de los Seguros Sociales y si como consecuencia de ello, tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional a partir del 10 de octubre de 2011.

Con tal propósito corresponde indicar que no es objeto de discusión entre las partes, que el extinto Álcalis de Colombia Limitada reconoció a favor del fallecido Castillo Blanco pensión de origen convencional a partir del 1° de enero de 1979, cuyo pago asumieron las hoy demandadas, la que fue sustituida en favor de la señora Rodríguez Guzmán de Castillo (Q.E.P.D.) mediante el acto administrativo No. 00346 del 11 de septiembre de 1996, en la que se ordenó compartir con la pensión de vejez que le reconoció el entonces Instituto de Seguros Sociales. Aspectos que por demás se corroboran con la documental visible a folios 17 a 18 y 127 a 130 del expediente, contentiva de los correspondientes actos administrativos.

Corresponde tener en cuenta que las pensiones de origen extralegal, sean estas de carácter convencional o voluntarias, sólo empezaron a ser compartidas por el Seguro Social, con la expedición del Acuerdo N° 029 de 1985, siempre y cuando los contratantes del acuerdo no hubieran excluido la compartibilidad del beneficio de orden extralegal, como quedó consignado en el artículo 5°; quedando a cargo del empleador únicamente el pago del mayor valor, si lo hubiere, entre ambas pensiones,



lo que fue reiterado en el Acuerdo 049 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

En tal sentido, para determinar el carácter compatible de una pensión de jubilación de origen extralegal, causada antes del 17 de octubre de 1985, corresponde verificar únicamente si en el acto que reconoce el derecho se previó que la prestación tendría el carácter de compartido, pues tan solo a partir de la fecha mencionada es que se previó que por regla general serían compartibles.

En tal sentido, en cuanto el derecho pensional de origen extralegal se reconoció al fallecido a partir del 1° de enero de 1979, el mismo en principio tiene carácter compatible a menos que en el propio acto de creación se establezca lo contrario, esto es que sería de naturaleza compartida.

No obstante, como en el Acto Administrativo No. 497 del 15 de mayo de 1979 visible a folios 133 a 135, documento conforme con el cual la entidad Alcalis de Colombia Ltda. reconoció la pensión de jubilación de su ex trabajador fallecido, nada indicó sobre el particular, la prestación de vejez reconocida por Alcalis de Colombia Ltda., es compatible con aquella que reconoció el Instituto de Seguros Sociales; razón por la que se ha de confirmar la determinación que acogió el *aquo* sobre el particular.

Así mismo, no existe reparo alguno, en cuanto la prestación a la que se ha hecho referencia le fue sustituida en su momento a la señora María Ignacia Rodríguez de Castillo (Q.E.P.D.) mediante resolución No. 000346 del 11 de septiembre de 1996, acto administrativo mediante el cual si bien en su numeral segundo se indicó que la beneficiaria del



derecho pensional debería iniciar los trámites pertinentes para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante el ISS y que Alcalis de Colombia Ltda., solo estaría obligada a pagar el mayor valor, también lo es, que no es posible acoger el argumento expuesto en la resolución que otorgó la prestación a la señora Rodríguez de Castillo, pues la sustitución del derecho pensional se otorga en los mismos términos en los que se otorgó a su beneficiario principal, esto es, sin que se entienda la compartibilidad del derecho pensional.

En ese orden de ideas, se advierte que en efecto el retroactivo pensional al que haya lugar previo el estudio del medio exceptivo de la prescripción le corresponde a los herederos de la señora María Ignacia Rodríguez de Castillo, conforme con el reparto de la masa sucesoral, debiendo el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, descontar las sumas que le fueron reconocidas a dicha causante, respecto del mayor valor reconocido respecto de la pensión que otorgara el ISS, para lo cual, dicha entidad procederá a efectuar el cálculo actuarial correspondiente y será el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 2° del decreto 2601 de 2009.

En punto a la prosperidad de la excepción de prescripción, debe partirse que el medio de defensa se encuentra consagrado en los artículo 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., que informan que la prescripción de los derechos laborales será en los tres años posteriores a que se ha hecho exigible la obligación.

Al respecto, debe indicarse que igualmente se ha de confirmar la decisión de primer grado, en tanto si bien es cierto que en su oportunidad la señora Rodríguez de Castillo interpuso la reclamación administrativa con la cual



pretendía el mismo pago que hoy se otorga, también lo es, que tales mesadas pensionales correspondían al derecho de la misma causante, más no de sus beneficiarios, quienes presentaron la reclamación administrativa el 22 de septiembre de 2016, por lo que los derechos que emergen a favor de la masa sucesoral se originan desde el 22 de septiembre de 2013, aclarando que el postulado que pretende el apoderado de la parte actora se originaría, siempre y cuando los hoy demandantes hubieren ingresado como sucesores procesales de la señor María Ignacia Rodríguez de Castillo, situación que no ocurrió y por la cual se necesitaba el agotamiento de la reclamación administrativa por los mismos.

Finalmente, se advierte que en efecto es procedente el descuento en salud que peticiona el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por cuanto de conformidad con el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993¹, se indicó que las cotizaciones en el Sistema General de Salud estarían a cargo del pensionado, por lo que se autorizará tal descuento del retroactivo pensional, por lo que se adicionará la decisión de primer grado en dicho sentido.

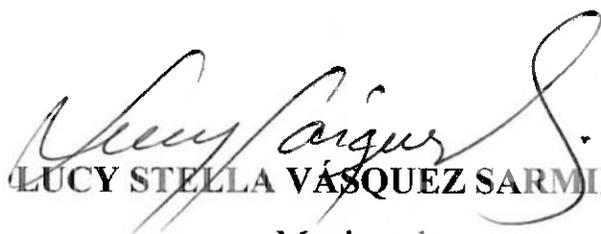
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primer grado a cargo únicamente del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y sin lugar a ellos en la alzada, dado el estudio íntegro de la decisión.

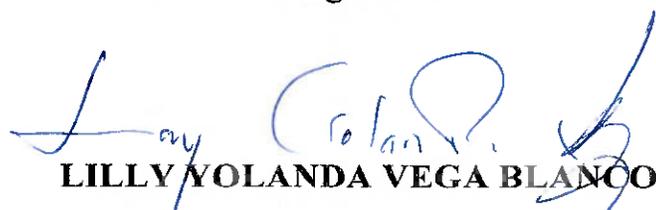
¹ “La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.(...)”.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida, en el sentido de **AUTORIZAR** a las demandadas a efectuar el descuento correspondiente al Sistema General de Salud, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión: **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia proferida, en todo lo demás. **TERCERO: COSTAS** Sin lugar a su imposición en esta instancia, las de primer grado a cargo únicamente de la demandada Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, atendiendo las consideraciones de la sentencia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-003-2017-00430-01. Proceso Ordinario de Irma Nelsy Murillo Betancourt contra Avianca S.A. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de enero de 2019.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare de mala fe, fraudulentas y violatorias de buena fe, las transacciones suscritas entre las partes el 28 de mayo de 2014, así como que se declaren de mala fe, fraudulentas y violatorias las terminaciones de los contratos de trabajo efectuadas por las CTA Gestionar y Coodesco con intervención de Avianca los días 23 de julio de 2003, 31 de octubre de 2010 y 30 de julio de 2012, así como la terminación directa el contrato



de trabajo efectuada el 31 de julio de 2014, siendo beneficiaria del Plan Voluntario de Beneficios, en especial, la Cláusula de estabilidad, al igual que se declare que la relación laboral se encuentra vigente y sin solución de continuidad a partir del 23 de julio de 2001; y que como consecuencia de las anteriores, se condene al restablecimiento del contrato de trabajo a partir del 31 de julio de 2014 o a una equivalente, junto con el pago de salarios, primas de servicios, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, aportes al Sistema General de Pensiones y demás pagos contemplados en el Plan Voluntario de Beneficios causados entre el 23 de julio de 2003 y el 30 de julio de 2012, junto la prima de vacaciones, prima de navidad, bonificaciones por antigüedad, así como, al pago de tales conceptos a partir del 1° de agosto de 2014 y en adelante, al pago de la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo, junto con la indexación de las condenas impuestas, los 325 pasajes aéreos en rutas nacionales o internacionales y las costas del proceso.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis, que viene prestando sus servicios para la demandada a partir del 23 de julio de 2001, en el cargo de contador de cuentas por pagar, relación que finalizó la demandada con la participación de la CTA Gestionar de mala fe y con maniobras fraudulentas el 23 de julio de 2003; que de igual forma y bajo el mismo actuar, Avianca con participación de la CTA Coodesco liquidó el contrato de trabajo el 31 de octubre de 2010, situación que se reiteró entre las mismas sociedades el 30 de julio de 2012; que para materializar el fraude, la demandada Avianca Logró que la demandante firmara contrato de trabajo a partir del 1° de agosto de 2012, no obstante, los fraudes no produjeron efectos o cambio alguno en el cargo, funciones, sitio de trabajo de la demandante, manteniéndose la continuidad con Avianca en las instalaciones de Bogotá, relación que finalizó el 31 de julio de 2014, sin que se aplicara el procedimiento disciplinario



establecido en el Plan Voluntario de Beneficios; que actuando de mala fe Avianca, le hizo suscribir dos transacciones en la misma a la demandante el 28 de mayo de 2014; que los superiores jerárquicos de la demandante siempre fueron los trabajadores directos de Avianca, y lo que se buscó con las actuaciones fraudulentas, era impedir que la trabajadora cumpliera 8 años de servicios y quedar cobijada con la cláusula de estabilidad del Plan Voluntario de Beneficios, situación que se presentó con la complicidad de las CTA Gestionar y Coodesco, para más de 400 trabajadores en los años 2002 a 2016; que la actora acreditó 5 años el 23 de julio de 2006, 8 años el mismo día y mes de 2009, 10 años el 23 de julio de 2011 y cumple 15 años el mismo día y mes del año 2016, ya que su contrato de trabajo está vigente; que la demandada cumplió parcialmente el plan voluntario de beneficios, pues concedió los tiquetes nacionales o internacionales, no obstante, se adeuda en favor de la demandante las primas de servicio, cesantías, vacaciones,. Intereses sobre las cesantías, la sanción por mora en el pago de intereses, la sanción por la no consignación anual de las cesantías, los aportes en Pensiones causados entre el 23 de julio de 2003 y el 30 de julio de 2012, así como los derechos laborales incluyendo el salario causados a partir del 1º de agosto de 2014 y hasta que se restablezcan los derechos defraudados.

Así mismo, señaló que el salario devengado en el año 2003 fue la suma de \$1.073.744, para 2004 de \$1.142.281, en el año 2005 la suma de \$1.215.193, para el 2006 de \$1.292.758, en el año 2007 la suma de \$1.375275, para 2008 de \$1463.305, para el año 2009 la suma de \$1.556.445, en 2010 de \$1.655.795, para el año 2011 la suma de \$2.000.000, en el 2012 de \$2.074.600, en el año 2013 la suma de \$1.985.409 y para la anualidad 2014 el monto de \$1.955.951; que el pago de su salario fue directo por Avianca y fueron simples intermediarios Gestionar y Coodesco; que la demandada con ocasión de los fraudes a los



derechos laborales de la demandante fue sancionada por el Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social, así como aceptó el fraude cometido ante el Ministerio del Trabajo en la Dirección territorial del Atlántico el 26 de diciembre de 2012; que no se puede demandar a las CTA Gestionar y Coodesco por haber sido liquidadas.

El aquo considero que entre las partes no era posible entender la existencia de un solo contrato de trabajo, ya que no existe prueba alguno que permita inferir que la actuación desplegada por la demandante fue en calidad de trabajadora de la demandada, sino que por el contrario, lo que reposa en el plenario, son los contratos suscritos con la Cooperativas de Trabajo Asociado, lo que permite inferir que su vinculación fue como cooperada; aunado a lo anterior, que no es posible dejar sin efectos la finalización del vínculo laboral, ya que entre las partes se celebró transacción en la que se dio por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo y que no era necesario seguir el procedimiento establecido en el Plan de Beneficios Voluntarios para tal fin, pues el acuerdo era consentido por la trabajadora y el empleador y no se acreditó vicio alguno en el consentimiento, ni de dicha transacción, ni de la restante transacción, que buscó precaver cualquier posible litigio, por la vinculación de la demandante mientras estuvo al servicio de las Cooperativas de Trabajo Asociado, advirtiendo, que los derechos laborales reclamados hasta el año 2012, estarían sujetos al efecto prescriptivo contemplado en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., exceptuando el concerniente con las cesantías, sin embargo, al proponerse la excepción de compensación, se evidenciaba el pago he dicho concepto por la encartada con la transacción, por lo que absolvió de la totalidad de las súplicas de la demanda.



Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, para que sea revocada la misma y en su lugar se accedan a las pretensiones del libelo incoatorio. Lo anterior, bajo el sustento que el fallador no tuvo en cuenta la totalidad de los medios de prueba aportados al plenario, sino que simplemente se limitó en indicar que no existían medios de prueba dentro del plenario, pues no citó el interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada, así como tampoco, se pronunció frente a la existencia de un solo contrato de trabajo y a la posible intervención de las CTA, ya que de los medios de prueba se advierte que en efecto la demandante era trabajadora de Avianca, pues se observa una invitación a desayunar a la trabajadora por parte del presidente de la compañía, de lo que se puede extraer la prestación de los servicios eficientes que fueron prestados, así como de las liquidaciones efectuadas por parte de las Cooperativas de Trabajo Asociado, aunado, con que no es posible celebrar contratos de trabajo con las CTA.

Aunado a lo anterior, se apoya la decisión en las transacciones efectuadas entre las partes, no obstante, no se aduce situación alguna frente a que las mismas no fueron suscritas por las Cooperativas de Trabajo, no se comprende por qué se pagan unos dineros a la trabajadora si Gestionar y Coodesco no fueron empleadores de la hoy demandante, aunado, con que el contrato de transacción en materia laboral es especial como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en su Jurisprudencia, ya que si bien se impone un monto a pagar a la trabajadora, no se especifica de forma alguna los conceptos por los que se realiza el pago, por lo que se generan otros derechos adicionales ciertos e irrenunciables. Que lo que se advierte, es que el empleador engañó al trabajador al hacerlo firmar las transacciones, sin que se pueda determinar cómo se llevó a cabo la reunión, el trato del representante legal de Avianca, la forma en la que se



propuso el negocio, duda que debe resolverse en favor del trabajador; evidenciándose, además, contradicción en la sentencia, pues se aduce prescripción de los derechos laborales, pero se manifiesta que incluso las cesantías estarían cubiertas con el pago efectuado en la transacción, esto es, entre los años 2003 y 2012, no obstante, la prescripción de dichos derechos se contabiliza a partir de la terminación del contrato de trabajo y de forma anual, sin que pueda predicarse de pagos en exceso, pues el contrato se finalizó de mutuo acuerdo.

Finalmente, indica que el Plan Voluntario de Beneficios se encuentra suscrito por Avianca desde el año 1994, ya que como se extrae del mismo, dicho escrito suplía cualquier otro plan anterior, y lo que se realiza es una trampa al trabajador al año 2005, para que no pudiese completar los 8 años para obtener el derecho a la estabilidad, demostrándose unos derechos adquiridos en favor del trabajador, y sin que se pronunciara sobre el hecho notorio del procedimiento irregular efectuado por Avianca frente a 4.000 o 6.000 trabajadores de la compañía, ya que era quien efectuaba el pago directo de salarios y demás derechos laborales a los trabajadores, evidenciándose que la demandada no puede actuar como legislador y modificar los plazos para contratar con las CTA, incurriéndose incluso en la falta de pago de los aportes al Sistema General de Pensiones.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho que entre las partes no existe controversia en lo atinente con que la demandante se vinculó en dos oportunidades al servicio



de Avianca S.A. de forma directa, así como, que en otras dos oportunidades lo hizo por intermedio de Cooperativas de Trabajo Asociado, así como los extremos procesales de las mismas, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia, se circunscriben en determinar si es procedente declarar la existencia de una única relación laboral entre las partes, determinado si para tal fin las CTA, actuaron como simples intermediarias, así como, si las transacciones celebradas entre las partes fueron celebradas en debida forma o si por el contrario, adolecen de algún vicio al momento de su suscripción y de encontrarse acertados dichos postulados, establecer si se adeuda a la ex trabajadora algún concepto de naturaleza laboral legal o extralegal, contenido en el Plan Voluntario de Beneficios, dentro del que se establece la Cláusula de Estabilidad, lo que generaría la ineficacia del despido padecido por la demandante.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos se requieren para concluir la existencia de una relación laboral, prestación personal del servicio, retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable del contrato de trabajo, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas.

La prestación personal del servicio, primer elemento del contrato de trabajo, corresponde acreditarla a quien reclama su existencia, la cual debe surgir de la contratación directa de quien se afirma fungió las veces de empleador, durante todo el lapso que reclama la vigencia del vínculo, realizada no por iniciativa propia de quien la ejecutó, sino bajo la supervisión, vigilancia, control, dirección y órdenes que para el efecto disponga o prevea el contratante, para enrostrarle la calidad de empleador, de ahí que por previsión legal, demostrada la prestación



personal del servicio, se presume la existencia del contrato de trabajo, como lo consagra el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo.

No obstante lo anterior, la actora pretende se declare la simulación del contrato de cooperativismo celebrado con la CTA GESTIONAR y la CTA COODESCO en la que dichas entidades actuaron como simples intermediarios de la sociedad AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A., para el suministro de personal, situación por la cual, se debe hacer referencia a lo dispuesto en los artículos 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006, en los que se dispuso:

“Artículo 16. Desnaturalización del trabajo asociado. El asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en el artículo 17 del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo.”

“Artículo 17. Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.”.



Atendiendo la norma en mención, es necesario precisar que la demandante prestó sus servicios personales a la demandada Avianca, de forma directa a partir del 23 de julio de 2001, tal y como se refleja del contrato de trabajo a término fijo inferior a un año visible a folios 111 a 113 del plenario, informándose la no prórroga del mismo mediante comunicado del 16 de junio de 2003¹, en el que se indicó que el contrato finalizaría el 22 de julio de 2003, vinculándose a Gestionar Cooperativa de Trabajo Asociado por el período comprendido entre el 23 de julio de 2003 y el 31 de octubre de 2010, así como a la CTA Coodesco, en donde permaneció entre el 1° de noviembre de 2010 y el 30 de julio de 2012, servicios que fueron prestados en favor de Avianca por intermedio de las CTA, y nuevamente vinculada con la hoy encartada por el período comprendido entre el 1° de agosto de 2012 y el 31 de julio de 2014, espacio temporal que no fue reprochado por la encartada, sino que por el contrario fue aceptado, por lo que al acreditarse la prestación personal de los servicios por parte de la demandante en favor de la accionada Avianca, se presume el contrato de trabajo.

Sin embargo, para que ello ocurra, se debe acreditar se debe demostrar la calidad de intermediario con la que actuó la Cooperativa de Trabajo Asociado, pues tal vinculación es válida siempre y cuando no se incumplan los presupuestos contenidos en el artículo 17 de la norma a la que se hizo mención con anterioridad.

En ese sentido, se advierte que para acreditar dicha situación, se aportó copia del *ACUERDO DE FORMALIZACIÓN LABORAL ENTRE AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO – AVIANCA S.A. Y LA DIRECCIÓN TERRITORIAL DEL ATLÁNTICO DEL MINISTERIO DEL TRABAJO*, en el que se manifiesta la voluntad de dicha entidad de

¹ Cfr. Fl. 114.



efectuar el Acuerdo de formalización laboral, con ocasión de la multa impuesta a Avianca S.A., mediante la resolución No. 000233 del 8 de mayo de 2012, con ocasión de la intermediación laboral ilegal efectuada respecto de las CTA Coodesco, Calve Integral, Servicopava y Gestionar, sin embargo, tal documento no puede tomarse como absoluto para demostrar la intermediación que se pretende acreditar, pues en el mismo documento, en el numeral 5°, se indicó que la resolución en mención se encontraba pendiente de desatar los recursos de reposición u en subsidio apelación en la vía gubernativa, por lo que dicha decisión no se encontraba en firme y por tal razón, no puede indicarse que en efecto se hubiere mantenido dicha decisión, ya que no se aportó ni la mencionada resolución que impuso la sanción, ni los actos administrativos que la hubieren confirmado.

Por otra parte, se recepcionó el interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada, quien indicó que no era cierto que se le hubiere indicado a la demandante que debería vincularse a la Cooperativa de Trabajo Asociado Gestionar a partir del 23 de julio de 2003, para prestar sus servicios a la demandada Avianca S.A., así como, que no era cierto que la actora hubiere prestado sus servicios al interior de Avianca por el periodo comprendido entre el 23 de julio de 2003 y el 31 de octubre de 2010 y entre el 1° de noviembre de 2010 y el 30 de julio de 2012, declaración de la que tampoco se puede extraer la intermediación aducida por el extremo activo y que genere la existencia de la relación laboral.

De igual forma, se aportó invitación de fecha 30 de septiembre de 2005, extendida por Avianca a la hoy demandante, en la que se indicó:



“Entregar lo mejor de sí para nuestro propio crecimiento personal y profesional, a la vez que aportamos al de nuestra Organización, merece nuestro reconocimiento.

Te invitamos para que nos acompañes al “Desayuno con el Presidente””.

En dicho documento, se menciona la fecha, lugar y hora donde se llevara a cabo el desayuno, pero pese a ello, del mismo no se logra determinar que con ocasión de tal invitación se pueda materializar la intermediación de las CTA respecto de Avianca.

Contrario a lo anterior, al proceso se allegaron contratos de transacción celebrados por las partes, de fecha 28 de mayo de 2014², correspondiendo la primera a la forma de terminación del vínculo laboral sostenido de forma directa con Avianca por el período comprendido entre el 1º de agosto de 2012 y el 31 de julio de 2014, en la se pactó una bonificación especial por la suma de \$5.867.853 y que se estableció en su cláusula primera:

“PRIMERA: EL TRABAJADOR manifiesta que en forma libre, voluntaria y sin ninguna presión, en uso de sus facultades normales, que ha convenido con LA EMPRESA, dar por terminado el contrato de trabajo que con él tenía suscrito desde el día 1 de agosto de 2012 por mutuo consentimiento a partir de la terminación de la jornada laboral del 31 de julio de 2014.”.

A su vez, la restante transacción a la que se hizo mención, se celebró por parte de Avianca S.A., para tener claridad frente a la vinculación que tuvo la actora respecto de las CTA, documento en el que se dejó sentado por las partes:

² Cfr. Fl. 46/47 y 120/121.



“PRIMERA: EL (LA) ASOCIADO(A) se afilió mediante convenio de asociación a **COODESCO DESDE EL 23 DE JULIO DE 2003** y decidió de manera libre y voluntaria dar por terminado la prestación del servicio a partir de la culminación de la jornada del día **31 DE JULIO DE 2012**.

SEGUNDA: EL(LA) ASOCIADO(A), manifiesta que durante el período relacionado en la cláusula anterior, realizó la prestación del servicio en apoyo al proceso que **AVIANCA** contrató con **COODESCO**, desarrollada bajo la dirección de **LA EMPRESA CLIENTE**, pero acorde a los estatutos u normas que regulan el trabajo cooperativo, en el que el servicio es el aporte del asociado a su cooperativa y que en efecto, se realizó en el cumplimiento de la oferta mercantil de **LA COOPERATIVA** con **AVIANCA**.

TERCERA: Así mismo y ante lo expresado con la intención de precaver acciones administrativas o judiciales, las partes en forma libre, voluntaria, espontánea y sin ninguna presión, en uso de sus facultades normales, ha convenido transar para precaver, en los términos del Libro IV, Título XXXIX del Código Civil, los posibles litigios entre las partes que pretendan la declaración de derechos laborales, con ocasión al vínculo convencional de asociación que unió a **COODESCO Y EL(LA) EX ASOCIADO(A)**, desde el **23 DE JULIO DE 2003**, hasta la culminación de la jornada del día **31 DE JULIO DE 2012**, fecha en que se dio por terminada la prestación del mismo.

CUARTA: Igualmente, **EL(LA) ASOCIADO(A)** manifiesta de manera libre, voluntaria, espontánea u sin ninguna presión, en uso de sus facultades normales, que ha convenido transar para precaver, en los términos del Libro IV, Título XXXIX del Código Civil, los posibles litigios que se pretendan imputar a cualquier relación anterior y/o vigente con Empresas de suministro de personal, Empresas de Servicios Temporales, Pre-cooperativa, Cooperativas de Trabajo Asociado, en particular **COODESCO** y/o cualquier figura de Tercerización que haya tenido relación directa con **LA EMPRESA CLIENTE**. A su vez **EL(LA) ASOCIADO(A)** se compromete además de lo acordado en el presente convenio a no presentar acción judicial alguna contra Aerovías del Continente Americano antes Aerovías Nacionales de Colombia Avianca S.A.



QUINTA: AVIANCA, en su calidad de EMPRESA CLIENTE y beneficiaria del proceso contratado con COODESCO a través de sus asociados, le concede a el(la) señor(a) IRMA NELSY MURILLO BETANCOURT una bonificación única y especial, por la suma de VEINTINUEVE MILLONES QUINIENTOS VEINTE MIL SETENTA PESOS M/CTE (\$29.520.070), suma imputable, compensable y abonable según el caso a cualquier derecho de carácter legal o extralegal, incierto, no prescrito, como consecuencia de la prestación de servicios de EL(LA) ASOCIADO(A) mediante su vinculación con COODESCO en el marco y bajo las condiciones ya descritas del proceso contratado entre AVIANCA y COODESCO, y a todos los derechos inciertos y discutibles de carácter laboral que EL(LA) ASOCIADO(A) pueda reclamar a cargo de la COOPERATIVA Y/O AVIANCA que tuviere como causa directa o indirecta el convenio de asociación que existió entre las partes o la prestación del servicio.”.

Aunado a lo anterior, se aportó por parte de Avianca copia de la oferta mercantil de venta de servicios para la ejecución de procesos técnicos, administrativos y operativos elevada por parte de la CTA COODESCO³, así como, orden de compra de servicios No. A-003000000-653AV, visible a folio 128 del plenario del plenario.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que no es posible declarar la existencia de una sola relación laboral por el período comprendido entre el 23 de julio de 2001 y el 31 de julio de 2014, pues tal como se advierte de los medios de prueba, lo que se materializa es la existencia de 2 relaciones laborales directas con AVIANCA por los períodos comprendidos entre el 23 de julio de 2001 y el 22 de julio de 2003 y entre el 1º de agosto de 2012 y el 31 de julio de 2014, mientras que respecto del período comprendido entre el 23 de julio de 2003 y el 30 de julio de 2012, fue un contrato de asociación a la Cooperativas de Trabajo Asociado Gestionar y Coodesco, labores que si bien se efectuaron en

³ Cfr. Fl. 122/127.



favor de Avianca, también lo es, que no se logró desnaturalizar dicho convenio asociativo, para materializar la intermediación laboral, advirtiendo que no se aportó medio probatorio alguno ni documental, ni testimonial, que así lo demostrara, por lo que le asiste razón al fallador de primer grado en dicho sentido, sin que por la simple invitación que se efectuó a la demandante para compartir un desayuno, se pueda advertir la vinculación laboral permanente, más aún, cuando su vínculo con las CTA fue por espacio superior a los 9 años.

Aunado a lo anterior, debe advertirse que si bien la parte actora pretende sean desconocidas las transacciones suscritas por las partes y que fueron allegados al plenario, por cuanto no se conocen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la misma fue suscrita por la ex trabajadora, así como las características del negocio que le fue propuesto, debe indicarse que de conformidad con el artículo 1508 del Código Civil, establece que para viciar el consentimiento se debe acreditar el error, la fuerza y el dolo, siendo dichos vicios de tal transcendencia que vicien el consentimiento de quien suscribe el documento, no obstante, la acreditación de los mismos debe ser demostrada por la parte que los alega, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., que para el caso bajo estudio sería la demandante.

En ese orden de ideas, no es posible dar aplicación al principio referente a que la duda se resuelve en favor del trabajador como pretende el apoderado de la parte actora, pues en el caso bajo estudio, no se acreditó si quiera de forma superflua la existencia de tales vicios del consentimiento, sino que por el contrario, no se atacó mediante algún medio de prueba la validez de los contratos de transacción suscritos entre las partes, ni fueron tachados por la parte interesada en cuanto a su aspecto material o ideológico, por lo que se le debe dar valor probatorio



a tales documentos, debiendo manifestar que si bien en los mismos se deja abierto el monto otorgado a la señora Murillo Betancourt para conciliar, imputar, compensar o abonar cualquier derecho surgido con ocasión o como consecuencia tanto de la relación laboral, como del vínculo asociativo, también lo es, que no solo por tal circunstancias, se pueda establecer la falta de validez del acuerdo al que llegaron las partes, o para que bajo el sustento de que quien firmó tal documento fue Avianca y no así las CTA, se pueda evidenciar un viso de ilegalidad, pues tal como se extrae de dichos documentos, siempre se quiso precaver una reclamación administrativa o judicial, por lo que al haberse prestado el servicios de forma directa y por intermedio del convenio asociativo, era posible celebrar la transacción de forma directa por parte de la hoy demandada.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la Estabilidad que reclama la demandante, se advierte que el Plan Voluntario de beneficios de Avianca, en su artículo 14.1 establece:

“Los colaboradores que al 1° de julio de 2005, hayan cumplido 8 o más años de servicios continuos, vinculados con contratos de trabajo a término indefinido, no podrán ser despidos sin una justa causa comprobada. Lo anterior no aplica para los Colaboradores que hubieren ingresado con posterioridad al 1 de enero de 2005.”:

Atendiendo la norma anterior, es necesario precisar que la misma no le es aplicable a la demandante, pues advierte que la cláusula de estabilidad sólo se aplicara a quienes hayan cumplido 8 o más años de servicios al 1° de julio de 2005, no obstante, en gracia de discusión la señora Irma Nelsy tan solo demostraría un total de 2 años servidos a la compañía y de tener en cuenta los prestados con las CTA, a dicha data acreditaría 4 años de



servicios a Avianca, lo que no le permite estar amparada bajo tal figura, más aún, cuando la propia norma menciona que el vínculo se debió generar mediante un contrato de trabajo a término indefinido, el que nunca ostentó la demandante y respecto de lo cual no se puede acoger el dicho de la parte actora, referente a que como en el mismo se indica que el Plan Voluntario de Beneficios sustituye cualquier otro arreglo anterior, pues no se demostró la existencia de una Plan Voluntario de Beneficios o un Acuerdo Extralegal, diferente al aportado al plenario, por lo que de igual forma se mantendrá la absolucón por tal concepto.

Finalmente, frente a la prescripción de las cesantías que deprecia la parte actora, se debe partir de lo contenido en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., normas que disponen la prescripción de los derechos laborales, cuando han transcurrido el término de tres años a partir del momento en que se hicieron exigibles.

En ese orden de ideas, al establecerse la existencia de unas relaciones laborales y unos vínculos asociativos, se advierte que en efecto los derechos laborales que se reclaman respecto del período comprendido entre el 23 de julio de 2003 y el 30 de julio de 2012, se encuentran bajo el efecto prescriptivo, pues no se interrumpió el mismo sino hasta la radicación de la demanda, por lo que transcurrieron más de los tres años contemplados en la norma, por lo que se confirmará la decisión de primer grado.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en las instancias, dada la absolucón efectuada por el fallador de primera instancia.

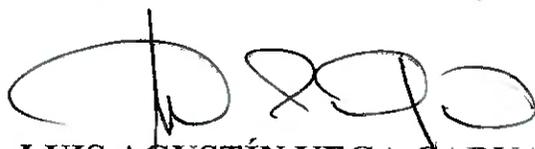


DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia por las razones expuestas en la parte considerativa de la decisión. **SIN COSTAS** en las instancias. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05-003-2019-00523-01. Proceso Ordinario de Jennifer Riveros Cepeda contra Colpensiones. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá, el día 13 de febrero de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicita la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que la demandada incurrió en mora de 11 meses en realzar el pago de la pensión de sobrevivientes desde la fecha en que se hizo exigible; se condene a la demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por



el periodo comprendido entre el 2 de septiembre de 2014 y el 1° de agosto de 2015.

Como fundamento de las pretensiones señaló en esencia que el 2 de mayo de 2014, en calidad de hija del señor Néstor Riveros Celta, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que se causó con ocasión a la declaratorio de muerte presunta por parte de este último.

Indicó que el 29 de octubre de 2014 la demandada reconoció la pensión de sobrevivencia reclamada y ordenó la inclusión en nómina para efectuar el pago en el periodo de noviembre de 2014, sin embargo, por negligencia de la entidad, ello no ocurrió, viéndose obligada a adelantar acción de tutela, logrando su inclusión en nómina de pensionados hasta el periodo de agosto de 2015.

Una vez notificada la demandada dio respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones, en lo que interesa al asunto, adujo en su defensa que el reconocimiento prestacional en cabeza de la demandante se reconoció dentro de los límites temporales, establecidos en la Ley 100 de 1993 y la Ley 700 de 2001. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, buena fe, entre otras.

El *aquo* condenó a la demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios causados entre el 21 de marzo de y el 31 de julio de 2015, sobre un capital de \$144'055.493,00 ; conclusión a la que arribó al considerar que la demandada incurrió en mora en el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivencia a favor de la demandante, puesto que se produjo por fuera del



término que para el efecto establece la Ley 717 de 2001; sin embargo declaró probada en forma parcial la excepción de prescripción.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de la parte demandante se opone a la prosperidad de la excepción de prescripción, pues a su juicio como la mora cesó con el pago de las mesadas en agosto de 2015, a partir de ese momento es que su mandante podía solicitar el reconocimiento de los intereses de mora.

Por su parte el apoderado de la entidad demandada solicita se revoque la determinación adoptada por el servidor judicial de primer grado, en consideración a que el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia se efectuó dentro de los términos que establece la Ley 700 de 2000.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.



CONSIDERACIONES

La controversia que suscita la atención de la Sala, se encuentra en establecer si es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a favor de la demandante.

Con tal propósito es del caso tener en cuenta que no es motivo de discusión entre las partes que la demandante reclamó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en condición de hija del causante Néstor Riveros Celita, el 2 de mayo de 2014, y que aun cuando el derecho se reconoció mediante la Resolución GNR 381825 del 29 de octubre de 2014, la misma fue ingresada en nómina de pensionados con la Resolución VPB 49647 del 19 de junio de 2015, con la mesada pensional de julio de 2015, esto es en el mes de agosto de la misma anualidad; oportunidad en la que se reconoció el pago de un retroactivo pensional a favor de la demandante de \$144'055.493,00.

Bajo tales supuestos, es del caso recordar que acorde con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, el pago de intereses moratorios está concebido en relación con la mora en el pago de las mesadas pensionales, lo que significa que su reconocimiento pende del retardo en que incurra la entidad pagadora en la no cancelación oportuna de la prestación a la que legalmente se tiene derecho, pues su objeto es precisamente que una vez se solicite el derecho por parte de su titular y se verifiquen los requisitos que causan la prestación, el responsable u obligado la reconozca y pague dentro del término legalmente establecido a efectos de no causar al aspirante a pensionado un verdadero perjuicio por la tardanza injustificada de la entidad de pensiones.

En cuanto al momento de su causación, valga puntualizar que el derecho a recibir el pago de las mesadas no emerge del reconocimiento de la pensión



por parte de la entidad que le corresponde, sino, en tratándose de la pensión de sobrevivientes, de la muerte del pensionado o del afiliado que reúna la densidad de semanas para la causación del derecho pensional.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que los intereses moratorios nazcan también a partir de ese mismo momento, por cuanto existe un punto de partida para establecer su causación, y es el hecho de que la entidad administradora cuenta con un término para resolver la petición, de modo que los intereses solamente empiezan a causarse si el pago se hace por fuera de aquél plazo; el que contrario a lo que refiere el apoderado de la entidad demandada, es de 2 meses a partir de que se presenta la solicitud, conforme lo establece la Ley 717 de 2001, norma que no solo es posterior, sino incluso especial en relación con la Ley 700 de la misma anualidad, por cuya aplicación propende la entidad accionada.

Aunado a lo anterior es del caso señalar que la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencia SL3010-2017, precisó que los artículos 3° y 4° de la Ley 700 de 2001 no establece una indemnización moratoria sino una responsabilidad para los funcionarios que no resuelvan en el término legal las solicitudes de pensión o cesantías.

Trasladando las anteriores premisas al caso objeto de estudio, se advierte que en tanto la demandante solicitó el reconocimiento del derecho pensional el 2 de mayo de 2014, la entidad demanda tan solo procedió a efectuar el pago correspondiente en el mes de agosto de 2015; luego es evidente que se encontraba en mora desde el 3 de julio de 2014; sin embargo, interesa a la Sala en este punto precisar que si bien los intereses de mora se causan en relación con la totalidad de las mesadas dejadas de cancelar, lo son únicamente en la medida de causación de cada una de estas.



Ahora; en lo que tiene que ver con la prosperidad de la excepción de prescripción, aspecto motivo de inconformidad por parte de la parta actora, es del caso señalar que en el asunto a pesar de que la entidad demandada efectuó el pago de la prestación a partir del mes de agosto de 2015, ya había reconocido la prestación desde el 29 de octubre de 2014, de manera que no resulta de recibo el planteamiento efectuado por la recurrente en el sentido que tan solo contaba con la posibilidad de reclamarlos a partir del momento del pago; al punto que se advierte que el 8 de enero de 2015 los solicitó a la demandada¹

En tal sentido tampoco merece reproche a la Sala la determinación que acogió el *aquo* en relación con la declaratoria de la excepción de prescripción en relación con los intereses de mora causados con anterioridad al 21 de marzo de 2015, puesto que la demandante solicitó su reconocimiento el 21 de marzo de 2018 y el término de prescripción al tenor de lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T. y S.S. es de 3 años.

En este punto interesa precisar que a pesar de que se advierte la existencia de dos reclamaciones, ello en modo alguno pugna con el contenido del artículo 151 del C.P.T. y S.S. que establece que la interrupción del término prescriptivo se puede hacer por una sola vez, en tanto los intereses de mora se causan de manera periódica, de manera que se ha de entender que la reclamación efectuada el 21 de marzo de 2015 se realizó en relación con los intereses de mora causados con posterioridad al 8 de enero de 2015, data en la que se presentó la primea reclamación.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en la alzada dado que también se asumió el conocimiento de la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta.

¹ Cfr Resolución VPB9435del 6 de febrero de 2015, fls 30 a 39.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE 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 proferida por el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia, en el sentido de condenar a la demandada al reconocimiento de los intereses de mora que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 respecto de la totalidad de las mesada pensionales, pero en la medida de la causación de cada una de estas.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión..

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTÍFIQUESE y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-004-2019-00187-01. Proceso Ordinario de Rosa María Bustos contra Colpensiones. (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, el día 2 de junio de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene a la demandada a exigir a su patrono la cancelación de los aportes pensionales para solventar las situaciones de mora e imponer las sanciones a que haya lugar, se corrija su historia laboral y se reconozca en su favor la pensión de vejez, junto con los intereses de mora.



Como fundamento de las pretensiones señaló en esencia que el 11 de diciembre de 2008 solicitó la corrección de su historia laboral en relación con los empleadores Creplast Ltda y Admiaseo Ltda. y el 14 de diciembre del mismo año presentó derecho de petición con el aportó la tarjeta de comprobación de Derecho del ISS; sin que a la fecha haya obtenido respuesta alguna.

Afirmó que ha presentado múltiples solicitudes para que se corrija su historia laboral sin obtener una respuesta favorable; que nació el 27 de febrero de 1950 y que si se tienen en cuenta las semanas que se encuentran pendientes por corregir, cumple con los requisitos para el reconocimiento del derecho pensional.

La accionada dio respuesta a la demanda en forma oportuna oponiéndose a todas las pretensiones¹, adujo en su defensa que éstas carecen de fundamento legal. Propuso en su defensa las excepciones de carencia de título para pedir, prescripción, buena fe y compensación.

La *aquo* accedió al reconocimiento de la prestación de vejez, sin embargo, indicó que el disfrute de la misma se daría a partir de la fecha en que la demandante se desafile del sistema. Determinación a la que arribó al considerar que la demandante es beneficiaria del régimen de transición que establece la Ley 100 de 1993, que en virtud del mismo le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990 y que adicionado los periodos en mora, su derecho pensional se causó en el mes de abril de 2005; pero que en tanto no se había desafiliado del sistema no era procedente ordenar el pago de la prestación.

¹ Cfr fls 50 a 56



Inconforme parcialmente con la anterior determinación el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita el recurrente se condene a la demandada al reconocimiento de la pensión de vejez a favor de su mandante desde el 27 de febrero de 2005, fecha de su causación y disfrute, junto con los correspondientes intereses de mora, por cuanto no tiene la culpa de que los aportantes hayan dejado de cancelar los aportes y no haya podido reclamar su pensión en debida forma.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la anterior determinación fue adversa a los intereses de la demandante y no fue recurrida, al tenor de lo se dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso la remisión del presente asunto para que se asumiera el conocimiento de la determinación acogida en primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente el reconocimiento de la prestación de vejez a favor de la demandante, y de ser así si hay lugar a ordenar el pago de la misma a partir del 27 de febrero de 2005.



Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado que la demandante nació el 27 de febrero de 1955 y que se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida que actualmente administra la entidad demandada, desde el 30 de septiembre de 1978.

De acuerdo con los anteriores supuestos, tal como lo consideró la servidora judicial de primer grado, la demandante en principio es beneficiaria del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, pues para su entrada en vigencia tenía más de 35 años de edad; y que en virtud del mismo tiene derecho a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, en tanto únicamente acumula aportes al régimen de prima media con prestación definida que administra actualmente la demandada.

Bajo tales supuestos corresponde a la Sala precisar que con ocasión de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, se introdujeron modificaciones al tema pensional y entre ellos, estableció en su parágrafo transitorio número 4² un límite temporal a la vigencia del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 al señalar que no podría aplicarse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, esto es, el 29 de julio de 2005 hubieren acumulado por los menos 750 semanas de cotización, pues para este grupo de afiliados el régimen se mantiene hasta el año 2014.

Así las cosas, se ha de tener en cuenta que conforme con lo dispuesto en el artículo 12 Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo

² "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".



año, las hombres pueden acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en él establecida con 55 años de edad y la cotización de 500 semanas en los 20 años anteriores a su cumplimiento o 1000 semanas en cualquier tiempo.

En tal sentido, se advierte que al tenor de tal disposición la parte demandante cumplió la edad mínima para pensionarse el 27 de febrero de 2005 y en lo que respecta a la densidad de cotizaciones, dada la discrepancia existente entre las partes, corresponde a esta Corporación analizar el material probatorio allegado al proceso, a efectos de establecer si es procedente el cómputo de las semanas que tuvo en cuenta la *aquo*.

En este punto interesa advertir que dentro del cómputo de semanas cotizadas se deben tener en cuenta los aportes al sistema de seguridad social en pensiones que se causan en el marco de una relación laboral que no han sido satisfechos oportunamente a pesar de que la entidad administradora tuvo conocimiento de su causación, ello en cuanto una de las principales funciones y responsabilidades a cargo de las Administradoras de Fondo de Pensiones es la de garantizar los derechos conferidos por el sistema a sus afiliados en términos de eficiencia, eficacia y oportunidad, tal como tuvo ocasión de señalarlo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia del 22 de julio de 2008, dentro del radicado 34270 y en sentencia del 8 de octubre de 2014 dentro del radicado 46591, criterio reiterado en forma más reciente en la sentencia SL5192 de 2020.

En el asunto la servidora judicial de primer grado, dando aplicación al anterior criterio jurisprudencial ordenó tener en cuenta un total 455,42 semanas por cuenta de su afiliación con al empleadora María Leguizamón de Castro por el periodo comprendido entre el 10 de abril de 1986 y el 31 de diciembre de 1994; sin embargo de acuerdo con la historia laboral visible a folios 90 y 91 la demandada tuvo en cuenta respecto de dicho empleador el periodo



comprendido entre el 10 de abril de 1986 y el 31 de diciembre de 1988, de modo que tan solo es procedente ordenar a la demandada tener en cuenta respecto de dicho empleador los ciclos de cotizaciones correspondientes al periodo comprendido entre el 1° de enero de 1989 y el 31 de diciembre de 1994, esto es, 313 semanas.

En punto a los periodos de cotización a tener en cuenta respecto del empleador Admiaseo en un total de 149,86 semanas, ningún reproche merece a la Sala la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado, en tanto ninguno de estos fue computado en la historia laboral de la demandante visible a folios 89 a 100.

En consecuencia advierte la Sala que hasta el 31 de diciembre de 2019 la demandante acumula un total de 1.582,29 semanas de las cuales, contaba con 852,58 semanas, de las que a su vez 852.29 se efectuaron dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, de manera que tal como lo determinó la *aquo*, la demandante acreditó el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de la prestación de vejez conforme con el Acuerdo 049 de 1990 antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Ahora, en punto al momento del pago de las mesadas pensionales interesa a la Sala recordar que la jurisprudencia laboral ha considerado que, una cosa es la causación del derecho pensional y otra el disfrute del mismo, materializándose el primero, con el cumplimiento de los requisitos de semanas o tiempo de servicio y el acaecimiento de la edad respectiva que trae la norma; mientras que el disfrute, al tenor del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, se presenta una vez se produzca la correspondiente desafiliación.

En tal sentido, si bien el derecho pensional de la demandante se causó cuando cumplió la edad mínima requerida, esto es, el 27 de febrero de 2005, se pudo



establecer dentro del plenario que para el momento en que presentó la demanda aún se encontraba cotizando de manera que tampoco merece a la Sala algún reparo la decisión de supeditar el pago de la prestación al retiro definitivo del sistema y bajo tal perspectiva tampoco es procedente el reconocimiento de intereses de mora.

En las condiciones analizadas no resta a la Sala más que confirmar la decisión de primer grado. Sin costas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de junio de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá. **SEGUNDO.- COSTAS** sin lugar a su reconocimiento en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada




LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-008-2016-00327-01. Proceso ordinario de Leonardo Gómez Castaño contra Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y Otro (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, el día 11 de marzo de 2019.

ANTECEDENTES:

El señor LEONARDO GÓMEZ CASTAÑO convocó a la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y a la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P., a fin que previo a los trámites de un proceso ordinario se declare que entre el actor y la demandada Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. existió un contrato de trabajo, así como que se declare la solidaridad ente las sociedades demandadas con



ocasión del contrato interadministrativo No. 1-07-10200.0809-2012 y que como consecuencia de las anteriores, se condene al reintegro inmediato del trabajador, en el cargo contratado y con las condiciones respectivas del contrato de trabajo; de forma subsidiaria, peticiona se ordene el pago total del contrato celebrado entre las partes por la suma de \$20.500.000, más la indemnización moratoria por el no pago de lo adeudado, la que corresponde a los intereses moratorios a la tasa de créditos de libre asignación, junto con las prestaciones sociales por el período comprendido entre el 17 de enero de 2014 y el 25 de abril del mismo año y los aportes a seguridad social por el mismo interregno.

El sustento de sus pedimentos se fundan en que entre las sociedades demandadas se celebró contrato interadministrativo No. 1-07-10200.0809-2012, para la operación del servicio público de aseo; que entre el demandante y la demandada Aguas de Bogotá S.A. E.S.P.S. se celebró contrato de prestación de servicios el 17 de enero de 2014 por espacio de 3 meses, cuyo objeto era la investigación y fallos de procesos disciplinarios de las conductas contrarias al reglamento interno de la entidad, pactándose la suma de \$6.750.000 mensuales, con horario de trabajo de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., bajo la subordinación del señor Juan Armando Fonseca Cardona; que solicitó el pago de las cuentas de cobro el 1º de abril de 2014 por la suma de \$13.500.000, correspondiente al período comprendido entre el 17 de enero al 16 de marzo de 2014; que se extendió memorando por parte del señor Fonseca Cardona el 8 de abril de 2014, en la que se solicitó información de la continuación en la prestación del servicio, por lo que mediante escrito del 11 del mismo mes y año se dispuso la prórroga por 2 meses del contrato, a partir del 17 de abril de 2014; que las labores se desempeñaron hasta el 25 de abril de dicha anualidad, por cuanto se le informó al actor por intermedio del señor Juan Pablo Vargas que debía entregar su cargo; que elevó solicitud de pago de la



suma de \$6.750.000 el 29 de abril de 2014, respecto del período comprendido entre el 17 de marzo y el 16 de abril de 2014, petición que no fue recibida por parte de la tesorería de Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., por razones ajenas al demandante, suma que no le ha sido cancelada al actor; que el demandante fue contratado con ocasión de la existencia del contrato interadministrativo, radicándose reclamación administrativa ante Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. el 19 y 18 de mayo de 2016 respectivamente, las que no han dado respuesta a la misma.

Frente a estas súplicas, la aquo, encontró probada la prestación del servicio por el período comprendido entre el 17 de enero y el 17 de abril de 2014, así como la remuneración percibida por el actor con ocasión de la prestación personal de sus servicios, por lo que era la encartada quien debía acreditar que la relación laboral no estuvo sujeta a la subordinación, situación que no fue demostrada en el trámite procesal, por lo que impuso el pago de salarios por la suma de \$6.750.000, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones, declarando la solidaridad entre las sociedades encartadas, por ser beneficiaria de los servicios prestados y absolvió de las demás pretensiones incoadas en contra de las demandadas.

Inconformes con la decisión anterior, los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

El apoderado de la parte demandante solicitó se revoque de forma parcial la sentencia proferida y solo en lo atinente con la indemnización moratoria y el pago de aportes de seguridad social. Frente al primer punto, manifestó que si bien no existe medio de prueba alguno que



acredite que el actor radicara la cuenta de cobro respectivo para el pago de los \$6.750.000, también lo es, que si se radicó la reclamación administrativa con la que se puso de presente la falta de pago y por ello es procedente el pago de intereses moratorios deprecados en la demanda. Así mismo, adujo que al declararse la existencia del contrato de trabajo, ello implica una serie de obligaciones al empleador y es el pago de aportes a seguridad social, por lo que se debe modificar la decisión en dicho sentido.

Por su parte el apoderado de la demandada Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., solicitó se revoque en su integridad la decisión proferida y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto el centro del litigio consistía en determinar la existencia de un contrato de trabajo, el que conforme con el artículo 23 del C.S.T. establece los requisitos del mismo, que no son otros que la actividad personal, cuestión que no fue debatida, la remuneración supuesto que no fue controvertido y la existencia de la subordinación y si bien el artículo 24 del mismo compendio normativo establece una presunción en derecho, también lo es, que el artículo 167 del C.G.P., dispone el concepto de la carga de la prueba, que no es otro que a las partes les incumbe probar el efecto jurídico que persiguen, situación por la cual no es suficiente con afirmar haber prestado el servicio y obtener una remuneración, para establecer la subordinación en el vínculo y por tanto afirmar que Aguas de Bogotá no desvirtuó la subordinación, pues la demandada realiza una negación indefinida respecto de la subordinación al indicar que la misma no existió, al punto que no se impusieron horarios, ni se realizaron memorandos en contra del demandante, por lo que era al demandante a quien le toca acreditar la subordinación y por ello se deben desestimar las súplicas de la demanda.



La apoderada de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá petitionó se revoque la decisión de primer grado, al considerar que las funciones del actor no fueron conexas al objeto del convenio, pues si bien se destaca que la entidad no puede celebrar ninguna clase de vínculos con terceras entidades sino media el respectivo convenio, lo que se debe evaluar es si la función y el objeto desarrollado por el actor es idéntico al de la Empresa de Acueducto, no obstante, tal situación no se advierte del plenario, pues Aguas de Bogotá creó su propio reglamento de trabajo, por lo que se contrató al demandante para adelantar los procesos disciplinarios de sus trabajadores ante la vulneración de tal reglamento, situación que no redunda en la EAAB, pues la entidad no tuvo injerencia alguna en la contratación y nómina de Aguas de Bogotá; aunado a lo anterior, por cuanto el convenio celebrado no se refirió de forma alguna a los temas disciplinarios para los cuales fue contratado el señor Gómez Castaño.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos en los recursos de apelación interpuestos por las partes, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia consisten en determinar la existencia de la relación laboral deprecada por el demandante, así como quien tenía la carga de la prueba para demostrar la existencia o inexistencia de la subordinación; así mismo, de encontrarse acreditada la relación laboral, establecer si hay lugar al pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y a la indemnización moratoria deprecada, al igual, que establecer si es



procedente la solidaridad respecto de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá

Corresponde a la Sala tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos se requieren para concluir la existencia de una relación laboral, prestación personal del servicio, retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable del contrato de trabajo, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas.

La prestación personal del servicio, primer elemento del contrato de trabajo, corresponde acreditarla a quien reclama su existencia, la cual debe surgir de la contratación directa de quien se afirma fungió las veces de empleador, durante todo el lapso que reclama la vigencia del vínculo, realizada no por iniciativa propia de quien la ejecutó, sino bajo la supervisión, vigilancia, control, dirección y órdenes que para el efecto disponga o prevea el contratante, para enrostrarle la calidad de empleador, de ahí que por previsión legal, demostrada la prestación personal del servicio, se presume la existencia del contrato de trabajo, como lo consagra el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo.

De acuerdo con lo anterior, al demandante le corresponde acreditar la prestación personal del servicio en favor de la demandada, para que de allí se presuma la existencia de la relación laboral, para lo cual, la parte actora allegó carta de aceptación AB – 09 de 2014, mediante la cual se contrató al demandante para adelantar las investigaciones y fallar los procesos disciplinarios respecto de las conductas violatorias del reglamento interno de trabajo y funciones de la Empresa Aguas de



Bogotá S.A. E.S.P., a partir del 17 de enero de 2014 y con un plazo de ejecución de 3 meses, para lo cual se pactaron honorarios mensuales por la suma de \$6.750.000, los que sería pagados previa presentación de la cuenta de cobro o factura original, certificación de cumplimiento de obligaciones aprobada por el supervisor y presentación de pago de las obligaciones del sistema de seguridad social y aportes parafiscales, el que estuvo sujeto a un *otrosí*, en el sentido que el supervisor de dicho contrato sería el Gerente Jurídico de Aguas de Bogotá¹.

Así mismo, aportó documento de fecha 11 de abril de 2014, mediante el cual se le comunicó al señor Gómez Castaño que el contrato sería prorrogado por 2 meses a partir del 17 del mismo mes y año, por lo que se le peticionó continuar con el desempeño y cumplimiento del objeto contratado, tal y como se vislumbra a folio 43 del expediente, situación que se ratifica con la cuenta de cobro No. 1, en la que el actor peticiona el pago de \$13.500.000, por los servicios prestados en el período comprendido entre el 17 de enero y el 17 de marzo de 2014.

En ese orden de ideas, se encuentra debidamente acreditada la actividad personal o prestación personal del servicio del demandante, así como la remuneración mensual percibida a título de honorarios por la suma de \$6.750.000.00, presupuestos que tampoco no fueron controvertidos por la demandada Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., ni en el transcurso del litigio, ni en el recurso de apelación y que por el contrario fueron aceptados por dicha encartada, sin embargo, manifiesta que no existió la relación por no acreditarse el requisito de la subordinación por la parte actora.

En atención a lo anterior, debe advertirse que de vieja data, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en reiterada jurisprudencia

¹ Cfr. Fl. 38 a 42.



se ha pronunciado frente a la carga de la prueba de acreditar o desvirtuar la subordinación como en sentencia con radicado No. 24476 del 7 de julio de 2005, M.P. Dr. Luis Javier Osorio López, en la que se indicó:

“Aquí resulta necesario recordar las orientaciones señaladas por la Corte en sentencia del 1º de junio de 2004, con radicación 21554, en la que manifestó:

“...entiende la Corte que en realidad la inconformidad de la censura podría sintetizarse en que el Tribunal desconoció la presunción contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, pues el demandante demostró, con las pruebas que el cargo enuncia inicialmente, que fue un trabajador subordinado del demandado por más de 20 años, pues no solo le prestó servicios personales durante ese lapso como contador y tenedor de libros, sino que también esa labor le fue remunerada mensualmente, surgiendo la subordinación de la propia labor desempeñada sin que sea necesario demostrarla en juicio.

Sobre el particular responde la Sala:

Es verdad que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la presunción de que toda relación de trabajo personal se entiende regida por un contrato de trabajo, frente a la cual la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido del criterio de que quien la alegue en su favor tiene que demostrar la prestación personal del servicio para entenderse cobijada por ella, mientras que al beneficiario de dicha prestación es a quien le corresponde desvirtuar que en la misma no existe el elemento de la subordinación.”.

De acuerdo con la jurisprudencia en mención, es necesario enfatizar que quien debe acreditar la inexistencia de la subordinación es la parte demandada que es quien se beneficia de la prestación del servicio, por lo que no puede la parte encartada en la simple negación indefinida de la inexistencia de dicho presupuesto, para derivar en la inexistencia de la relación laboral, ya que si bien se podría indicar la inexistencia de



horarios y llamados de atención en contra del demandante, también lo es, que aunque sea, debía demostrar que la función desarrollada se ejecutó con total autonomía e independencia, supuestos que se reiteran no fueron demostrados por la encartada Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y por tanto se confirmará la decisión de primer grado frente al concepto estudiado, para lo cual se tendrán en cuenta los mismos extremos establecidos por la falladora de primer grado, al no haber sido controvertidos los mismos por las partes.

Ahora bien, frente al pago de aportes al Sistema General de Pensiones que deprecia la parte actora, por el período en que desarrolló sus labores, se advierte acertada la decisión de la aquo, ya que tal como lo manifestó la falladora de primer grado, para que se realizara el pago de los denominados honorarios, era necesario presentar la constancia de pago de las obligaciones frente al sistema de seguridad social y aportes parafiscales, lo que implica que el actor canceló dichos rubros y por tanto ordenar nuevamente su pago, implicaría una doble cotización derivada de una misma vinculación y una misma prestación personal del servicio, pues los aportes se realizarían por el demandante y por parte de la demandada Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., situación que no es viable y por ello lo procedente, sería la devolución del pago efectuado por el demandante en su favor, sin embargo tal pretensión no se elevó en el proceso y por ello, no se puede imponer condena al respecto.

De igual forma, a idéntica conclusión se llegaría respecto de las cotizaciones del interregno comprendido entre el 18 de marzo de 2014 y el 17 de abril de la misma anualidad, pues si bien no se realizó el pago del mes de salario o denominado honorario por parte de la encartada, también lo es, que no hay certeza si el demandante efectuó dicho pago de forma directa o si por el contrario al cotización se encuentra en mora de



pago, toda vez que al plenario no se aportó medio de prueba alguno del que se pueda extraer dicha información y por ello de igual forma, se incurriría en un eventual doble pago, por lo que se absolverá de tales presupuestos.

Finalmente, se advierte que la indemnización moratoria se encuentra consagrada en el artículo 65 del C.S.T., e impone la sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de salario y prestaciones sociales, no obstante, dicha sanción no es de aplicación inmediata, sino que debe estar precedida por la mala fe en la que incurrió el actor al no cumplir con las obligaciones laborales que tenía a su cargo.

Al respecto, debe indicarse que el demandante solicita el pago de tal pretensión, bajo el sustento que si bien no se presentó cuenta de cobro solicitando el último mes de salario, también lo es, que cuando se presentó la reclamación administrativa, sí se informó acerca de la deuda de dicho concepto en su favor, no obstante, no fue otorgado el pago de la mensualidad correspondiente entre el 18 de marzo de 2014 y el 17 de abril de la misma anualidad.

Al respecto, debe indicarse que también le asiste razón a la falladora de primer grado frente a la absolución impuesta, por cuanto dentro del plenario se evidencia la buena fe con la que actuó el empleador respecto de su trabajador, pues el mismo actuó bajo la premisa de la existencia de un contrato de prestación de servicios, pues no solo obra en el plenario dicho contrato al que ya se hizo referencia, sino que además, fue el actor quien a su vez presentó las cuentas de cobro de los honorarios respectivos y a su vez realizó las afiliaciones ante la EPS SANITAS y COLPENSIONES, para la cobertura de los riesgos de salud y pensión, e incluso, entre el señor Leonardo Gómez Castaño y el gerente Jurídica de

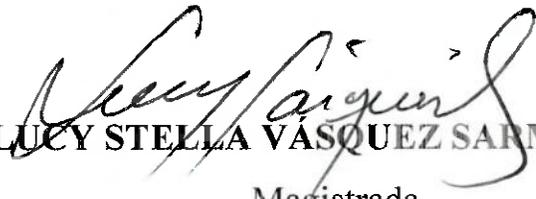


la sociedad Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., se llevó a cabo reunión para realizar acta de cumplimiento del objeto contractual del demandante, lo que denota que la actuación de la demandada siempre se dirigió hacia la existencia del contrato de prestación de servicios y no respecto del contrato de trabajo, lo que resalta la buena fe de la demandada y por lo que se confirmará la decisión de primer grado en su integridad

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado estarán a cargo de la demandada y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS.** Las de primer grado estarán a cargo de la encartada y sin ellas en segunda instancia, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la sentencia. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-009-2017-00421-01. Proceso ordinario de Carlos Andrés Baquero Cuellar contra Medical Global Center SAS (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el día 28 de febrero de 2019.

ANTECEDENTES

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo con la demandada en el periodo comprendido entre el 1º de julio y el 15 de septiembre de 2016, en el que se acordó una remuneración mensual de



\$6'500.000,00; se condene a la demandada al reconocimiento y pago de salarios, horas extras, aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, cesantías, intereses sobre las cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones y a indemnización moratoria.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que celebró contrato verbal de trabajo a término indefinido con la sociedad demandada el 1º de julio de 2016, para desempeñar el cargo de Director Médico; y que en razón a dicho cargo tenía una jornada laboral de domingo a domingo, con un salario mensual de \$6'500.000,00.

Indicó que la demandada efectuó el pago parcial del salario correspondiente al mes de julio de la misma anualidad, no canceló el salario correspondiente al mes de agosto e incumplió con el pago de aportes al sistema de seguridad social.

Afirmó que debido al desgaste emocional que le produjo el incumplimiento de las obligaciones por parte de la accionada, el 15 de septiembre de 2016 renunció; y que a pesar de que ha solicitado el pago de los salarios y prestaciones a la fecha de la presentación de la demanda, no se le han cancelado.

Una vez notificada la sociedad demandada dio respuesta en oposición a todas y cada una de las pretensiones, adujo en su defensa que no celebró contrato de trabajo con el demandante y que éste se ofreció a prestar servicios de médico en ambulancia en la modalidad de evento. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de los elementos constitutivos de trabajo en la relación entre las partes, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y temeridad o mala fe.



La *aquo* absolvió a la demandada de todas las pretensiones al considerar en esencia que si bien se acreditó la prestación personal del servicio por parte del demandante a favor de la sociedad demandada y de acuerdo a ello en principio operó la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T.; la misma había sido desvirtuada, dado que, no se pudo determinar la continuidad en la prestación del servicio y tampoco se acreditó que se le hubiere asignado un puesto de trabajo, ni que recibiera órdenes precisas en cuanto a su ejecución.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación el cual le fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce el recurrente que sí existió un vínculo de carácter laboral entre las partes, al acreditarse los elementos del contrato de trabajo; señala que si se dividen los \$5'500.000,00 que afirma la demandada que pagó al accionante, entre \$20.000,00 que costaba la hora, daría un mínimo de 275 horas al mes mientras que en un contrato de trabajo normal se laboran 208 horas al mes.

Afirma que a su mandante le correspondía realizar funciones como médico que se desarrollaron a lo largo de la relación y se exigió experiencia como médico, capacitación y formación profesional propia de un contrato de prestación de servicios; pero que no contaba ni con autonomía ni con la dependencia para el desarrollo de sus funciones



porque tenía un horario específico y una ordenes que eran emanadas por los representantes directos de la demanda.

Sostiene que para realizar los traslados de pacientes debía contar con una disponibilidad de 24 horas como médico que lo llamaran en cualquier momento para hacer estos servicios, y que en tal sentido, estaba sujeto a las órdenes de las directivas de la institución en relación con los servicios médicos.

Agregó en el mismo sentido que de acuerdo con la prueba testimonial recepcionada quedó demostrado que accionante tenía un contrato verbal que a su juicio se constituye de manera objetiva y subjetiva en una relación laboral a término indefinido con obligaciones claramente estipuladas.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En los términos del recurso de apelación y, en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.PT. y la S.S., el análisis de la Sala se contraerá a definir si es procedente el reconocimiento de la existencia de la relación laboral entre el demandante y la demandada; y si como consecuencia de ello es procedente el reconocimiento y pago de las acreencias laborales deprecadas.

En las condiciones en que se encuentra planteado el litigio, considera esta Colegiatura oportuno comenzar por señalar que de acuerdo con el artículo



23 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos se requieren para concluir la existencia de esta clase de vínculos, a saber, la prestación personal del servicio, la retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable de esta clase de contratos, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que significa, que automáticamente queda excluido el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor.

Ahora bien, cumple advertir, que si bien el contrato de trabajo se configura con la concurrencia de los tres elementos reseñados, también lo es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del C.S.T.¹ basta con la acreditación de la prestación en forma personal del servicio para que se presuma su existencia, por tanto, cumplido tal presupuesto la carga probatoria se invierte y será en consecuencia a la demandada, si se opone a su existencia, a quien le corresponde acreditar que no se estructuran los elementos contenidos en el artículo 23 de esta misma obra, para desvirtuar dicha presunción.

Por lo tanto, a efectos de acceder favorablemente a las pretensiones de la demanda, al tenor de lo dispuesto en el artículo 166 del CGP, le correspondía al demandante a lo sumo acreditar la prestación personal del servicio en el periodo frente al que reclama la existencia del vínculo laboral, para que en aplicación a la presunción a la que se ha hecho alusión se entienda acreditada la relación de trabajo que reclama.

Dando alcance a las anteriores premisas al caso que ocupa la atención de la Sala, se advierte que al absolver interrogatorio de parte el representante

¹ Subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990.



legal de la demandada indicó que el demandante en condición de médico ofreció sus servicios personales, para el traslado de pacientes en ambulancia, pero que dichos servicios se prestaban de forma esporádica y de acuerdo con la disponibilidad que tuviera el demandante como médico; así mismo indicó que si bien canceló al demandante la suma de \$5'500.000,00 el primer mes, ello obedeció a un anticipo que solicitó el demandante.

Dentro del proceso se recepcionó las declaraciones de Jeison Ferney Rojas Ospina y Edwin Fernando Mondragón Aragón, quienes prestaron servicios en favor de la demandada en condición de conductores; el primero de estos afirmó que el demandante prestó servicios en la misma ambulancia, que cumplía un horario, atendía las instrucciones que se le impartían en relación con el traslado de los pacientes, como en donde se debía recoger al paciente y a donde había que llevarlo, y agregó que durante los tres meses en que aproximadamente laboró con el accionante la prestación del servicio por parte de éste era continua y que dependiendo los servicios que hubiera se descansaba los fines de semana o entre semana.

En contraposición a lo informado por el anterior deponente, Edwin Fernando Mondragón Aragón, quien además de ser conductor de ambulancia, señaló se encargaba de la revisión mecánica de los vehículos, refirió que en la demandada hay dos clases de ambulancias, las básicas, cuya tripulación está conformada por el conductor y un auxiliar, y una medicalizada, cuya tripulación además está integrada por un médico; afirmó que ésta última se movilizaba de forma esporádica y que podía durar hasta 8 días parqueada; finalmente refirió que nunca hizo parte de la tripulación de la ambulancia en que el accionante prestó servicios, a quien afirma recuerda haber visto en una o dos oportunidades



Se advierte así mismo que a folio 48 del expediente documento denominado, “*RELACIÓN DE TRASLADOS REALIZADOS EN LA MOVIL MEDICALIZADA EN LOS MESES DE JULIO- AGOSTO- SEPTIEMBRE DE 2016*” en el que se advierte que el demandante en condición de médico tripulante prestó servicios personales los días 5, 6, 11, 15, 19, 21, 26, 27 y 28 de julio de 2016, y los días 1, 2, 4, 5, 6, 8, 10, 12, 18 y 23 de agosto de la misma anualidad; se advierte así mismo en el referido documento que también ostentaron la misma condición los médicos Milenka Ávalos, Carmen Pulido, Alfonso Torres y Sergio Bautista; y que los servicios eran prestados por horas

Y a folio 49 obra comprante de egreso en el que se cancela al demandante la suma de \$5'500.000,00, en donde se relaciona como concepto “*Servicios Julio 05 a Agosto 05/2016 y anticipo a próximos traslados.*”, documento en el que además se relaciona que se encontraba pendiente la relación de traslados y copia de la planilla de seguridad social.

Del análisis conjunto del material probatorio referido, considera la Sala que si bien el demandante prestó servicios a favor de la sociedad demandada en condición de médico, y de acuerdo con lo que establece el artículo 24 del C.S.T., de esta circunstancia es posible establecer la existencia de la relación laboral; también lo es que la misma se encuentra desvirtuada.

Así se afirma en tanto, de acuerdo con la documental aportada se establece que en realidad el accionante prestaba servicios por evento y de acuerdo con su disponibilidad, pues se advierte que prestaba el servicio algunos días el mes por horas y que además, la misma actividad era desarrollada por otros médicos con el mismo equipo humano y técnico, pues de acuerdo con la referida documental el conductor y la auxiliar de dicha ambulancia eran



Ferney Rojas y Ángela Hernández; así mismo, las fechas en que los galenos atendían los servicios era diferentes.

Ahora; aun cuando el recurrente sostiene que de acuerdo con el valor que reconoció la demandada en el mes de agosto de 2016 y el valor que el representante legal afirmó reconocer por cada hora de servicio se podía establecer que el actor prestó servicio en el mes en jornada superior a la permitida por el Código Sustantivo del Trabajo; no puede pasar la Sala desapercibido el hecho que en el comprobante de egreso referido se dejó consignado que además de remunerar los traslados de pacientes efectuados por el demandante entre el 5 de julio y el 5 de agosto de 2016, el valor entregado además correspondía a un anticipo a próximos traslados, luego no resulta de recibo el planteamiento esgrimido en la alzada.

En las anteriores condiciones no resta a la Sala más que confirmar, la determinación adoptada por el servidor judicial de primer grado. Costas sin lugar a su imposición en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,



RESUELVE:

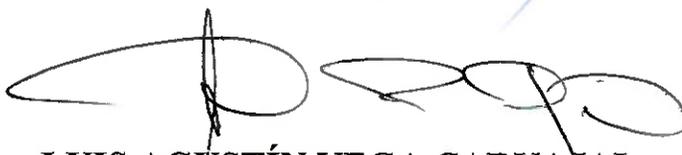
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

SEGUNDO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05 010 2018 00106 01. Proceso Ordinario Gladys Angélica Lara Tello contra Colpensiones y Otros (Consulta).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá, el día 10 de febrero de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que la nulidad de la vinculación realizada el 22 de diciembre de 2008 a la AFP Protección S.A., el 22 de diciembre de 2008 a la AFP Protección S.A., y el 24 de junio de 2009 a la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A.; se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como lo prevé el artículo 1746 del Código Civil.



En lo que interesa al asunto, como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 12 de junio de 1959, que desde el inicio de su vida laboral se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, en el que completó un total de 529,29 semanas.

Indicó que el 25 de julio de 2000 suscribió solicitud de afiliación a la AFP Porvenir S.A., que el 22 de diciembre de 2008 suscribió solicitud de traslado a la AFP Protección S.A. y el 24 de junio de 2009 suscribió solicitud de traslado a la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A.

Señaló que en cada una de las afiliaciones a las diferentes administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, no tuvo una asesoría previa en la cual se le explicaran los beneficios y desventajas de su traslado de régimen, para que tomara una decisión libre y espontánea.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ aceptó los hechos relativos a la afiliación al régimen de prima media con prestación definida. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. Colpensiones indicó que la afiliación de la demandante a Porvenir y posteriormente a Protección es válida y que en todo caso cualquier supuesto vicio en el consentimiento quedó saneado al haberse trasladado en más de una oportunidad. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos e inexistencia de la obligación.

La Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., adujo que las pretensiones son improcedentes en tanto no existió vicio

¹ Cfr fls 38 a 43



alguno en el consentimiento expresado por la accionante al momento de su afiliación y que la información que se le suministró se encuentra acorde con las disposiciones legales; resaltando que para el momento en que se produjo el traslado no tenía la obligatoriedad de brindar la información en los términos en que lo solicita la accionante. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe y enriquecimiento sin causa.

La AFP Protección S.A. a su vez indicó que la demandante no allega prueba sumaria de las razones del hecho en que sustenta la nulidad de traslado, ni establece de que naturaleza es la misma, por lo que a su juicio no puede ser otra que la nulidad relativa y agrega que de aceptarse la existencia de un vicio del consentimiento en los términos en como se señala, implica reconocer que el ordenamiento jurídico tiene como excusa el desconocimiento del derecho, lo que afirma se encuentra en contravía de lo dispuesto en los artículos 9 y 1509 del C.C. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, compensación y buena fe.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que de acuerdo con la documental aportada la afiliación que efectuó la demandante en el año 2000 se anuló y que en el año 2002 realizó un nuevo traslado el cual no fue cuestionado a través del presente proceso; y agregó que en el asunto no hubo falta de información, pues del interrogatorio de parte absuelto por la accionante era posible establecer que tenía conocimiento acerca de la rentabilidad, que se podía pensionar anticipadamente y que además había hecho uso del derecho de retracto al RAIS.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA



En cuanto la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa a la parte demandante y no fue recurrida, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Previo a abordar el análisis del fondo del asunto, se considera oportuno señalar, que de antaño tanto la jurisprudencia tanto de la Sala Laboral, como de la Sala Civil, ha hecho hincapié en el deber de interpretación de la demanda que tiene el servidor judicial, a fin de descubrir la auténtica intención del suplicante; ello a efectos de que no cualquier falencia pueda llegar a impedir el sacrificio del derecho sustancial. De esta forma lo enseñó la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 11 de mayo de 2009 con ponencia del Magistrado Dr. Arturo Solarte Rodríguez y la Sala de Casación Laboral en sentencia SL580-2013.

Lo anterior, se trae a colación en tanto si la servidora judicial de primer grado hubiera interpretado la demandada en su integridad, habría advertido que el verdadero querer de la demandante, más allá de la nulidad una afiliación puntual, era la nulidad de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y como consecuencia de ello su retorno al régimen de prima media con prestación definida que actualmente administra Colpensiones.

En efecto, si bien entre las pretensiones de la demanda se solicitó se declarara la nulidad de afiliación de la demandante a la AFP Porvenir S.A.



en el año 2000, no puede pasar desapercibido el hecho que la demandante solicita la nulidad otras afiliaciones dentro del régimen de ahorro individual, y además solicita su retorno al régimen de prima media con prestación definida.

En tal sentido, corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que, la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga²,

² "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que tal el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."



y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones; obligación que por ende es concomitante a la creación del régimen de ahorro individual, de allí que la máxima Corporación de Justicia Laboral, acuda a lo que al efecto prevé no solamente el estatuto Financiero, sino el artículo 1604 del Código Civil.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

En este punto corresponde tener en cuenta que si bien es cierto que de acuerdo con el historial de vinculaciones que reporta la accionante en Asofondos, la afiliación que ésta realizó a la AFP Porvenir S.A. en el año 2000, aparece como anulada en el año 2001; también lo es que las cotizaciones continuaron efectuando de forma continua a dicha administradora, conforme se advierte en la relación de aportes visible a folios 112 a 116, situación que se corrobora con el reporte de semanas cotizadas a Colpensiones visible a folios 13 a 15.



Lo anterior, permite establecer con claridad, que la Sociedad AFP Porvenir S.A., debió consignar bien en el formulario de afiliación del año 2000, o en el suscrito en el año 2002, las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiéndolo de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; sin embargo, contrario a lo que consideró la servidora judicial de primer grado, no existe dentro del plenario medio de convicción que dé cuenta de ello.

Ahora; si bien al absolver interrogatorio de parte la demandante reconoce que se le suministró por parte del asesor de Porvenir cierta información relacionada con características del régimen de ahorro individual, como lo es la posibilidad de pensionarse a cualquier edad, con un mejor monto y la existencia de rendimientos; de tales circunstancias no puede considerarse que la información suministrada fuera completa y suficiente para permitirle a la accionante tomar una decisión consiente de las implicaciones de su traslado de régimen. Y en tal sentido interesa señalar que la Máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, al hacer alusión a la inversión de la carga de la prueba indicó que *“... el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue”*.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia laboral, ha reiterado que no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino que se debe acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el



sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que se reitera en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción de los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, por lo que la Sala declarará la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y como consecuencia de ello de las afiliaciones que se realizaron con posterioridad dentro del mismo régimen, a efectos de mantener intangible la vinculación de la accionante en el régimen administrado por COLPENSIONES.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado, de manera que la AFP Porvenir S.A. tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS; así mismo la



AFP Protección S.A. deberá asumir el pago de las cuotas de administración que descontó en el periodo en que el accionante estuvo afiliada a ella; y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas sin lugar a su imposición en esta instancia, las de primer grado a cargo de Porvenir S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE 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 de primer grado para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al



Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, celebrado con la Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A.

SEGUNDO.- CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante.

TERCERO.- CONDENAR a PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES el valor de los recursos que descontó por concepto de cuotas de administración, respecto de los aportes que se efectuaron a favor de la demandante.

CUARTO.- ORDENAR a COLPENSIONES recibir las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante y activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO.- COSTAS. En primera instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y sin lugar a su reconocimiento en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-010-2018-00106-01. Proceso Ordinario Gladys
Angélica Lara Tello contra Colpensiones y Otro (Sentencia Segunda Instancia).



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-012-2019-00135-01. Proceso Ordinario Laboral de Orlando Fierro Gómez contra el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia (Consulta Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante frente a la sentencia proferida el 30 de junio de 2020 por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

ANTECEDENTES:

Solicita el demandante previa declaración de que la entidad demandada es la obligada al pago de la pensión causada en su favor por el tiempo



laborado en la extinta empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia; Se le condene a reconocer y pagar en su favor la reliquidación de la primera mesada de la pensión restringida de jubilación que le fue otorgada sobre el correcto promedio mensual de lo devengado en el último año de servicio, el cual fue de \$171.985,63, con efectividad a partir del 24 de febrero de 2016, con los reajustes anuales pertinentes, y como consecuencia de ello al pago de las diferencias pensionales causadas desde la fecha de causación del derecho hasta su inclusión en nómina.

Como fundamento de las pretensiones señaló en esencia que laboró para la extinta empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia por espacio de 11 años y 28 días, entre el 18 de agosto de 1980 y el 29 de noviembre de 1991, fecha en la que su contrato fue terminado de forma unilateral por su empleadora.

Señaló que con ocasión a los servicios prestados empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, la demandada reconoció en su favor de pensión proporcional de jubilación a partir del 24 de febrero de 2016, en cuantía inicial de \$772.959,99, monto que determinó sobre un salario promedio mensual de \$151.569,00; no obstante el promedio del último años de servicio ascendió a la suma de \$171.985,63, de acuerdo con el reconocimiento de prestaciones sociales.

La entidad demandada dio respuesta a la acción en oposición a todas y cada una de las pretensiones de condena, para lo cual adujo en esencia que la pensión de jubilación le fue reconocida al demandante teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales y/o eventualidades establecidas para el efecto. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, buena fe, falta de título o causa para demandar y confianza legítima, entre otras.



El *aquo* absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que la prestación del demandante se determinó conforme con los factores que al efecto establece el inciso 3° del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, y precisó que no era procedente tener en cuenta la base salarial con la que se liquidó el auxilio de cesantías del demandante como se pretende en la demanda, dado que éste último derecho se reconoce con el último salario devengado y el derecho pensional con el promedio del último año.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala establecer si resulta procedente reajustar el monto de la pensión de jubilación reconocida a favor del demandante, teniendo en cuenta para el efecto como base de liquidación la suma de \$171.985,63.



Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes que no fue objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado dentro del plenario, que la entidad demandada mediante Resolución 931 del 29 de junio de 2017, reconoció a favor del demandante pensión restringida de jubilación en cuantía inicial de \$772.959,99 a partir del 24 de febrero de 2016, prestación que determinó teniendo como salario promedio la suma de \$151.569,00

Así las cosas, en tanto no es objeto de discusión entre las partes la condición de pensionado de la demandante, así como la tasa de reemplazo que le fue reconocida; en punto a la determinación del ingreso base de liquidación de la pensión restringida de jubilación, es del caso tener en cuenta que el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, prevé: *“la cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios”*.

Sobre ello, la máxima Corporación de Justicia Laboral, en la sentencia No. 60193 del 21 de mayo del 2014, indicó que no se podía acudir a la Ley 33 de 1985 ni a la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3° de la primera, para hallar el IBL de la pensión restringida, dado que dichas normas se ocupan de otro tipo de prestación; y que de acudirse a dichas reglas se desconocería el principio de inescindibilidad de la norma consagrado en el artículo 21 del C.S.T, que impone que la aplicación de una regla de derecho se haga de manera íntegra.

Sin embargo; la misma Corporación, en sentencias con radicados 62723 del 23 de septiembre de 2015, 61023 del 27 de enero de 2016 y SL123-



2020, ha dispuesto claramente la liquidación de la pensión que regula el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 con los factores que define el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, en la medida que esa es la base que determina la Ley para las pensiones de los trabajadores oficiales, mientras que la alusión al artículo 260 del CST, es propio de los servidores particulares, que no es el caso de la aquí demandante; de suerte que para dicha liquidación se debe acudir entonces al promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, con lo cual se descarta otros factores.

En el asunto, se advierte que no se señala en forma concreta la inclusión de algún factor salario para la liquidación de la prestación de jubilación; sin embargo, al realizar las operaciones aritméticas de rigor con los factores establecidos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, de acuerdo con la certificación aportada en el medio magnético¹, en el último año de servicio percibió la suma de \$1'818.826,12, por lo que en promedio \$151.568,84, base salarial que tuvo en cuenta la entidad demandada para liquidar la pensión de jubilación.

En las condiciones analizadas, no resta a la Sala más que confirmar la determinación adoptada por el servidor judicial de primer grado. Costas, sin lugar a su imposición en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

¹ Cfr CD fl 75



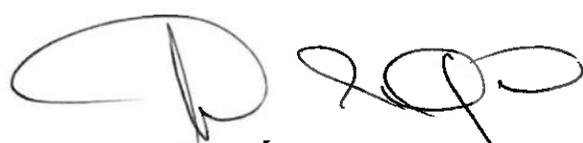
RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito dentro del asunto de la referencia. **COSTAS** sin lugar a su imposición en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-016-2017-00761-01. Proceso Ordinario de María Elcy Bejarano Velásquez contra Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada, para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 13 de febrero de 2019.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un único contrato de trabajo con la demandada desde el 2 de enero de 2012 hasta el 31 de agosto de 2016, en virtud de la cual ostentó la condición de trabajadora oficial; se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las diferencias salariales con los trabajadores de planta que ejerzan el cargo de Auxiliar de Lavandería, las cesantías, intereses a las cesantías, prima de antigüedad,



prima de vacaciones, prima de navidad, prima semestral, la compensación de las vacaciones, al pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social integral, a la devolución indexada de los descuentos efectuados por concepto de retención en la fuente, del auxilio de transporte, del auxilio de alimentación, la indemnización moratorio que establece el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, la sanción por no consignación de cesantías, la sanción por no pago de intereses a las cesantías. Solicitó igualmente que se declare que el tiempo laborado bajo la modalidad de contratos sucesivo de arrendamiento de servicios de carácter privado y de prestación de servicios con el Hospital Meissen se debe computar para efectos pensionales, así como todo beneficio convencional derivado de la convención colectiva de trabajo.

Como sustento de sus súplicas indicó en esencia que laboró de manera ininterrumpida para la entidad demandada, antes Hospital Meissen ESE, desde el 2 de enero de 2012 hasta el 31 de agosto de 2016, en el cargo de Auxiliar de Lavandería.

Señaló que se vinculó mediante la suscripción de contratos de arrendamiento de servicios y de prestación de servicios sucesivos y habituales de forma ininterrumpida; cumpliendo un horario de lunes a viernes de 7:00 am a 1:00 pm y de 1:00 pm a 7:00 pm con disponibilidad de tiempo los fines de semana.

Afirmó que el último salario devengado ascendió a la suma mensual de \$836.000,00 para el año 2014, el cual le era consignado en una cuenta del banco Davivienda, previo descuento del impuesto en la retención en la fuente y el impuesto I.C.A.



Agregó que antes de la suscripción de los contratos se le exigía la constitución de una póliza de cumplimiento y se le exigía afiliarse como trabajadora independiente al sistema de seguridad social; que nunca le fueron otorgadas vacaciones, ni le fueron pagadas sus prestaciones sociales; y que tenía compañeras de trabajo que cumplían las mismas funciones y estaban vinculadas como trabajadoras de planta con la denominación administrativa Servicios Generales Código Grado III- A.

Una vez notificada la entidad demandada, dio respuesta en oposición a todas las pretensiones; adujo en su defensa que la demandante prestó servicios personales mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios presentando su oferta como contratista independiente regidos por la Ley 80 de 1993 y que si desarrolló sus actividades dentro del horario del Hospital lo hizo para poder cumplir con el objeto contractual. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia de la obligación y del derecho, pago, ausencia de vínculo de carácter laboral, entre otros.

El juez de primer grado, al proferir sentencia declaró la existencia del vínculo laboral deprecado y condenó a la demandada al reconocimiento y pago de las diferencias salariales, el auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, compensación en dinero de vacaciones, prima de servicios, sanción moratoria, auxilio de transporte, la sanción moratoria, así como la sanción por pago de los intereses a las cesantías y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Conclusión a la que arribó al considerar en esencia que de acuerdo con las actividades para las que fue contratada la demandante era procedente declarar la existencia de un vínculo de carácter laboral frente a la Empresa



Social del Estado demandada, dado que se trataba de actividades operacionales y no se desvirtuó la presunción que al efecto establece el artículo 20 del Decreto 212

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos en el efectivo suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la parte demandante cuestiona puntualmente la determinación adoptada por el servidor judicial de primer grado en relación con la aplicación de derechos convencionales, el pago de aportes parafiscales y la sanción por no consignación de cesantías.

En punto a los derechos de carácter convencional aduce que es procedente el reconocimiento del auxilio de alimentación, la prima de antigüedad y la prima de vacaciones, en tanto la demanda nunca fue sorprendida.

Agregó en el mismo sentido que la entidad demandada al dar respuesta al derecho de petición aportó dicha documentación y que la documental que obra en el CD obra el sello de depósito, el que según entiende fue tomado como una compilación de sucesivas convenciones colectivas.

En relación con el pago de aportes, aduce que al demostrarse la existencia de la relación laboral, la demandante tenía derecho a acceder a todos los beneficios que tienen los trabajadores oficiales y que en tal sentido la obligación de pagar los aportes en seguridad social estaba a cargo de la demandada realizando los descuentos correspondientes, pero que en el asunto la demandante se vio obligada a pagar de su propio pecunio dichos



aportes, debiéndose condenar a la demandada a pagar lo que le correspondía como empleador no solo en pensiones sino en salud y caja de compensación familiar so perjuicio de defraudar el sistema.

Finalmente, en relación con la sanción por no consignación de cesantías, indicó que si bien se reclamó el reconocimiento de la misma en los términos de la Ley 50 de 1990, el juez como director del proceso debe dar aplicación a la norma que deba aplicarse a temas específicos y por tanto debió haberse dado aplicación a lo que al efecto establece la Ley 244 de 1995, la cual prevé una sanción similar a favor de los trabajadores oficiales.

Por su parte la apoderada de la entidad demandada se opuso a la declaratoria de la existencia de la relación laboral y como consecuencia de ello las condenas impuestas en contra de su representada, especialmente en lo que respecta a la indemnización moratoria.

Aduce al efecto que las declaraciones recepcionadas dieron cuenta que la demandante desarrolló las actividades indicadas en los contratos de prestación de servicios en forma coordinada, pero que no acreditó que la prestación del servicio hubiere sido en forma subordinada.

En punto al reconocimiento de la indemnización moratoria sostiene que no hubo un uso indebida de la forma de contratación, sino la necesidad de contratar personal adicional ante las dificultades presupuestales de la entidad para contratarlo directamente.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:



CONSIDERACIONES:

En virtud de los argumentos expuestos al interponer el recurso de apelación, acorde con lo establecido en el artículo 66A del C.P.T. y S.S. el análisis de la Sala en esta instancia se circunscribe a determinar si es procedente declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante con la entidad demandada, y de ser así, analizar la procedencia del reconocimiento de los derechos convencionales, el pago de aportes parafiscales, la sanción por no consignación de las cesantías y la indemnización moratoria.

Con tal propósito, es del caso comenzar por indicar que no es objeto de discusión en esta instancia que la demandante prestó servicios personales para para la demandada en actividades de recolección y lavado de ropa hospitalaria desde el 2 de enero de 2012 hasta el 31 de agosto de 2016; así como tampoco lo es el hecho de que atendiendo las actividades de servicios generales desarrolladas por la demandante y la naturaleza jurídica de la entidad demandada, al tenor de lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 26 de la establece la Ley 10 de 1990, resulta procedente declarar la existencia de la relación laboral.

En tal sentido por razones de carácter metodológico la Sala se adentrará en primer término en el análisis de los motivos de inconformidad expuestos por la apoderada de la entidad demandada, en tanto cuestiona la existencia del vínculo laboral que se reclama.

Al respecto corresponde tener en cuenta que de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° del Decreto 2127 de 1945, para que se configure la existencia del contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos: 1. **La actividad personal o prestación del servicio** 2. **La dependencia o continuada subordinación**, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en



cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y; 3. **La existencia de salario.**

En este mismo sentido, resulta imperativo advertir a la accionada que el artículo 20¹ del Decreto citado, con la acreditación de la prestación personal del servicio, permite presumir la existencia de la relación laboral que se reclama; presunción que conforme lo ha adocinado la jurisprudencia, no se desvirtúa con la simple exhibición de los contratos de tipo comercial, civil, o incluso de naturaleza administrativa suscritos entre las partes, pues independientemente del rótulo que se le dé al contrato que estas suscriben, lo que resulta determinante es lo que sucede en el campo de los hechos, esto es, la forma como se ejecuta la prestación del servicio.

Y en tal sentido, aun cuando la carga probatoria recae en cabeza de la demandada, advierte la Sala que de las declaraciones vertidas al proceso por Jimena Liliana Castro Ayala y Blanca Inés Melo personas que tuvieron una relación directa con la demandante en desarrollo de las actividades para las cuales fue contratada la accionante, en condición de compañeras de trabajo en diferentes periodos; permiten establecer el carácter subordinado con que la demandante ejecutaba las actividades para las cuales fue contratada, a pesar de que para la suscripción de los contratos con los que se vinculó se señalara su sujeción a lo normado en la Ley 80 de 1990, pues refieren que estuvo en prestando en el área de lavandería; y que en cumplimiento de sus funciones no solo debía cumplir turnos de trabajo dentro de un horario, sino que además recibía órdenes, rendían informes de sus actividades y cumplían las mismas labores que ejercían otros empleados de planta.

¹ "El contrato de trabajos se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción."



Las razones expuestas son suficientes para determinar la existencia del vínculo laboral, razón por la que se confirmará la decisión que sobre el particular acogió el servidor judicial de primer grado, pues aun cuando la accionada contaba con la posibilidad para celebrar contratos de prestaciones de servicios en los términos de la Ley 80 de 1993, como lo plantea la recurrente, lo cierto es que esto no la faculta para desconocer derechos laborales.

Establecida como se encuentra la existencia del vínculo laboral entre las partes y en consecuencia la condición de trabajadora oficial de la demandante, procede la Sala a determinar si resulta procedente el reconocimiento de el auxilio de alimentación, la prima de antigüedad y de vacaciones de origen convencional que se reclama en la alzada.

Al respecto basta a la Sala señalar que en tanto no se acredita la condición de mayoritario del sindicato de trabajadores que suscribió el texto convencional aportado a folios 27 a 33 no resulta procedente su extensión a la demandante de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 470 del C.S.T., y dentro de la prueba documental allegada oportunamente tampoco se advierte esa situación; aunado a lo anterior la pretensión en la manera solicitada en la demanda se formuló en forma genérica y no en concreto como es debido.

En lo que respecta al pago de aportes parafiscales corresponde señalar que de acuerdo con objeto de protección, únicamente resulta procedente condenar a la demandada al pago de los aportes en pensiones en la proporción que le correspondía como empleador, de acuerdo con lo que para el efecto prevén los artículos 17 y 20 de la Ley 100 de 1993, pues de acuerdo con tales preceptos, aun cuando el empleador tiene la obligación de



afiliar y pagar el aporte, el trabajador también se encuentra obligado a asumir el pago de una proporción del mismo.

En punto al reconocimiento de la sanción por no consignación de cesantías, es del caso tener en cuenta que al tenor de lo previsto en el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998² el régimen de liquidación y pago de cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se afilien a los fondos privados de cesantías es el previsto en la Ley 50 de 1990 de manera que en el asunto no se acreditó por parte de la accionante su pertenencia a un fondo privado de cesantías, no es procedente acceder al reconocimiento de la referida sanción.

Frente a los motivos de inconformidad expuestos por la apoderada de la entidad demandada en punto al reconocimiento de la indemnización moratoria, recuerda esta Colegiatura que insistentemente la jurisprudencia laboral, ha señalado que dicha sanción no es de aplicación automática, ya que para determinar su viabilidad debe examinarse la conducta del acreedor y si de ese análisis se colige que el no pago o el pago deficitario de salarios, prestaciones o indemnizaciones se debe a la creencia de no deber suma alguna hay que exonerar por este concepto.

En ese sentido, para imponer o exonerar de esta sanción, no es suficiente por una parte, la mera declaración de la existencia del vínculo laboral, como por otra, no basta con que el empleador señale o contraponga a la declaratoria del contrato de trabajo otro tipo de vínculo, ya que en este último evento se requiere de un examen de los medios de prueba para verificar hasta qué punto el convencimiento del empleador tiene tal fuerza

² “El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.”



para excusarlo de haber negado el reconocimiento y pago de los derechos laborales de su verdadero trabajador y no simple contratista.

En el asunto, a juicio de la Sala la demandada en realidad no estuvo revestida de buena fe para negar las acreencias laborales de la trabajadora; y en efecto, no puede existir una creencia sincera y convincente por parte de la pasiva de haber desarrollado desde el inicio un contrato de prestación de servicios para suplir ciertas necesidades propias del giro normal de actividades de la accionada y adicionalmente quedó establecido el cumplimiento de un horario que le imponía la entidad; ello obligaba a descartar cualquier tipo de independencia para desarrollar la labor contratada. Por tanto, si por disposición legal se sabe que cualquier intento de suprimir la libertad de horario del contratista dentro de una entidad pública, conlleva a que se presente un elemento típico de subordinación, aun cuando se ejerza frente a quien ostenta la condición de cualquier oficio, pues lo que se logró establecer es que aun cuando la accionante suscribió los contratos de prestación de servicios en forma voluntaria, en desarrollo de los mismos se presentaron los elementos de una típica relación laboral.

Razón por la que se confirmará la determinación que sobre el particular acogió el servidor judicial de primer grado.

Hasta acá el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia, dada la interposición del recurso de apelación por ambas partes.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,



RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal tercero de las sentencia recurrida en cuanto negó el reconocimiento y pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada al reconocimiento de los mismos, respecto de la totalidad del vínculo laboral, en la proporción que le correspondían como empleadora previa elaboración del cálculo actuarial por parte de la Administradora de Fondo de Pensiones a la que la demandante se encuentre afiliada.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTÍFIQUESE y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Bogotá, D. C. treinta (30) abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N°110-01-31-05-017-2018-00178-01. Proceso Ordinario de Germán Figueroa Melo contra la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de febrero de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en aquellos puntos que no fueron objeto de apelación por parte de la entidades públicas demandadas.

ANTECEDENTES:

El accionante solicitó la devolución del aporte de conformidad con lo señalado en la Ley 100 de 1993, y como consecuencia de lo anterior, se ordene a Colpensiones y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitir el bono pensional en favor de la AFP Porvenir y dicha administradora



privada, proceda con la devolución de aportes a que tiene derecho el demandante, junto con la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso.

Tuvo como fundamento de sus peticiones, que el actor laboró al servicio de varias empresas privadas y cotizó al ISS hoy Colpensiones; que el demandante laboró al servicio del Magisterio de Educación y le fue reconocida pensión de jubilación mediante resolución No. 0360 del 31 de enero de 2011; que fue elevada solicitud para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva a Colpensiones el 14 de noviembre de 2017, la que fue negada en la misma fecha; que el actor elevó solicitud ante Porvenir el 6 de febrero de 2018, para obtener la devolución de aportes, petición que fuere negada mediante oficio del 16 de febrero de la misma anualidad; que elevó solicitud de expedición de bono pensional ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 6 de febrero de 2018, el que fue desatado de forma desfavorable el 19 del mismo mes y año.

El *aquo* condenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a emitir el Bono tipo A del actor y a Colpensiones a contribuir con la cuota parte que le corresponde por el período comprendido entre el 1° de abril de 1994 y el 31 de enero de 1999, y remitirlo a la AFP Porvenir, y a esta última entidad; a que una vez cuente con el mismo, proceda con la reliquidación de los aportes a que tiene derecho el demandante con sus frutos e intereses. Lo anterior, por cuanto consideró que los aportes efectuados por el demandante al servicio de empleadores privados y aportados al ISS, son compatibles y por ello es procedente el reconocimiento de la pensión de jubilación otorgada por el Magisterio y la devolución de saldos del RAIS, no obstante, estableció el pago total del Bono pensional a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por la totalidad de las cotizaciones, enfatizó que



Colpensiones debe responder por la cuota parte comprendida entre el 1° de abril de 1994 y el 31 de enero de 1999.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos por el fallador de primer grado.

El apoderado de la demandada Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicita se revoque la decisión y en su lugar se denieguen las súplicas de la demanda, por cuanto el fallo desconoce principios del Sistema General de Pensiones, tales como el de solidaridad y ayuda mutua entre las personas, la consecución de derechos para la población vulnerable y la eficiencia que pretende lograr el mejor recurso de los bienes y su disposición de forma adecuada y oportuna para el reconocimiento de las prestaciones. De igual forma, manifiesta que vulnera el principio de sostenibilidad financiera contemplado en el A.L. 01 de 2005, así como los problemas que aquejan al sistema pensional tales como la baja cobertura, la inequidad y la sostenibilidad, que refleja que solo uno de cada 10 Colombianos se logra pensionar y aun así, el costo estatal es muy alto, lo que desconocería la voluntad del legislador y del constituyente de aprobar la reforma constitucional, así como, que desconoce la reglas de sostenibilidad contenidas en la sentencia C 253 de 2013, pues el A.L. 01 de 2005 impuso una condición para que expiraran los régimen especiales, por lo que en el caso del demandante su derecho iría hasta el 31 de julio de 2010, momento en el cual se debería tener en cuenta el régimen anterior, que no es otro que el consagrado en la Ley 91 de 1989 y el Decreto 758 de 1990. Finalmente, señala que si bien los antecedentes jurisprudenciales establecen la compatibilidad entre las pensiones de jubilación otorgadas por el Ministerio, así como la pensión de vejez que reconoce el ISS hoy



Colpensiones, también lo es, que la primera se origina con el tiempo servido y la segunda pertenece a un fondo común, no obstante, para la expedición del bono pensional, se debe contar con una partida que tiene asignada tanto el Fondo de Pensiones del Magisterio, como para Colpensiones, por lo que evidentemente, se estaría reconociendo una doble prestación a cargo de los recursos públicos.

Por su parte, la apoderada de Colpensiones solicitó revocar la decisión y se absuelva de las pretensiones incoadas, ya que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política, así como lo regulado en la Ley 549 de 1999, que disponen que nadie puede devengar dos cargos públicos, ni devengar más de una asignación salarial que provenga del erario público. En igual sentido, por cuanto la Corte Constitucional en la sentencia C 674 de 2011, dispuso que el legislador debe impedir el reconocimiento de dos prestaciones que cumplan idéntica función, pues ello sería inequitativo y la aplicación ineficiente de los recursos que son limitados, por lo que el amparo del Sistema General de Pensiones pretende cubrir las contingencias derivadas de la vejez, la enfermedad o el accidente que merme la actividades laborales.

Finalmente, la apoderada de la encartada Porvenir S.A., peticionó de igual forma la revocatoria de la decisión de primer grado, ya que se debe tener en cuenta que dicha demandada ya efectuó la devolución de aportes al actor por la suma de \$68.193.350, por lo que al prosperar la pretensión del bono pensional se debe impartir una orden de hacer y no impartir condena respecto de la indexación, ni intereses, por cuanto tal situación le correspondería al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ya que la administradora privada no adeuda monto alguno al actor, no habría lugar a la indexación impartida.



GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho que no es objeto de controversia que el señor Germán Figueroa Melo se encuentra pensionado mediante resolución No. 0360 del 31 de enero de 2011, así como, que efectuó cotizaciones en el ISS hoy Colpensiones y que actualmente se encuentra afiliado a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensión y cesantías Porvenir S.A.; el problema jurídico a resolver en esta segunda instancia está relacionado con determinar si hay lugar a la expedición del Bono Tipo A que reclama el demandante, para la devolución de fondos por encontrarse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pese a que se encuentra pensionado por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que los bonos pensionales se encuentran regulados a partir del artículo 115 de la Ley 100 de 1993, que establece:



“ARTÍCULO 115. BONOS PENSIONALES. *Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.*

Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;

b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;

c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;

d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

PARÁGRAFO. *Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono.”.*

Así mismo, el artículo 121 *ibídem* dispone:

“ARTÍCULO 121. BONOS PENSIONALES Y CUOTAS PARTES A CARGO DE LA NACIÓN. *La Nación expedirá un instrumento de deuda pública nacional denominado bono pensional, de la naturaleza y con las características señaladas en los artículos anteriores, a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades*



del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades.

Los bonos a cargo de la Nación se expedirán con relación a los afiliados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley y sobre el valor de la deuda imputable con anterioridad a dicha fecha.”.

Atendiendo la norma precedente, se evidencia que en efecto es posible la expedición del bono pensional en favor de las personas que hubieren cotizado al Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones, siempre y cuando hubiesen efectuado aportes en no menos de 150 semanas al momento del traslado, situación en la que en principio se encontraría el actor, ya que se advierte de la historia laboral visible a folio 30 del plenario, que el señor Figueroa Melo cotizó al entonces ISS entre el 1º de febrero de 1976 y el 31 de diciembre de 1999, un total de 725.71 semanas.

Ahora bien; aduce la encartada Ministerio de Hacienda y Crédito Público que es imposible la expedición del Bono Pensional, por cuanto el actor cuenta con pensión reconocida por parte del Fondo de Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pensión de naturaleza pública que se financia del erario público, así como, se financia del erario público el bono pensional, por lo que no es posible devengar doble asignación con tal naturaleza, sustento que también expuso la apoderada de la demandada Colpensiones.

Bajo el anterior supuesto, se hace necesario traer a estudio lo normado en el artículo 279 de la referida Ley 100, en la que se normó:



“ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. *<Ver Notas del Editor> El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

<Aparte subrayado condicionalmente EXEQUIBLE> Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

...

PARÁGRAFO 2o. *La pensión gracia para los educadores de que trata las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, cuando éste sustituya a la Caja en el pago de sus obligaciones pensionales.*

PARÁGRAFO 3o. *Las pensiones de que tratan las leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados.*

PARÁGRAFO 4o. *<Adicionado por el artículo 1o. de la Ley 238 de 1995, el nuevo texto es el siguiente:> Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.”.*

Así mismo, debe señalarse que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, mediante el cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo, estableció que



quienes venían afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrían derecho a las disposiciones anteriores a la norma en mención y para quienes se afilien con posterioridad, se deberían acoger en cuanto al derecho pensional a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, excepto en lo atinente con la edad, pues se establecía la edad de 57 años de edad para hombres y mujeres.

En ese orden de ideas, se advierte que en efecto el actor se encuentra en las causales de excepción a las que se ha hecho mención, ya que se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y venía afiliado antes de la expedición de la Ley 812 de 2013, a tal punto, que mediante resolución No. 0360 del 31 de enero de 2011, se le concedió pensión; por lo que bajo tal perspectiva, la pensión vitalicia de jubilación reconocida al señor Germán Figueroa Melo es compatible con las prestaciones que eventualmente pueda reconocerse en virtud del Sistema General de Pensiones contenidas en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, tal como lo señaló el Juzgador de primer grado, es procedente la expedición del Bono Pensional por parte de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, respecto de los aportes efectuados por el actor en el entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, ya que no es posible acoger el dicho de la demandada, en el sentido que tanto la prestación ya reconocida, como el bono pensional que debería emitir pertenecen al erario público, ya que tal como lo ha señalado en reiteradas oportunidades tanto la H. Corte Constitucional, como la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, tales aportes no hacen parte o provienen del erario público, sino que son recursos parafiscales cuyo origen se establece en el aporte que efectúa tanto el trabajador, como el empleador



durante la vigencia de los diferentes contratos de trabajo, más aún, cuando se observa que tales cotizaciones se realizaron ante el ISS por medio de empleadores privados.

Frente al tema concreto, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se pronunció mediante sentencia con radicado 41001 del 17 de julio de 2013, M.P. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, en la que la Alta Corporación indicó:

“En esencia, en el cargo se reprocha al Tribunal por haber dispuesto la inclusión del valor del bono pensional dentro de la devolución de saldos, por virtud de que: i) de acuerdo con las normas incluidas dentro de la proposición jurídica, los bonos pensionales solo son compatibles con la financiación de una pensión de vejez y no con una devolución de saldos; ii) y porque, en todo caso, en vigencia de la Ley 100 de 1993, no resulta posible mezclar las prestaciones de sus dos regímenes, con factores propios de un régimen exceptuado como el del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En torno a la primera cuestión planteada, el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 establece claramente que “(...) quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.” (negrillas fuera de texto).

Por su parte, los artículos 113, 118 119 y 121 de la Ley 100 de 1993 regulan la naturaleza, clases y formas de emisión de los bonos pensionales. Así también lo hace el artículo 1 del Decreto 1299 de 1994, norma que en el artículo 11 prevé que “(...) el bono pensional se redimirá cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.- Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional. 2.- Cuando se cause la pensión de invalidez de sobrevivencia. 3.- cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993.” (negrillas fuera de texto).

De acuerdo con las disposiciones trascritas, el raciocinio del censor es abiertamente infundado, puesto que los bonos pensionales deben ser incluidos dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reintegra al afiliado, a través de la devolución de saldos que regula el artículo 66 de la Ley 100 de 1993. Por lo mismo, las dos erogaciones - bono pensional y devolución



de saldos - no son excluyentes, ni el bono pensional está contemplado únicamente para financiar una pensión de vejez, como equivocadamente se denuncia en el cargo.

Ahora bien, aunque la meta ideal del Sistema de Seguridad Social es que los bonos pensionales contribuyan, en principio, a la financiación de una pensión de vejez, pues lo deseable es que todas las personas adquieran una, como fruto de su trabajo, lo cierto es que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hacen parte de una reserva de propiedad del afiliado, que debe serle reintegrada cuando no alcanza los límites legales para pensionarse.

Por lo mismo, cuando la norma condiciona la inclusión del bono pensional dentro de la devolución de saldos, a través de la expresión "si a éste hubiere lugar", no hace cosa diferente a preveer que su cómputo debe partir de la base de que hubiera sido posible emitirlo, para financiar una eventual pensión de vejez. En otras palabras, cuando es viable pagar un bono pensional para financiar una potencial pensión de vejez, porque se dan las condiciones legales necesarias para esos efectos, esa erogación también puede ser comprendida dentro del cálculo de una devolución de saldos, pues hace parte del capital del afiliado acumulado dentro de su cuenta de ahorro individual.

Sería irracional y contrario a la justicia pensar en que, como lo propone la censura, si el afiliado no alcanza las condiciones para pensionarse, que entre otras es una realidad derivada de las arduas exigencias legales necesarias para ello y del azaroso mercado de trabajo, debe perder también el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, que ha sido el fruto de su trabajo y de sus contribuciones al sistema.

Por lo mismo, la devolución de saldos debe ser pensada y entendida como una prestación alternativa a las pensiones, que busca compensar los intentos fallidos de pensión y cumplir de otra manera con los fines de la seguridad social, por lo que debe comprender todos aquellos factores derivados del trabajo y del ahorro del afiliado, que buscaban soportar financieramente su jubilación, como el bono pensional.

Así las cosas, el Tribunal no entendió de manera errónea las normas incluidas dentro de la proposición jurídica, cuando ordenó que dentro la devolución de saldos, debía incluirse el valor del bono pensional.

En lo que tiene que ver con la segunda cuestión planteada en el cargo, en este caso era perfectamente posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo, fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por la demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.



En tales condiciones, no existía incompatibilidad alguna entre el bono pensional y la pensión de jubilación oficial, como bien lo concluyó el Tribunal, ni se está prohijando una mezcla inadecuada entre dos regímenes, como lo denuncia de manera confusa la censura.

En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.”.

Atendiendo el concepto jurisprudencial anterior, se evidencia que en efecto es procedente tanto el reconocimiento de la pensión vitalicia de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como el reconocimiento de la devolución de saldos por parte de la Administradoras de Pensiones del sector privado; lo que no genera incompatibilidad entre dichas prestaciones, pues por el contrario, son compatibles; al tener su origen, una, en el tiempo de prestación de servicios, y la otra, producto de las cotizaciones por empleadores privados; situación que se reitera ocurre en el caso bajo estudio, pues la pensión se concedió con ocasión de la labor desempeñada por el actor al servicio de la Secretaría de Educación de Bogotá, mientras que los aportes en el ISS fueron de empleadores privados tales como la Fundación Gimnasio los Portales, la Precoperativa de Trabajo Asociado, entre otras, por lo que la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá emitir el bono pensional correspondiente, para la devolución de saldos en favor del señor Germán Figueroa Melo, ya que no existe discusión alguna frente a la prestación que reclama y que ya le fue reconocida en un porcentaje al actor, por lo que se ha de confirmar la decisión apelada en dicho sentido.



Ahora bien, debe precisarse que también debe ser confirmada la sentencia, en cuanto dispuso que Colpensiones proceda con la cuota parte del bono pensional que le corresponden al actor, por el período comprendido entre el 1° de abril de 1994 y el 31 de diciembre de 1999, no obstante, será la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público quien emita, liquide y pague el bono pensional en su totalidad, para lo cual dicha Cartera podrá iniciar las gestiones administrativas respectivas para obtener el pago de la cuota por dicho interregno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 1299 de 1994, que en su parte pertinente establece:

“... El valor correspondiente a la deuda imputable por concepto de bonos pensionales o cuotas partes de bono, a partir del 1 de abril de 1994 y hasta la fecha del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, estará a cargo del ISS en los casos que le corresponda, quien deberá contribuir a la Nación con la cuota parte financiera respectiva. En todo caso la Nación expedirá el bono pensional por la totalidad de su valor. (...)”.

Así mismo, le asiste razón al aquo en el entendido que dispuso que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensión y cesantías Porvenir S.A., una vez cuente con el bono pensional, proceda con el estudio de la devolución de saldos en favor del actor, para lo cual deberá tener en cuenta los términos que establece la Ley, sin embargo, se hace necesario revocar la orden impuesta por el aquo, tan sólo en lo referente, con que sea la administradora de pensiones privada quien otorgue los frutos e intereses de dicho bono pensional, como si lo hubiese tenido en su poder, ya que conforme se puede advertir del plenario, dicha encartada ya procedió con un pago por el mismo concepto, respecto de los aportes que le fueron puestos a su disposición por intermedio de las cotizaciones que efectuó el señor Figueroa Melo y sus empleadores, lo que denota la buena fe con la que ha actuado dicha demandada, aunado, con que una vez emitido y liquidado el



bono, el mismo se indexa para traer a valor presente el monto de las cotizaciones efectuadas al entonces Instituto de Seguros Sociales, por lo que se impondría una doble condena a entidades diferentes por el mismo concepto.

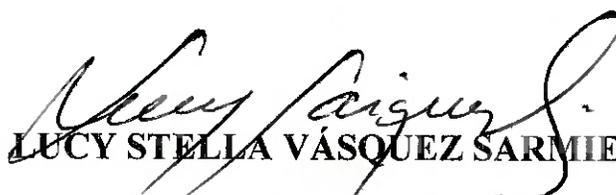
Así mismo, debe precisarse que si bien el Sistema General de Pensiones creado con la expedición de la Ley 100 de 1993, trae unos supuestos tales como Solidaridad, eficiencia y estabilidad financiera del sistema, los que fueron ratificados en el A.L. 01 de 2005, también lo es, que no se pueden desconocerse las cotizaciones efectuadas por el demandante mediante los empleadores privados, así como el tiempo de servicios, pues se reitera, su origen proviene de fuentes diferentes, así como, que no fue sino hasta la expedición del Plan Nacional de Desarrollo (Ley 812 de 2003), que se dispuso que los docentes que se vinculen a partir de la expedición de dicha Ley, tendrían los mismos derechos del régimen de prima media contenidos en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 797 de 2003, mientras que para los docentes que ingresaron con anterioridad, se aplicaría la normatividad anterior, enfatizando, que si bien se aduce por la demandada Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público que el demandante no pertenecería al régimen especial, también lo es, que dicha discusión no se plantea en el caso bajo estudio, pues, tal como se ha reiterado, al señor German Figueroa Melo le fue reconocida pensión vitalicia de Jubilación por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá, con ocasión a los 20 años de servicios prestados, dando aplicación a dicho régimen.

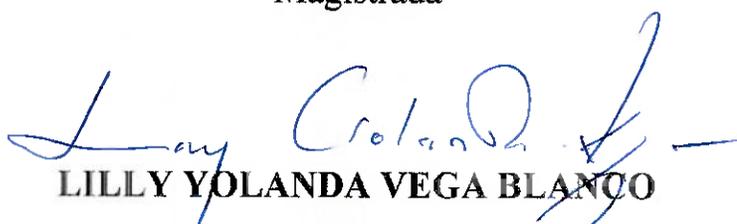
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primera instancia únicamente a cargo de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y sin ellas en la alzada, dado el conocimiento de las diligencias también en el grado jurisdiccional de consulta.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **CUARTO** de la sentencia proferida, en el sentido que el pago de la devolución de saldos que debe efectuar la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensión y cesantías Porvenir S.A., no sea indexado, ni reconocidos los frutos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, en todo lo demás. **TERCERO: COSTAS.** Sin ellas en esta instancia y las de primera instancia estarán únicamente a cargo de la encartada Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-020-2019-00405-01. Proceso Ordinario de Saúl Carabalí contra Colpensiones (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la demandada, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de febrero del 2020; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez consagrada en la Ley 797 de 2003, a partir del 23 de octubre de 2016, junto con los intereses moratorios consagrados en el

artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las mesadas y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto manifiesta que nació el 22 de octubre de 1954; que prestó servicios como Soldado por el período comprendido entre el 13 de noviembre de 1973 y el 30 de octubre de 1975; que se afilió al ISS desde el 25 de enero de 1977, desempeñando labores para Construcciones Civiles Ltda. & Cia. S.C.A desde el 9 de junio de 1980, que laboró al servicio de Con Concretos S.A. un total de 25.42 semanas, sociedad que dio aviso de la entrada y salida del trabajador; que laboró al servicio de Seguridad de Accidente Ltda., por espacio de 51.42 semanas y para Seguridad Orión Ltda., por un término de 14.71 semanas, periodos que no fueron tenidos en cuenta por Colpensiones para el derecho pensional y que suman un total de 91.57 semanas, así como, que existe un faltante de 20.57 semanas en diferentes ciclos cotizados; que elevó solicitud para el reconocimiento del derecho pensional ante Colpensiones el 23 de octubre de 2014, la que fue resuelta de forma desfavorable mediante resolución GNR 71870 de 2015, sin embargo, el actor elevó nuevamente solicitud el 7 de abril de 2015, prestación que le fue negada mediante acto administrativo GNR 201764 del 7 de julio de 2015; que según la historia laboral del actor, el mismo ha cotizado un total de 1.154,86 semanas, no obstante, de incluirse la densidad de semanas dejadas de computar, se obtendría un total de 1.368, 14 semanas.

Una vez notificada la demandada dio respuesta a la demanda en oposición a todas las pretensiones. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al Pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para

demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* advirtió que en efecto el demandante acredita los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003, ya que el actor al 24 de octubre de 2016 acreditó un total de 1.473.34 semanas cotizadas en la vida laboral, así como la edad de 62 años, advirtiendo, que la densidad de semanas cotizadas obtenidas, eran producto de la falta de reporte de cotizaciones de la Historia Laboral y que fueron acreditados con los documentos aportados por el actor, los que no fueron tachados de forma alguna, mesada pensional que ascendería al salario mínimo legal mensual vigente, disponiéndose el retroactivo pensional a partir del 24 de octubre de 2016, debidamente indexado al momento de su pago y absolviendo a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto en la resolución GNR 201764 de 2015, se le incluyó al afiliado el tiempo prestado en el sector público al Ejército Nacional, con cargo a Cajanal por el período comprendido entre el 13 de noviembre de 1973 y el 30 de octubre de 1975 y pese a ello, tan sólo arrojó un total de 1.184 semanas, hasta la última fecha de cotización del mes de marzo de 2015. Así mismo, por cuanto el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que para su reconocimiento es necesario que se acredite 35 años para las mujeres o 40 años o más para los hombres o 15 años de servicios cotizados, para aplicar el régimen anterior, sin embargo, el actor tenía 39 años y menos de 750 semanas al 1º de abril de 1994, por lo que no es beneficiario del régimen de transición.

En lo que tiene que ver con la Ley 797 de 2003, advierte que tampoco es posible el reconocimiento de la prestación, ya que el actor cotizó 1.184 semanas, siendo necesarias 1.300 semanas. Finalmente, adujo que no es dable conceder los intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por cuanto el mismo se origina frente a la mesada causada y no pagada en tiempo, situación que no se origina en el caso.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a reconocimiento y pago de la pensión de vejez que reclama el actor conforme lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 y en caso afirmativo, establecer si es procedente conceder la indexación de las mesadas causadas, así como el estudio del medio exceptivo de la prescripción.

Frente al estudio del derecho pensional deprecado por el demandante, debe indicarse en primer lugar, que el mismo no es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que el mismo exigía contar con 40 años de edad los hombres o 15 años de



servicios o 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, esto es, al 1° de abril de 1994, por cuanto el actor nació el 22 de octubre de 1954, por lo que a la data ya mencionada tenía 39 años de edad y tan sólo contaba con 621.52 semanas cotizadas, por lo que no le es aplicable el régimen de transición.

En ese orden de ideas, el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993¹, establece como requisitos para el reconocimiento del derecho pensional tener 55 años si es mujer o 60 años de edad si es hombre, no obstante, a partir del 1° de enero de 2014 la edad se aumentaría a 57 y 62 años respectivamente, así como contar con 1000 semanas cotizadas, las que irían en ascenso hasta el año 2015, para completar 1300 semanas cotizadas en cualquier tiempo por el afiliado.

De acuerdo con lo anterior, advierte esta Sala de Decisión que en efecto el demandante acreditó los presupuestos para el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Colpensiones, teniendo en cuenta que acreditó los 62 años el 22 de octubre de 2016, conforme se puede extraer de la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 27 del plenario, así como, que acreditó 1.407.82 semanas cotizadas durante su vida laboral, hasta el mes de enero de 2016.

¹ Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.



Se llega a la anterior densidad de semanas de cotización, ya que de la historia laboral actualizada por Colpensiones, no se advierte ninguna de las cotizaciones efectuadas de las sociedades Seguridad de Occidente Ltda., y Seguridad Orión Ltda., por los periodos comprendidos entre el 8 de junio de 1990 y el 23 de mayo de 1991 y entre el 5 de julio de 1991 y el 18 de octubre de 1991 respectivamente y que arrojaría un total de 49.42 y 14.85 semanas cotizadas por cada empleador, la que se encuentran reportadas en la historia tradicional del señor Carabalí y que no pueden ser descontadas, así como el tiempo de servicios que prestó ante el Ejército Nacional por el lapso comprendido entre el 13 de noviembre de 1973 y el 30 de octubre de 1975, las que ascienden a 101.14 semanas por dicho interregno.

Situación semejante ocurre respecto de los aportes efectuados por las sociedades Construcciones Civiles Ltda. Cia. S CA y Con-concretos S.A., ya que si bien se reporta una densidad de semanas en la historia actualizada, la misma es superior de acuerdo con la historia laboral tradicional y el aviso de entrada de la Seccional Valle del Cauca; lo anterior, por cuanto se encuentra reportadas cotizaciones respecto de Construcciones Civiles por un total de 33.57 semanas, no obstante, se advierte que dicho empleador reportó el ingreso del trabajador a su servicio el 9 de junio de 1980, conforme se demuestra a folio 58 del plenario, situación que conlleva a que se deba computar en la historia laboral un total de 81.7 semanas, así como respecto de Con-concretos, en la que si bien se reporta un total 10.71 semanas, también lo es, que el período que refleja la historia tradicional es el comprendido entre el 24 de abril de 1989 y el 2 de febrero de 1990, lo que arrojaría la necesidad de computar un total de 29.14 semanas que no se tuvieron en cuenta por parte de Colpensiones en la historia laboral del actor.



En ese orden de ideas, una vez computadas los tiempos laborados y las semanas dejadas de tener en cuenta respecto de los empleadores Ejército Nacional, Construcciones Civiles Ltda. Cia. S CA, Con-concretos, Seguridad Occidente Ltda., y Seguridad Orión Ltda., arroja un total de 1.407.82 semanas cotizadas por el actor durante su vida laboral, la que es superior a las 1.300 semanas que impone la Ley, no obstante, debe advertirse que si bien la densidad que obtuvo esta Sala de Decisión es inferior a la que encontró el fallador de primer grado, ello no implica la modificación en el reconocimiento del derecho pensional, ni el cambio en el monto de la mesada pensional, pues el aquo la estimó en suma equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, así como a la fecha de efectividad del derecho pensional, ya que si bien se advierte que el último de los requisitos que debía cumplir el actor era el cumplimiento de la edad, lo que en efecto se cumplió el 22 de octubre de 2016, también lo es, que en primera instancia se otorgó dicha efectividad a partir del 24 del mismo mes y año, sin que contra dicha decisiones se interpusiera manifestación alguna por la parte interesada, por lo que se mantendrá la decisión de primer grado frente a los conceptos referidos.

Ahora bien, frente a la excepción de prescripción propuesta frente al derecho pensional, debe advertirse que tal figura se encuentra establecida en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., que dispone que los derechos laborales prescriben en el término de tres años contados a partir del momento en que se ha hecho exigible la obligación.

En ese orden de ideas, se advierte que el derecho pensional se causó a partir del 24 de octubre de 2016, sin que se hubiere interpuesto reclamación administrativa posterior a dicha data y la demanda fue radicada el 31 de mayo de 2019, conforme se extrae del acta de reparto visible a folio 80 el plenario, por lo que se evidencia que no transcurrió el término trienal que



consagra la norma para que las mesadas queden cubiertas bajo el efecto prescriptivo, por lo que el medio de defensa no se encuentra probado en el caso bajo estudio.

Ahora bien, debe advertirse que tal como lo indicó el fallador de primer grado, es procedente la condena impuesta por indexación de las mesadas causadas y no pagadas por la entidad, con ocasión de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, para lo cual se deberá aplicar la fórmula de indexación señalada tanto por la Corte Constitucional, como por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ésta última desde la sentencia 31222² del 13 de diciembre de 2007, sin que sea necesario efectuar pronunciamiento alguno referente con la absolución de los intereses moratorios, por no haber sido objeto de reproche mediante el recurso de apelación.

² La CSJ señaló lo siguiente: “...Así pues, que en lo sucesivo para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones como la que nos ocupa, se aplicará la siguiente fórmula, que más adelante se desarrollará en sede de instancia:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

VA = IBL o valor actualizado

VH = Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

Con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la fórmula que se hubiere venido empleando en casos similares donde no se contempló la forma de actualizar la mesada pensional, acorde con la teleología de las normas antes citadas...”

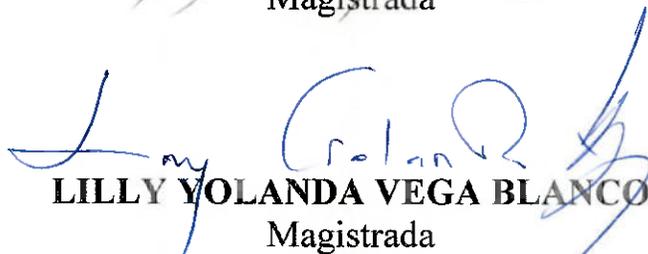
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin Costas en esta instancia dado el estudio íntegro de la decisión y las de primera a cargo a de la parte demandada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS** de primera instancia a cargo de la demandada y sin ellas en la alzada, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la sentencia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**



LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-021-2016-00486-01. Proceso ordinario de Willington Oviedo Pérez en de sus menores hijas Laura Sofía, María Ángel e Isabella Oviedo Clavijo contra Human Team S.A.S. (Consulta Sentencia)

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, el 31 de enero de 2019.

ANTECEDENTES:

El señor WILLINGTON OVIEDO PÉREZ actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijas LAURA SOFÍA, MARÍA ÁNGEL E ISABELLA OVIEDO CLAVIJO convocó a la sociedad HUMAN TEAM S.A.S., para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario: la declaratoria de un contrato de trabajo por obra o labor



determinada, el que finalizó sin justa causa por parte de la demandada y que como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, la licencia de maternidad, las horas de lactancia no disfrutadas, las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicio, la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T., causada a partir del 30 de agosto de 2012 y hasta que se haga efectivo el pago y las costas del proceso.

El sustento de sus pedimentos se fundan en que la señora Lisved Clavijo Baquero estuvo vinculada al servicio de la demandada por el período comprendido entre el 26 de agosto de 2011 y el 30 de agosto de 2012, el que fue finalizado de forma unilateral por la empleadora, desempeñando el cargo de analista de contabilidad; que se suscribió liquidación laboral entre la ex trabajadora y la hoy demandada el 23 de agosto de 2012, por un valor total de \$8.809.719; que la menor Isabella Oviedo Clavijo nació el 14 de septiembre de 2012; que la señora Lisved Clavijo Baquero falleció el 17 de agosto de 2013; que el actor obrando en nombre propio y en representación de sus menores hijas, radicó reclamación por el no pago de la liquidación laboral el 22 de octubre de 2013, no obstante, no se ha procedido con el pago por parte de la demandada.

Frente a estas súplicas, la aquo, encontró probada la prestación del servicio y por ende la existencia del contrato de trabajo, así como sus extremos y el salario devengado por la ex trabajadora fallecida, no obstante, absolvió de los pedimentos de la demanda, lo anterior, por cuanto no se acreditó en el plenario que la finalización del vínculo laboral se hubiere generado por parte de la demandada y respecto de los demás derechos laborales, adujo que se encuentran cubiertos por el medio



exceptivo de la prescripción, por lo que despachó de forma desfavorable las súplicas de la demanda.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a la parte actora, sin que se interpusiere recurso de apelación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

El problema jurídico a resolver en esta instancia, se circunscribe en determinar la existencia de un contrato de trabajo, junto con los extremos temporales del mismo y el salario devengado y de encontrarse acreditados los postulados anteriores, establecer si hay lugar al pago de los derechos laborales reclamados y las indemnizaciones deprecadas en el libelo demandatorio.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 23 del C.S.T., establece tres presupuestos para la existencia de la relación laboral, el primero de ellos es la prestación personal del servicio, el segundo la remuneración y el tercero la continuada subordinación o dependencia del empleador respecto del trabajador; no obstante, el artículo 24 del Mismo compendio normativo, establece que una vez acreditada la prestación personal del servicio, se presume la existencia de la relación laboral.



En ese orden de ideas, al plenario se allegó liquidación del contrato de trabajo efectuada por parte de Human Team Ltda., de la que se puede extraer que la actora se encontraba vinculada al servicio de dicha sociedad mediante contrato de obra o labor, en la que se reporta como fecha de ingreso el día 26 de agosto de 2011 y como fecha de retiro el día 30 de agosto de 2012, con un salario por la suma de \$1.244.760, situación que acredita la existencia de la relación laboral deprecada, por lo que en efecto hay lugar a la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo.

Ahora bien la parte actora pretende el pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, licencia de maternidad, indemnización por despido unilateral y sin justa causa, pago por horas de lactancia, en los mismos montos en que se consignó en la liquidación final de prestaciones sociales, liquidación que afirma no le fue cancelada en su momento por la demandada, por lo que se hace necesario traer a estudio lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 59 del C.S.T.:

“ARTICULO 59. PROHIBICIONES A LOS {EMPLEADORES}. Se prohíbe a los {empleadores}:

1. Deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éstos para cada caso, o sin mandamiento judicial, con excepción de los siguientes:

a). Respeto de salarios, pueden hacerse deducciones, retenciones o compensaciones en los casos autorizados por los artículos 113, 150, 151, 152 y 400.

b). Las cooperativas pueden ordenar retenciones hasta de un cincuenta por ciento (50%) de salarios y prestaciones, para cubrir sus créditos, en la forma y en los casos en que la ley las autorice.”.



Atendiendo la norma anterior, advierte la prohibición al empleador para deducir, retener o compensar suma alguna, proveniente de salarios o prestaciones al trabajador, sin que obre autorización escrita o mandamiento judicial, imponiendo dos excepciones, que son las contenidas en los artículos 113, 150, 151, 152 y 400, así como, que exista crédito con la cooperativa, momento en el cual se puede efectuar tales acciones hasta por el 50% de los salarios y prestaciones sociales. A su vez, los artículos en mención, regulan las situaciones por las cuales es posible efectuar retenciones, deducciones o compensaciones, esto es, cuando el empleador impone multas por culpa del trabajador, por cuotas sindicales de cooperativas o cajas de ahorros, cuando exista autorización especial sobre un préstamo o anticipo efectuado por el empleador o cuando se generen préstamos para vivienda, por cuanto de lo contrario, para que se acceda a tales deducciones, retenciones o compensaciones, se requiere autorización expresa y escrita del trabajador que así lo disponga.

De acuerdo con lo anterior, se evidencia que no existe documento alguno mediante el cual la señora Lisved Clavijo Baquero (Q.E.P.D.) autorizó a su ex empleador a retener las sumas otorgadas en la liquidación final de prestaciones sociales, ni explicación alguna de la encartada que sustente su falta de pago, pues la contestación de la demanda se dio por intermedio de curador ad litem, ante la imposibilidad de notificar de forma directa el litigio a la interesada, por lo que se advierte que bajo tal premisa, es procedente imponer la condena respecto de la liquidación final de prestaciones sociales en los mismos términos en los que fue otorgada por la demandada Human Team S.A.S, quien de forma anterior, se encontraba constituida como sociedad limitada, por lo que se impondrá el pago de la suma neta de \$8.809.719, monto que cubre los conceptos que se denominaron como *“APORTE EMP. SALUD Y PENS, LIC, MATERNIDAD Y/O PATERNIDAD, AJUSTE SUELDO EN*



VALOR, BONIFICACIÓN/INDEMNIZACIÓN, VACACIONES EN DINERO, PAGO HORAS LACTANCIA, AUXILIO DE ALIMENTACIÓN, PRIMA LEGAL, CESANTÍAS E INTERESES A LAS CESANTÍAS”.

No obstante lo anterior, el curador ad litem de la demanda propuso como medio exceptivo el de prescripción, que se encuentra consagrado en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., los que en su tenor literal disponen:

“ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”.

Atendiendo las normas anteriores, de las mismas se advierte que los derechos laborales prescriben en tres años desde el momento en que se hizo exigible la obligación, sin embargo, la reclamación escrita del trabajador la interrumpe por un término igual.

No obstante, contrario a lo indicado por la falladora de primer grado, en el presente caso ocurre una situación particular que no fue tomada en cuenta por la aquo, y es la atinente con que la demanda se presenta en favor de tres menores de edad, hijas de la señora Lisved Clavijo Baquero, quien falleció



el 17 de agosto de 2013, conforme se extrae del registro civil de defunción visible a folio 11 del plenario.

Lo anterior se advierte, pues Laura Sofía nació el 10 de octubre de 2003, María Ángel el 15 de diciembre de 2010 e Isabela Oviedo Clavijo el 14 de septiembre de 2012, conforme consta de sus registros civiles de nacimiento¹, por lo que se hace necesario estudiar lo dispuesto en el artículo 2350 del Código Civil, que dispone:

“ARTICULO 2530. <SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION ORDINARIA>. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 791 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> *La prescripción ordinaria puede suspenderse sin extinguirse; en ese caso, cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si alguno hubo.*

La prescripción se suspende a favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría.

Se suspende la prescripción entre el heredero beneficiario y la herencia.

Igualmente se suspende entre quienes administran patrimonios ajenos como tutores, curadores, albaceas o representantes de personas jurídicas, y los titulares de aquellos.

No se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista.”.

De acuerdo con lo anterior, se genera la suspensión de la prescripción en favor de los incapaces y respecto de quienes se encuentren bajo tutela o curaduría y en general contra la persona que se encuentra en imposibilidad

¹ Cfr. Fl. 8 a 10.



absoluta de hacer valer sus derechos, no obstante, el artículo 1504 del mismo compendio establece que son absolutamente incapaces los impúberes o incluso también los menores impúberes en ciertas condiciones².

En ese orden de ideas, se encuentra que en efecto las menores Laura Sofía, María Ángel el 15 de diciembre de 2010 e Isabela Oviedo Clavijo el 14 de septiembre de 2012, eran incapaces y por tanto no podían hacer valer los derechos por sí mismas, pues contaban con 12, 6 y 4 años de edad respectivamente, al momento de radicarse la demanda, conforme consta del acta visible a folios 24 del plenario, por lo que no pueden quedar cobijados con el efecto prescriptivo.

Ahora bien, se procede con el estudio de la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato por parte de la demandada, no obstante, tal como lo señaló la falladora de primer grado, para que proceda dicha indemnización y su consecuente pago consagrado en el artículo 64 del C.S.T., es necesario acreditar por parte del trabajador la terminación del contrato de trabajo y que la misma obedeció a la decisión del empleador y a éste último, demostrar si la misma estuvo o no revestida de una justa causa.

Frente a lo anterior, debe precisarse que no existe medio de prueba alguno que acredite que la terminación del vínculo laboral que unió a la ex trabajadora causante con la demandada hubiere finalizado de forma unilateral y sin justa causa por esta última o un eventual despido

² **“ARTÍCULO 1504. INCAPACIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA.** <Artículo modificado por el artículo 57 de la Ley 1996 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Son absolutamente incapaces los impúberes. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores púberes. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.”



indirecto, incumpléndose con la carga probatorio que le incumbía a la parte demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 167 del C.G.P., aplicable por analogía al procedimiento laboral de conformidad con lo estatuido en el artículo 145 del C.P.T. y de a S.S., precisándose, que si bien el señor Wellington Oviedo Pérez rindió declaración en las presentes diligencias, no se puede concluir situación contraria, pues manifestó que fue la señora Lisved Clavijo Baquero (Q.E.P.D.), quien decidió terminar el vínculo contractual, con ocasión del estrés que estaba padeciendo, fundamentos por lo que se absolverá de dicho pedimento.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Para resolver lo atinente con la indemnización moratoria se debe tener en cuenta que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo establece que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores la totalidad de salarios y prestaciones sociales cuando termine el contrato de trabajo, y en caso de incumplimiento, lo debe indemnizar con un salario diario por cada día de mora, no obstante, dicha aplicación no es de forma automática, sino que se debe proceder con el estudio relativo a la buena o mala fe en la que incurrió el empleador frente a la falta de pago de dichos conceptos.

No obstante lo anterior, se advierte que dentro del plenario no existe tampoco medio de prueba alguno que demuestre la buena fe con la que actuó la pasiva frente a la falta a de pago de la liquidación final de prestaciones sociales, es procedente imponer la condena al pago de la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, para lo cual se tendrá en cuenta como salario diario la suma de \$41.492.00, no obstante, la misma debe imponerse por el período



comprendido entre el 30 de agosto de 2012 y el 17 de agosto de 2013, fechas en la que se terminó la relación laboral y falleció la ex trabajadora, pues el derecho al pago de tal indemnización es atinente al trabajador y no as sus herederos, por lo que una vez efectuados los cálculos de rigor, la indemnización moratoria asciende a la suma de \$14.439.216, suma que deberá ser indexada a partir del 18 de agosto de 2013 y hasta el momento en que se efectúe su pago, de conformidad con lo expuesto en la sentencia SL 359 del 3 de febrero de 2021, M.P. Dra. Clara Cecilia Duelas Quevedo y para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula ya decantada por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, con ocasión de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado estarán a cargo de la encartada y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral Del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: DECLARAR** que entre la señora **LISVED CLAVIJO BAQUERO (Q.E.P.D.)** y la sociedad **HUMAN TEAM S.A.S.**, existió un contrato de trabajo por el período comprendido entre el 26 de agosto de 2011 y el 30 de agosto de 2012, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la sentencia. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada **HUMAN TEAM S.A.S.** al pago de la liquidación final de prestaciones sociales que dejó causada la



Ref.: radicación No. 11-001-31-05-021-2016-00486-01. Proceso ordinario de Wellington Oviedo Pérez en representación de sus menores hijas Laura Sofía, María Ángel e Isabella Oviedo Clavijo contra Human Team S.A.S. (Consulta Sentencia).

señora **LISVED CLAVIJO BAQUERO (Q.E.P.D.)**, por la suma de \$8.809.719.00, en favor de sus menores hijas **LAURA SOFÍA OVIEDO CLAVIJO, MARÍA ÁNGEL OVIEDO CLAVIJO E ISABELLA OVIEDO CLAVIJO**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **CUARTO: CONDENAR** a la demandada **HUMAN TEAM S.A.S.** al pago de la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T., equivalente a un día de salario por cada día de retardo, que dejó causada la señora **LISVED CLAVIJO BAQUERO (Q.E.P.D.)**, por la suma de \$14.439.216.00, por el período comprendido entre el 30 de agosto de 2012 y el 17 de agosto de 2013, suma que deberá ser debidamente indexada a partir del 18 de agosto de 2013 y hasta cuando se proceda con su pago, en favor de sus menores hijas **LAURA SOFÍA OVIEDO CLAVIJO, MARÍA ÁNGEL OVIEDO CLAVIJO E ISABELLA OVIEDO CLAVIJO**, atendiendo las consideraciones de la sentencia. **QUINTO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. **SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por la pasiva. **SÉPTIMO: COSTAS** de primera instancia a cargo de la demandada y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



Ref.: radicación No. 11-001-31-05-021-2016-00486-01. Proceso ordinario de Wellington Oviedo Pérez en representación de sus menores hijas Laura Sofía, María Ángel e Isabella Oviedo Clavijo contra Human Team S.A.S. (Consulta Sentencia).

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-001-31-05-021-2019-00084-01. Proceso Ordinario de Blanca Nohora Umaña Olarte contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala de Decisión, la declaró abierta y procede en forma oral a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones frente a la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de marzo de 2020; así como, el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad demandada, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que tiene derecho al retroactivo pensional a partir del 30 de noviembre de 2011, fecha en la cual se generó la desvinculación con su empleador y hasta el momento en que se reconoció su derecho pensional y que como consecuencia de las anteriores, se condena a la



demandadas al reconocimiento y pago del mismo y de forma subsidiaria, peticionó se proceda con el pago del retroactivo por parte de Colpensiones y las costas del proceso.

Dichas súplicas tienen respaldo en la narración que efectuó la demandante, según la cual, su último empleador fue el Liceo Jena de la Fontana Ltda., del cual se desvinculó desde el 30 de noviembre de 2011, con ocasión el cumplimiento de los requisitos de Ley para el reconocimiento de la pensión; que el empleador no ha cumplido con el pago de la totalidad de cotizaciones y Colpensiones trasladó dicha carga a la demandante; que le fue negado el retroactivo pensional, argumentando falta de cotizaciones y la no desvinculación de la trabajadora, por lo que las demandadas son solidarias frente a la falta de pago del retroactivo pensional; que mediante resolución GNR 204289 de 206 le fue negada la reliquidación, decisión contra la que se interpuso recurso de apelación y fue confirmada mediante acto administrativo SUB 86735 de 2018.

La aquo condenó a la encartada Colpensiones al pago del retroactivo pensional por el período comprendido entre el 2 de abril de 2012 y el 29 de febrero de 2016, monto que estimó en la suma de \$34.054.542, el que debería ser debidamente indexado al momento de su pago y absolvió de las pretensiones incoadas en contra de la demandada Liceo Jean de la Fontaine Ltda. en Liquidación. La decisión anterior, tuvo como sustento que si bien el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 establece la causal de retiro para proceder con el reconocimiento y pago del derecho pensional, también lo es, que el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral ha establecido otros supuestos que implican de forma indirecta la desafiliación del Sistema General de Pensiones, no obstante, en el caso bajo estudio, se advertía que en efecto el último empleador de la demandada procedió a registrar la novedad de



retiro y la exigencia de Colpensiones, se realizaba respecto de los demás empleadores de la demandante con anterioridad a los últimos 4 años anteriores a la concesión de la prestación.

La apoderada de la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado, y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda, por cuanto la demandada siempre ha actuado bajo los parámetros legales y constitucionales de buena fe, ya que efectuó el reconocimiento de la pensión de vejez conforme con los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, que establecen el cumplimiento de los requisitos mínimos y la desafiliación del sistema de pensiones. Así mismo, señala que el artículo 6 de la Constitución Política establece que los servidores públicos son responsables de cumplir la constitución y la ley, así como de responder por la omisión y extralimitación de sus funciones y en el caso del juez, no puede dejar de aplicar el derecho positivo por considerarlas inconvenientes o injustas y están sometidos a la Ley y no a los criterios auxiliares, conforme con el artículo 230 Constitucional. Finalmente, señala que se debe revocar la condena en costas, no frente a su monto, sino frente a su imposición, pues de conformidad con el artículo 365 del C.G.P., en el numeral 5° establece la posibilidad de quitar dicha carga a la parte vencida, cuando prosperen de forma parcial pretensiones, situación que ocurre en el presente caso, pues se concedió el retroactivo pensional a partir del 2 de abril de 2012 y no desde el 30 de noviembre de 2011.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al



tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho de que no fue objeto de discusión en el proceso que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, y que por virtud de ello le fue reconocida la prestación pensional en forma directa por parte de Colpensiones, mediante la Resolución VPB 9246 del 24 de febrero de 2016, con fundamento en el Decreto 758 de 1990, el problema jurídico a resolver en esta segunda instancia está relacionado con la fecha a partir de la cual la activa tiene derecho al disfrute o reconocimiento de la pensión, que según el aquo, es a partir del 2 de abril de 2012, día siguiente a la última cotización, mientras que para la pasiva, debe ser a partir del 1° de marzo de 2016, por cuanto no se acreditó el retiro del Sistema General de Pensiones.

Sobre ese punto, la Sala debe recordar que la jurisprudencia laboral ha considerado que, en efecto, una cosa es la causación del derecho y otra el disfrute de la pensión, materializándose el primero, con el cumplimiento de los requisitos de semanas o tiempo de servicio y el acaecimiento de la edad respectiva que trae la norma; mientras que por el disfrute, se ha entendido el acto por el cual se solicita el reconocimiento de la pensión a la entidad de seguridad social, previa desafiliación del régimen, conceptos éstos que han dado lugar a entender que el hecho exclusivo de cumplir los requisitos mínimos para acceder a la pensión, no lleva por sí



mismo a la desafiliación del sistema, por cuanto ello no impide que el trabajador o su empleador continúen cotizando para mejorar el monto o liquidación de la prestación, tanto, que el simple reporte del empleador de la novedad de la terminación del vínculo o el hecho de no continuar cotizando no le quitan la calidad de afiliado al trabajador, pues siempre podrá, posteriormente, realizar nuevas cotizaciones con el fin de mejorar su ingreso pensional; de ahí que, para la desafiliación se exija, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, que exista un acto de declaración de voluntad, expreso, conocido por la entidad de seguridad social respectiva, para que aquella tome las medidas necesarias para considerar al trabajador desafiliado del sistema, y no que ello se entienda de manera tácita, pues la afiliación es un estado que adquiere el trabajador de manera permanente así no obren cotizaciones en determinado momento de la historia laboral.

A lo anterior hay que agregarle que la jurisprudencia laboral también ha enseñado, que existen casos excepcionales, en donde no es posible establecer la fecha de la desafiliación, por lo que ante ese evento, tal aspecto debe deducirse de la concurrencia de diversos hechos, como, por ejemplo, la terminación del vínculo laboral, la falta del pago de cotizaciones, el cumplimiento de los requisitos de edad y de aportes; o incluso, también ha aceptado que se retroceda en la fecha del reconocimiento cuando se presenta error en la entidad administradora al realizar los cálculos respectivos para conceder la prestación, que conlleva a que el afiliado tenga que hacer un número de cotizaciones, sin ser eso real. De igual manera, la alta Corporación del trabajo ha aceptado esta tesis, cuando las cotizaciones no tienen como fin mejorar la prestación pese a la acumulación de esos aportes adicionales al mínimo exigido, eventos en los que el juzgador deberá proceder a examinar cada caso en



particular para establecer desde cuándo se debe reconocer la prestación pensional.

Sobre el particular, puede consultarse las sentencias de la alta Corporación del Trabajo del 26 de octubre de 2010 dentro del radicado No. 36290 y del 1° de febrero de 2011 dentro del radicado No. 38776.

En el asunto, encuentra la Sala, que la historia laboral que obra a folio 66 del expediente en medio digital, da cuenta que la señora Blanca Nohora Umaña Olarte, efectuó sus últimas cotizaciones con su empleador Gimnasio Moderno Hermann Muller, realizando la última de las mencionadas el 1° de abril de 2012, registrándose la novedad de retiro respectiva, por lo que causa extrañeza el argumento aducido por la pasiva, que no se registró la novedad de retiro con empleadores anteriores, en especial con el Liceo Jean de la Fontaine Ltda., pues con dicho empleador efectuó su última cotización el 30 de noviembre de 2008, sin que se advierta actuación de cobro alguno contra dicha institución, frente al pago de los aportes dejados de efectuar y aunado a ello, por cuanto con posterioridad se vinculó de forma laboral con la señora Elvira Salgado de Gómez y con el Gimnasio ya referido, quienes efectuaron el registro de retiro respectivo, por lo que no se comprende la decisión de Colpensiones de no acceder al retroactivo pensional, por cuanto no se había registrado la novedad de retiro por los otros empleadores, dentro de los 4 años anteriores; aunado a lo anterior, debe reiterarse que incluso de no encontrarse la novedad de retiro del sistema, es claro que ese aspecto podía deducirse del cumplimiento de los requisitos para acceder, en este evento, a la prestación pensional, esto es, cuando la activa cumplió la edad de 55 años que exige el D. 758 de 1990, lo cual se materializó el 10 de junio de 2011, pues la demandante nació el mismo día y mes del año 1956, según se puede extraer de los actos



administrativos expedidos por Colpensiones que se observan en los folios 8 a 27 del plenario, no obstante, la actora continuó cotizando a fin de obtener una tasa de reemplazo superior y que para el mes de abril de 2012, momento en el que dejó de efectuar cotizaciones ya contaba con 1.035 semanas cotizadas, suma superior a la exigida por el D. 758 de 1990, no se podía concluir asunto diferente, que para el momento en que se satisficieron los requisitos mínimos y se petitionó la pensión, no existía ánimo de seguir cotizando, y por ello, la intención del retiro del sistema, para que a partir de allí, le fuera reconocida la prestación pensional.

En ese orden de ideas, la accionante tiene derecho al reconocimiento del retroactivo pensional comprendido entre el 2 de abril de 2012 y el último día del mes de febrero de 2016, toda vez que la pasiva reconoció la pensión a partir del 1° de marzo de 2012, por lo que se hace necesario confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido, no obstante, se procederá con el estudio de los medios exceptivos propuestos por la encartada.

De acuerdo con lo anterior, la demandada propuso la excepción de prescripción, sin embargo, esta excepción no tiene el mérito de prosperar, pues la accionante luego de la expedición de la Resolución GNR 327377 del 19 de septiembre de 2014, el día 23 de octubre de 2014 (fl. 8) presentó recurso de reposición, el que fue desatado de forma desfavorable mediante acto administrativo GBR 20169 del 29 de enero de 2015 y se desató el recurso de apelación mediante la resolución VPB 9246 del 24 de febrero de 2016, mediante la cual, la entidad procede con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, a partir del 1° de marzo de 2016; que contra la anterior decisión, la interesada interpuso recurso de



reposición y en subsidio apelación, solicitando el retroactivo pensional causado a partir del mes de enero de 2012 y hasta el mes de febrero de 2016, decisión que desatada de forma desfavorable con el acto administrativo GNR 204289 del 12 de julio de 2016 y mediante la resolución SUB 86735 del 2 de abril de 2018; lo que significa que la activa interrumpió dentro del término trienal previsto en el artículo 151 del CPL, el fenómeno prescriptivo, máxime que la demanda fue presentada para reparto, el 25 de enero de 2019 (fl. 29).

En ese orden de ideas, se impartirá condena por concepto de retroactivo pensional por el período correspondiente entre el 2 de abril de 2012 y el 29 de febrero de 2016 por la suma de \$33.491.620, monto inferior al determinado por la falladora de primer grado y que implica modificar la decisión adoptada por el aquo en dicho sentido, suma que en efecto deberá ser debidamente indexada al momento de su pago con ocasión de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, de conformidad con la fórmula ya decantada por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

Ahora bien, debe advertirse que tal como lo señaló la falladora de primer grado, si bien en los hechos de la demanda se adujo que la encartada Liceo Jean de la Fontaine Ltda., se encuentra en mora respecto de algunos aportes al Sistema General de Pensiones, también lo es, que no se especificó a que períodos correspondía la falta de pago y por su parte Colpensiones, no efectuó manifestación alguna con la que pretenda el pago de los mismos, por lo que no hay lugar a imponer condena alguna por dicho concepto.



Finalmente, debe precisarse que la imposición de condena en costas es procedente, por cuanto el artículo 365 del C.G.P., establece la imposición de dicho concepto en contra de la parte vencida en el litigio y como quiera que en la decisión se accede al reconocimiento del retroactivo pensional, hay lugar a las mismas en primera instancia, sin que se pueda acoger el dicho de la demandada con respecto a que el retroactivo se reconoció por otro período al reclamado en la demanda, prosperando parcialmente las pretensiones, pues se advierte que dicha situación se originó luego del estudio de los medios de prueba arrimados al plenario efectuado por la falladora de primer grado y no por voluntad propia de Colpensiones.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las Costas de primer grado quedarán en la forma indicada por la falladora de primer grado y sin ellas en esta instancia.

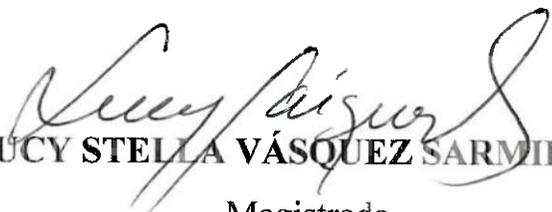
DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE 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 numeral **PRIMERO** de la decisión apelada, en el sentido de condenar al pago del retroactivo pensional en

favor de la señora BLANCA NOHORA UMAÑA OLARTE por el período comprendido entre el 2 de abril de 2012 y el 29 de febrero de 2016, en la suma de \$33.491.620, atendiendo las motivaciones de esta sentencia. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, en todo lo demás. **TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia y las de primer grado en la forma como fueron establecidas por la aquo. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-027-2016-00299-01. Proceso ordinario de Cristian Samuel Rogeles Alarcón contra Marcela Cuellar Romero (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 28 de febrero de 2019.

ANTECEDENTES

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo con la demandada en el periodo comprendido entre el 30 de septiembre de 2013 y el 20 de junio de 2014; se condene a ésta al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima, dotaciones, aportes a seguridad social, indemnización por despido, trabajo extra y suplementario, la indemnización moratoria, la sanción por



consignación de cesantías; y en subsidio a la pretensión relativa a la indemnización moratoria la indexación de las sumas adeudadas.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que inició su relación laboral con la demandada el 30 de septiembre del 2013 para desempeñarse como Conductor - Oficios Varios, cargo que afirma desempeñó hasta el 20 de junio de 2014, en forma personal y subordinada de lunes a domingo en horarios de trabajo de 2:00 am a 9:00 pm 4 días a la semana y de 5:30 am a 9:00 pm 3 días de la semana, los domingos y festivos de 7:00 am a 9:00 pm.

Señaló que por las labores desempeñadas recibió como contraprestación por sus servicios la suma mensual de \$600.000,00, suma que afirma recibió hasta el 31 de diciembre de 2013.

Adujo que la demandada no le consignó el valor de las cesantías a un fondo y que a la finalización del vínculo laboral no le canceló los salarios y prestaciones adeudadas.

La demandada se notificó mediante curador ad litem¹ y mediante providencia del 3 de diciembre de 2018 se dispuso tener por no contestada la demanda.

La *aquo* absolvió a la demandada de todas las pretensiones al considerar en esencia que no se acreditó por parte del demandante, siendo su carga probatoria, la prestación personal del servicio a favor de la demandada y en razón a ello no operó en su favor la presunción del artículo 24 del C.S.T.

¹ Cfr fl 29



Inconforme con la anterior determinación el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación el cual le fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce el recurrente que el hecho de que se hubiera tenido por no contestada la demanda, se presumen ciertos los hechos que en ésta se expusieron; y en razón a ello, el hecho de que no se tenga una prueba distinta a las que se aportaron al proceso no quiere decir que la persona no hubiere laborado o estado a órdenes de la demandada.

Sostiene que en caso contrario existiría una restricción absoluta para que las personas que no tienen la posibilidad de llevar una prueba a un proceso, encontrarían nugatorio su derecho a la justicia; y que es obligación del operador judicial la búsqueda de esa verdad.

Indica que los testigos concurrieron a la primera audiencia pero desafortunadamente no pudieron ser escuchados, ello no quiere decir que su representado quede sin derecho al reconocimiento de sus derechos laborales, pues precisamente por eso existe la presunción de que de no contestarse la demanda o darse por no contestada, o si la persona no concurre a los interrogatorios de parte, esos hechos se consideran como ciertos y que en una balanza equitativa no podría premiarse a la parte que no concurre al proceso.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,



CONSIDERACIONES

En los términos del recurso de apelación y, en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.PT. y la S.S., el análisis de la Sala se contraerá a definir si es procedente el reconocimiento de la existencia de la relación laboral entre el demandante y la demandada; y si como consecuencia de ello es procedente el reconocimiento y pago de las acreencias laborales deprecadas.

En las condiciones en que se encuentra planteado el litigio, considera esta Colegiatura oportuno comenzar por señalar que de acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos se requieren para concluir la existencia de esta clase de vínculos, a saber, la prestación personal del servicio, la retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable de esta clase de contratos, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que significa, que automáticamente queda excluido el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor.

Ahora bien, cumple advertir, que si bien el contrato de trabajo se configura con la concurrencia de los tres elementos reseñados, también lo es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del C.S.T.² basta con la acreditación de la prestación en forma personal del servicio para que se presuma su existencia, por tanto, cumplido tal presupuesto la carga probatoria se invierte y será en consecuencia a la demandada, si se opone a su existencia, a quien le corresponde acreditar que no se estructuran los elementos contenidos en el artículo 23 de esta misma obra, para desvirtuar dicha presunción.

² Subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990.



Por lo tanto, a efectos de acceder favorablemente a las pretensiones de la demanda, al tenor de lo dispuesto en el artículo 166 del CGP, le correspondía al demandante a lo sumo acreditar la prestación personal del servicio en el periodo frente al que reclama la existencia del vínculo laboral, para que en aplicación a la presunción a la que se ha hecho alusión se entienda acreditada la relación de trabajo que reclama.

Dando alcance a las anteriores premisas al caso que ocupa la atención de la Sala, se advierte que los únicos medios de convicción aportados por la parte actora son facturas de venta del año 2014 y la declaración vertida por el testigo Jairo Armando Amado Riveros; medios probatorios que a juicio la Sala no ofrecen elementos de convicción que permitan establecer la prestación personal del servicio por parte del demandante a favor de la demandada, tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado.

Así se afirma en tanto la documental aportada únicamente da cuenta de la adquisición de algunos productos por parte del demandante y el deponente, en condición de padrastro del accionante, señaló que aproximadamente cada 15 o 20 días visitaba al demandante en una salsamentaría ubicada en el norte de la ciudad cuando éste no pasaba por la casa, que allí lo veía de overol y manejando un vehículo; y que si bien no conoce a la demandada tiene conocimiento por el dicho del propio demandante que prestaba servicios para ella. Aspectos que a juicio de la Sala resultan insuficientes para reconocer la existencia del vínculo laboral que se reclama.

Ahora bien, si bien al tenor del artículo 165 del C.G.P. la declaratoria de confeso que recae sobre cualquiera de las partes, constituye un medio de prueba idóneo para acreditar los supuestos fácticos propuestos por las partes, siempre y cuando no exista otro medio de prueba de tal entidad que la desvirtúe; también lo es que el Legislador no previó tal consecuencia jurídica a la falta de contestación de la demanda, pues al tenor de lo previsto en los parágrafos 2° y 3° del artículo 31 del C.P.T. y S.S. la no contestación de la demanda apareja tan solo un indicio grave en contra del



demandado, el que por sí solo resulta insuficiente para declarar la relación laboral que se pretende demostrar.

En las condiciones analizadas no resta a la Sala más que confirmar la determinación adoptada por la servidora judicial de primer grado, no sin antes recordar que de conformidad con el artículo 164 del C.G.P. “*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso...*”

Hasta aquí el análisis de la Sala. Costas sin lugar a su imposición en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

SEGUNDO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

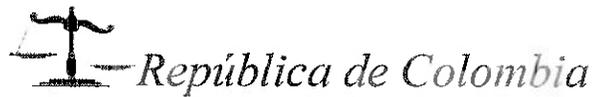
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada




LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-027-2017-00564-01. Proceso ordinario de Diego Fernando Castro Hernández contra Vigilancia y Seguridad Privada Dinapower Ltda. (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la encartada frente a la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, el 21 de enero de 2019.

ANTECEDENTES:

El señor Diego Fernando Castro Hernández convocó a la sociedad Vigilancia y Seguridad Privada Dinapower Ltda., para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario: la declaratoria de un contrato de trabajo por obra o labor comprendido entre el 8 de octubre de 2016 y el 9 de marzo de 2017, con horario de trabajo de 12 horas, incluyendo domingos y festivos y que como consecuencia de las anteriores, se condene



al pago de las horas extras, recargos nocturnos y festivos, al pago de la indemnización contenida en el artículo 64 del C.S.T., la sanción por la no consignación de las cesantías, la indemnización moratoria, la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, así como las prestaciones sociales y vacaciones causados en vigencia de la relación laboral, el subsidio familiar y su sanción, al pago de los aportes en pensiones, junto con el cálculo actuarial respectivo, la indexación de las condenas y las costas del proceso.

El sustento de sus pedimentos se fundan en que entre las partes se celebró contrato de trabajo por obra o labor, para desempeñar el cargo de guarda de seguridad el que tuvo una vigencia entre el 8 de octubre de 2016 y el 9 de marzo de 2017, con horario de trabajo de 6:00 p.m. a 6:00 a.m. de domingo a domingo, incluyendo festivos y compensando con dos días a la semanas, debiéndose presentar a la empresa para recibir capacitaciones, retroalimentaciones e indicaciones de los jefes; que el 27 de enero de 2017 el actor rindió descargos por haberse ausentado del puesto de trabajo ante su jefe inmediato, así como por haberse quedado dormido en el sitio de trabajo; que la labor desempeñada se realizó en el Plaza de Mercado de Paloquemao; que en vigencia de la relación laboral, se efectuaban pagos parciales de nómina; que el contrato de trabajo terminó por renuncia presentada por el trabajador el 9 de marzo de 2017, por el no pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, salario completo y seguridad social; que el demandante vía telefónica solicitó en reiteradas oportunidades el pago de la liquidación final de prestaciones sociales, no obstante, la demandada no contestaba el teléfono o negaba a la persona de recursos humanos que se encargaba del pago de la misma; que elevó derecho de petición para el pago de liquidación final y otros derechos laborales el 9 de junio de 2017, el que fue remitido por empresa de mensajería, no obstante, a la fecha de presentación de la demanda no se ha procedido con el pago respectivo.



Así mismo, señaló que la demandada lo afilió al Sistema Integral de Seguridad Social, no obstante, no realizó los aportes con la totalidad de los factores salariales, pues las sumas respecto de las cuales debió cotizar eran por \$1.050.000 y \$1.100.000; que la demandada le canceló la suma de \$320.000 por concepto del salario comprendido entre el y el 9 de marzo de 2017, así como, que se le citó el 2 de junio de 2017 para hacerle la entrega de la liquidación final de prestaciones sociales, en la que se le indicó que se procedería a pagar la suma de \$660.000, suma que no fue aceptada por el trabajador, al considerar que no compensaba el trabajo dominical y festivo; que el demandado no emitió certificación de la labor prestada, bajo e sustento que no lo haría, hasta tanto no se recibiera a satisfacción el pago de las liquidación final de prestaciones sociales.

Frente a estas súplicas, la aquo, encontró que no fue objeto de controversia la prestación personal del servicio, así como al existencia del contrato de trabajo peticionado, al igual que los extremos temporales de la relación, no obstante, se advertía que al demandada no había procedido con el pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones a la terminación del contrato de trabajo, sin que existiera justificación alguna, por lo que impuso el pago de tales conceptos, junto con la indemnización moratoria, al no encontrarse supuesto de buena fe, resaltando que si bien se efectuó pago por consignación, el mismo nunca le fue notificado al trabajador, ni al juzgado. De igual forma, impuso condena por la sanción por no consignación de las cesantías en un fondo y ordenó el pago completo de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, a fin de que se revoque la decisión de primer grado. Lo anterior, por cuanto si bien existe un procedimiento y



no es exigente que la persona no lo conozca, también se advierte que la encartada siempre tuvo la facilidad y atención en realizar el pago, así como que las persona que realizaron el trámite del pago por consignación no eran conducentes, ni pertinentes para tal labor, sin embargo se denota la buena fe con la que actuó la demandada. De igual forma, manifestó que en la sentencia no se estudió los tintes de mala fe con la que actuó el demandante al no presentarse, recibir y terminar el proceso de pago de la liquidación antes de acudir a las instancias judiciales.

Finalmente, señaló que también encuentra inconformidad con el pago de la sanción por la no consignación de las cesantías, por cuanto se impartió condena frente al auxilio a las cesantías y sus intereses y se impuso dicha condena, lo que advierte una doble condena frente a un mismo hecho generador.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

De conformidad con la jurisprudencia reiterada tanto de la H. Corte Constitucional, como de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, se procederá a resolver la inconformidad presentada frente a la condena de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T., así como respecto de la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo, partiendo del hecho de que no hubo discusión alguna, respecto a la existencia del contrato de trabajo, los extremos temporales del mismo, ni el salario devengado por el ex trabajador, así como la falta de pago de prestaciones sociales y vacaciones a la terminación del contrato de trabajo, por lo que el



problema jurídico a resolver en esta segunda instancia se circunscribe en determinar, si es o no procedente el reconocimiento de la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo por la falta de pago de las prestaciones sociales adeudadas y si es procedente el pago de la sanción por la no consignación de las cesantías, aun cuando se imparta condena por el concepto del auxilio a las cesantías.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que la parte encartada aduce que la falta de pago de las prestaciones sociales se dio con ocasión de la negativa del trabajador de recibir el monto que le fue liquidado, situación que incluso es aceptada por el propio demandante en su escrito de demanda, así como en el interrogatorio por él efectuado, en el que informó tal situación, por lo que se hace necesario traer a estudio lo dispuesto en el artículo 65 del C.S.T., que dispone:

“ARTICULO 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

...

2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.”.

De acuerdo con la norma anterior, se advierte que en caso de falta de pago de salarios y prestaciones sociales por parte del empleador, éste



deberá cancelar un día de salario por cada día de retardo hasta que se efectúe el pago de dichos conceptos, no obstante, la norma plantea una posibilidad cuando el trabajador se niega a recibir, que no es otra que efectuar la consignación de la suma que crea deber ante el Juez del trabajo o ante la primera autoridad política del lugar.

Al respecto, se ha pronunciado en reiteradas oportunidades la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, como en la sentencia con radicado No. 39000 del 26 de marzo de 2014, M.P. Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, en la que se indicó:

“1º) Sobre el pago por consignación.

En sentencia CSJ SL del 29 jul 1988, rad. 2264, la Corte recordó el sendero que hay que recorrer para que una consignación judicial sea plenamente válida en relación con el trabajador reclamante, de la siguiente manera:

El pago por consignación es un acto complejo que supone la sucesión de varios pasos, comenzando por el depósito mismo en el Banco Popular, siguiendo por la remisión del título al Juzgado Laboral y concluyendo con la orden del juez aceptando la oferta de pago y disponiendo su entrega, acto este último que reviste gran importancia frente al problema de la mora en los eventos en que el juez se ve impedido de disponer la entrega por circunstancias imputables a la responsabilidad del deudor o consignante.

Para que el pago por consignación produzca sus efectos plenamente liberatorios es indispensable que alcance el efecto de dejar a disposición del beneficiario la suma correspondiente y ello se logra mediante la orden del juez ordenando lo pertinente. Sólo en tal momento debe tenerse por cumplida la condición para que cese el efecto de la indemnización moratoria, salvo que la razón por la cual no se produzca esa orden no sea imputable a responsabilidad del consignante” (Sentencia 11 de abril de 1985).



Y en providencia CSJ SL del 20 oct 2006, rad. 28.090, la Sala dispuso:

importa precisar que no resulta suficiente que la empleadora consigne lo que debe, o considera deber, por concepto de salarios y/o prestaciones de quien fue su trabajador, en los términos del artículo 65 del C. S. del T., sino que es su obligación notificarle o hacerle saber de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo, porque, de no obrar así, es lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento.”.

Así mismo, la Alta Corporación del Trabajo mediante sentencia con radicado No.

“Al margen de lo expuesto, huelga decir que la Corte no encuentra ningún defecto en el razonamiento desplegado por el sentenciador de segunda instancia, pues lo que se evidencia es que aplicó estrictamente el numeral 2 del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que reza:

2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

Ha dicho la Corte en su jurisprudencia, que el pago por consignación libera al empleador de la indemnización moratoria (CSJ SL, 9 sept. 1966, GJ CXVII, n.º 2282, pág. 366-372), pero para ello, es menester que el trabajador sea enterado de la existencia del título de depósito judicial, y del juzgado al cual debe acudir para retirarlo.”.

Atendiendo los pronunciamientos del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, debe advertirse que no solo es suficiente con que se efectúe la consignación por parte del empleador de lo que cree deber, sino que además, se hace necesario notificar o enterar al trabajador de la



existencia del título judicial e indicar el juzgado al cual se puede dirigir para retirarlo y solicitar su cobro.

En ese orden de ideas, tal como lo advirtió la falladora de primer grado, si bien dentro del plenario se advierte que en efecto la demandada procedió en dos oportunidades a efectuar la consignación mediante título judicial de la liquidación final de prestaciones sociales en favor del trabajador, tal y como se advierte a folios 91 y 136 del plenario, en las que se puso a disposición de los Juzgados 27 Civil del Circuito y 27 Laboral del Circuito de Bogotá dicho concepto, también lo es, que no existe medio de prueba alguno que acredite que tal consignación se le puso en conocimiento al señor Castro Hernández, para que éste a su vez realizara las gestiones tendientes para su cobro, tal y como lo indica el propio apoderado de la demandada en el recurso de apelación, en donde menciona que la consignación del pago por consignación se realizó por personas que no tenían conocimiento del procedimiento que debían seguir, no obstante, como él mismo lo infiere, el conocimiento de la Ley no puede servir de excusa, por lo que frente a tal argumento no se advierte buena fe de la demandada.

Aunado a lo anterior, se debe precisar que tampoco es dable acoger el argumento de la pasiva referente con la disposición que tuvo de pagar las prestaciones sociales en favor del ex trabajador y la mala fe en la que incurrió el señor Diego Fernando Castro Hernández al no recibir la liquidación de efectuada por la demandada en su momento, por cuanto frente al primer argumento, debe indicarse que tal pago, así como su disposición no es optativa por parte del empleador, pues es una obligación contenida en el C.S.T.; y frente al segundo argumento, tampoco se advierte la mala fe de parte del trabajador, toda vez, que fu el mismo demandante quien puso en conocimiento desde su escrito de



demanda, que no optó por recibir la liquidación efectuada, ya que no se encontraba de acuerdo con los valores adeudados y que los mismos correspondieran al esfuerzo realizado, aunado, con que es la propia norma la que establece el proceder de parte del empleador ante la renuncia del trabajador en recibir la liquidación final, sin que se haga necesario efectuar un pronunciamiento frente al salario diario pactado, por no haber sido objeto de reproche en el recurso de apelación, fundamentos por los cuales se ha de confirmar la decisión de primer grado frente a dicho concepto.

Ahora bien, frente a la sanción de la no consignación de las cesantías en un fondo, la parte actora aduce que tal pago es improcedente, como quiera que se ordenara de igual forma, el pago del auxilio de cesantías, por lo que se impondría una doble condena por un mismo hechos generador.

Al respecto, se debe advertir que los numerales 1º y 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, consagran el concepto de cesantías y la sanción concerniente ante la falta de consignación en un fondo, así:

“ARTÍCULO 99.- Reglamentado por el Decreto 1176 de 1991. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

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

...

3º. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el



fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.”.

La norma en mención, establece que al 31 de diciembre de cada anualidad se hace necesario efectuar la liquidación de las cesantías por la anualidad o la fracción correspondiente, indicando que en caso de que no sean consignadas antes del 15 de diciembre, el empleador deberá correr con la sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo, no obstante, dicha sanción conforme con lo expresado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, se causa hasta la terminación del contrato de trabajo, pues a partir de allí, corre la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T.

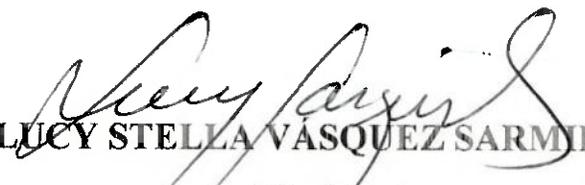
En ese orden de ideas, debe indicarse al extremo pasivo, que las cesantías y la sanción por la no consignación de las mismas no son excluyentes, sino que por el contrario, pueden ser reconocidas de forma simultánea, pues las cesantías se le adeudan al trabajador con ocasión de los servicios prestados a su empleador, de acuerdo con el tiempo laborado en la anualidad respectiva, mientras que la segunda, es una consecuencia ante la falta de consignación de las cesantías en un fondo, hasta antes del 15 de febrero de la siguiente anualidad, por lo que la aquo decidió en debida forma el reconocimiento de dichas prestaciones, sin que por ello se pueda indicar que tienen una misma fuente de derecho que las origina, razones por las cuales se confirmará en su integridad la decisión de primer grado.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las Costas de ambas instancias estarán a cargo de la demandada.

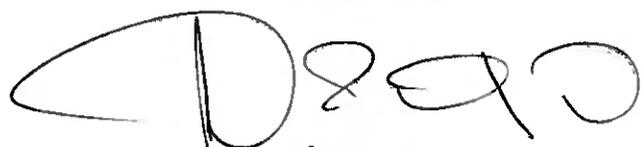


DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS** de ambas instancias a cargo de la encartada; para su tasación inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$400.000.00, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá D. C., treinta 30 (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-031-2018-00072-01. Proceso Ordinario Laboral de José Luis Briceño Soto contra el Banco Corpbanca Colombia S.A. (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes frente a la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de diciembre de 2018.

ANTECEDENTES:

Solicita el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que tiene derecho a la indexación de la primera mesada pensional, entre el momento en que finalizó el contrato en el año 1979 y el año 1991, fecha en la cual se reconoció la prestación económica, para lo cual se deben incluir la totalidad del sueldo y factores salariales devengados en el último años de servicios, junto con los incrementos anuales, así como que tiene derecho a los incrementos



consagrados en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, declarándose la reliquidación de la pensión de sobrevivientes en favor del señor Briceño Soto, la indexación de las condenas impuestas y las costas del proceso.

El demandante tuvo como fundamento que el actor laboró por más de 20 años al servicio del Banco Comercial Antioqueño hoy Banco Corpbanca Colombia S.A.; que el Banco Antioqueño suscribió Convención Colectiva de Trabajo, en la que se pactó el reconocimiento y pago de una pensión convencional, en la que se fijaron como requisitos la edad de 55 años si es hombre y 50 si son mujeres y 20 años de servicios continuos o discontinuos, no obstante, el trabajador que acreditara 30 años de servicios, podría pensionarse a cualquier edad, la que debería ser liquidada con el 75% del promedio de todo lo devengado en el año inmediatamente anterior, posición que ha sido reiterada por la H. Corte Constitucional; que la señora laboró por el período comprendido entre el 1° de octubre de 1956 y el 10 de enero de 1979, quien devengaba al momento del retiro la suma de \$11.000 y en el último año de servicios la suma de \$132.000, percibiendo bonificaciones extralegales por el monto de \$50.325, generándose un promedio mensual por la suma de \$15.193,75, sin embargo, sólo se tuvo en cuenta como salarios del último año de servicios el monto de \$165.000; que el promedio salarial del último año de servicios correspondía a la suma de \$11.395,31, pues todos los beneficios extralegales percibidos eran de naturaleza salarial, pero no le fueron tenidos en cuenta al momento de calcular el monto pensional, tal y como se desprende del reconocimiento de los señores Carlos Alfonso Gutiérrez Campos, Hilario Guzmán Romero y Gabriel Patiño Ariza.

Indicó, que no se le tuvo en cuenta las vacaciones, bonificación por antigüedad y bonificaciones extralegales; que la pensión reconocida se



otorgó por el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, sin tener en cuenta la pérdida del valor adquisitivo de la moneda; que la mesada pensional que debió reconocer el banco era por la suma de \$174.451 y no de \$51.716; que la entidad hizo caso omiso al reajuste mensual de la pensión consagrada en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993; que la pensión le fue sustituida al señora José Luis Briceño Soto el 25 de octubre de 2011; que elevó solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación el 11 de julio de 2016, frente a la omisión de la indexación de la primera mesada pensional.

Al desatar las pretensiones de la demanda la operadora judicial de primer grado consideró que si bien la forma técnica en que se había presentado la demanda impedía un pronunciamiento favorable a las súplicas de la mismas, también lo era, que atendiendo a las facultades extra y ultra petita y la edad de 77 años del actor, quien es una persona de especial protección constitucional, procedería con el estudio de la indexación de la primera mesada pensional en favor de la señora Blanca Inés Torres Gaitán, quien fue la que laboró al servicio de la hoy demandada, encontrando que en efecto no se indexó el salario devengado por la ex trabajadora entre la fecha de retiro del servicio y el momento en que se reconoció y pagó el derecho pensional, por lo que era procedente tal situación, declarando la prescripción de las mesadas dejadas de reclamar con anterioridad al 11 de julio de 2013 y fijando la mesada pensional para dicha anualidad en la suma de \$1.138.463, por lo que se generaba un retroactivo pensional hasta el 31 de diciembre de 2018 en la suma de \$42.559.818,18, suma que debería ser debidamente indexada al momento de su pago, disponiendo compulsar copias al apoderado del extremo activo ante el Consejo Superior de la Judicatura.



Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las partes interpusieron recursos de apelación contra la decisión adoptada.

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, ante la indebida apreciación de los hechos, pruebas y aplicación de la norma, pues omitió pronunciarse frente al aporte contenido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que si bien hubo una reliquidación en los años 2007 y 2011, también lo es, que de los pagos efectuados solo se advierte la suma equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, debiendo percibir un 8% adicional, por lo que se debe revocar en dicho sentido y mantener la decisión en lo restante.

Por su parte el apoderado de la demandada, adujo que en el fallo se hizo relación al artículo 260 del C.S.T., el que no aplica en el caso bajo estudio, pues la demandante había laborado más de 10 años, pero menos de 20, sin que pudiera acreditar el requisito de la norma en mención, aunado, con que se presentaron las cotizaciones en seguridad social, pues lo pretendido era el reconocimiento de la pensión de la Ley 100 de 1993, por lo que el derecho pensional surgió con el artículo 34 de la Convención Colectiva de Trabajo, correspondiéndole el reconocimiento a partir de 1991, data en la que cumplió la edad. Aunado a lo anterior, hubo una indebida valoración probatoria, pues las convenciones de trabajo se aportaron en CD, con la respectiva constancia de depósito y por tanto debió analizarse el artículo 34 de la misma, que establece la concesión de la pensión con el cumplimiento de la edad y los años de servicio, pero estableció que su liquidación atendía tan solo al salario básico, no obstante la demandante percibió otros factores y por ello se certificó que el salario era por la suma de \$11.000, sin embargo, con la liquidación final a tiempo de retiro se puede concluir que al pagarse por 11 días de



trabajo la suma de \$2.344,67, su salario básico y con el que se debía calcular la pensión convencional era por la suma aproximada de \$6.000, por lo que el cálculo adoptado supera con demasía la liquidación, pues se duplica el valor sobre el que se debió liquidar.

Así mismo, señala que la señora Torres Gaitán debió acudir al Sistema Integral de Seguridad Social en el año 1993 o 1994, momento en el que cumplía tanto la edad, como las semanas cotizadas a reclamar la pensión de vejez y como quiera que se trataría una pensión compartida, solo debería reconocerse el mayor valor entre la pensión que reconozca el ISS y la que debe reconocer la compañía; no obstante, al efectuarse los aportes en seguridad social al ISS por la suma de \$11.000, la mesada pensional ascendería a la suma de \$1.138.463, suma superior a la establecida por la Juez, por lo que no existiría monto alguno que concederse a favor del actor y que incluso en gracia de discusión y al reconocerse por parte del ISS la pensión por el salario mínimo legal mensual vigente, la diferencia determinada por la falladora de primer grado entre las prestaciones sería inferior, por lo que incluso se le estaría reconociendo un monto superior al actor, enfatizando, que la encartada no puede asumir la omisión de la actora en acudir al sistema de seguridad social en pensiones, al que no va acudir, imponiéndose una carga excesiva al Banco y generando un enriquecimiento sin justa causa en favor de la parte actora, pues al no ser trabajador de la entidad, no se le puede obligar a comparecer para el reconocimiento del derecho pensional. Finalmente y si bien el despacho no se pronunció respecto del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, no compartimos los argumentos expuestos por la parte actora, pues tal como se advierte del plenario, sí se originó el incremento del 8% sobre la pensión a partir del 15 de enero de



2007, argumentos por los cuales se debe revocar la decisión de primer grado y absolver a la demandada de las súplicas elevadas en su contra.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala establecer si el demandante tiene derecho a la indexación de la pensión plena de jubilación que le fue reconocida a la seora Blanca Inés Torres Gaitán con ocasión a la prestación de sus servicios personales al BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO; de igual forma, establecer si es procedente o no el reajuste pensional del 8% contenido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

No siendo objeto de discusión entre las partes la condición de pensionado de la causante señora Blanca Inés Torres Gaitán; interesa a la Sala señalar que la indexación de sumas de dinero se ha erigido como una forma de contrarrestar los efectos negativos que tiene la devaluación de la moneda, mediante su adecuación o actualización de acuerdo con las variaciones que tienen los precios; para que a su acreedor, en este caso al pensionado le sea reconocida la prestación de acuerdo con su verdadero valor, ello en consideración a que para obtener el valor de la mesada inicial muchas veces es necesario tener en cuenta una base salarial que ve disminuido su poder adquisitivo dados los efectos que sobre la misma ejerce el fenómeno inflacionario propio de una economía de mercado, generado por el tiempo que transcurre entre la fecha de la cual data la base salarial y la fecha del reconocimiento de la prestación.



Ahora bien; es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, consideró en una época que la indexación de la base salarial para el cálculo de la primera mesada pensional resultaba improcedente para pensiones causadas con anterioridad a la Ley 100 de 1993, tal como se encuentra explicado en la sentencia del 22 de junio de 2005, radicado 23823; de igual manera, la alta Corporación en lo laboral consideró la improcedencia de esta figura de actualización de la base salarial de la primera mesada en pensiones de carácter voluntario y convencional, a no ser que esa figura estuviera prevista en el acuerdo convencional para ser concedida, como lo dejó sentado, entre otras, en la sentencia del 25 de mayo de 2005, radicado 25000.

Pese a ello, luego de la declaratoria de exequibilidad a través de las sentencias C-862 y C-891-A de 2006 de los artículos 260 del CST y 8° de la Ley 171 de 1961, sobre la forma de obtener el monto de dichas pensiones, para que en ellas se tenga en cuenta la actualización de su base salarial, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ajustó su posición por mayoría sobre este tema, para considerar a partir de allí la procedencia de la indexación de la pensiones legales, inicialmente, las causadas a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991 y a partir de la sentencia 47709 de 2013, también respecto de las pensiones causadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Carta Política, señalando para ello que el fenómeno de la devaluación o depreciación de la moneda impacta por igual a todas las pensiones de jubilación, sin importar su naturaleza legal o extralegal, o la fecha en la que hubieran sido reconocidas.

Dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio, advierte la Sala que a la causante Blanca Inés Torres Gaitán se le



reconoció la pensión convencional de jubilación al tenor de lo dispuesto en el artículo 54 de la Convención Colectiva de Trabajo, disposición que estableció a favor de los trabajadores con más de 20 años al servicio del BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO S.A. una pensión de jubilación a la edad de 55 años si es hombre y de 50 años si es mujer; para lo cual se tomará el promedio de del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro del Banco, con una tasa de reemplazo del 75%.

Descendiendo al caso objeto de estudio se advierte que la señora Torres Gaitán laboró hasta el año 1979 y la liquidación de la prestación se debería efectuar a partir del cumplimiento de los 50 años de edad, no obstante, la causante se presentó con posterioridad a dicha data, por lo que el cálculo de la mesada se realizó a partir del 26 de mayo de 1991; supuestos que justifican la indexación de la base salarial sobre la cual se determinó la liquidación de la pensión plena de jubilación, pues entre la fecha de causación de la base salarial tenida en cuenta y el tiempo de causación de dicha prestación, transcurrió un término considerable que permite establecer la pérdida de su poder adquisitivo.

Acorde con lo anterior, y al aplicar la fórmula de indexación señalada tanto por la Corte Constitucional, como por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ésta última desde la sentencia 31222¹ del 13 de

¹ La CSJ señaló lo siguiente: "...Así pues, que en lo sucesivo para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones como la que nos ocupa, se aplicará la siguiente fórmula, que más adelante se desarrollará en sede de instancia:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

$$VA = IBL \text{ o valor actualizado}$$



diciembre de 2007, el valor de la primera mesada pensional reconocida a favor de la señora Blanca Inés Torres Gaitán (Q.E.P.D.) es como sigue teniendo en cuenta que el monto a indexar corresponde a la suma de \$11.000 el que multiplicado por 10.96102 (Índice final diciembre de 1990), dividido por 0.79537 (Índice inicial Diciembre de 1978), arroja el monto de \$151.591,35, al que aplicada la tasa del 75% se obtiene una mesada inicial por la suma de \$113.69, a partir del 26 de mayo de 1991.

Ahora; dado que la entidad accionada propuso la excepción de prescripción al dar contestación a la demanda, al tenor de lo establecido en el artículo 151 del C.P.T. y S.S. en concordancia con el artículo 488 del C.S.T., hay lugar a declararla probada en forma parcial, respecto de las diferencias causadas entre el valor que ha venido reconociendo la entidad y el nuevo monto reconocido, en relación con las diferencias causadas con anterioridad al 11 de julio de 2013, teniendo en cuenta que se agotó la reclamación administrativa el 11 de julio de 2016 y radicó el escrito de demanda de conformidad con el acta de reparto visible a folio 158 del plenario el 19 de febrero de 2018, por lo que las diferencias causadas con anterioridad al 10 de julio de 2013, se encuentran cobijadas por el efecto prescriptivo y así se declarará.

VH = Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

Con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la fórmula que se hubiere venido empleando en casos similares donde no se contempló la forma de actualizar la mesada pensional, acorde con la teleología de las normas antes citadas...”



De acuerdo con lo anterior, la mesada pensional para el año 2013 ascendería a la suma de \$1.151.843, suma superior a la determinada por la falladora de primer grado y que generaría un retroactivo pensional en favor del hoy demandante y respecto de quien se sustituyó el derecho pensional por la suma de \$46.126.197.33, sin embargo, como la parte actora no efectuó reproche alguno frente a la mesada pensional determinada por la aquo, se confirmará la decisión de primer grado en dicho sentido, retroactivo que en todo caso deberá ser debidamente indexado al momento de su pago, en atención a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

Ahora bien, es necesario precisar que si bien el apoderado de la encartada manifiesta que el salario sobre el que se debió calcular el monto de la mesada pensional era respecto del básico, sin tener en cuenta otros factores salariales devengados por la ex trabajadora fallecida, y que no en todo caso no sería superior a \$6.000 mensuales, también lo es, que tal situación no se encuentra en discusión en la presente Litis, más aún, de advertirse que la liquidación de la prestación se realizó por parte de la accionada teniendo en cuenta un sueldo promedio por el monto de \$13.750, al que una vez aplicada la tasa de reemplazo del 75%, arrojaría un valor de pensión por la suma de \$10.312,50, suma incluso superior a la establecida por la falladora de primer grado, pues para el cálculo respectivo se tuvo en cuenta el salario de 11.000 mensuales que de igual forma fue certificado por el Banco Itau Corpbanca Colombia S.A.², lo que arrojaría un salario promedio mensual por la suma de \$8.250, no obstante, se reitera que al no haber sido controvertida la decisión por la parte interesada mediante el recurso de apelación, se tendrá en cuenta el salario estimado por la aquo.

² Cfr. Fl. 25.



De igual forma, debe indicarse que tampoco es viable acoger el dicho de la demandada frente a que el actor no acudirá al Sistema General de Pensiones a solicitar la pensión de vejez legal y quedar a cargo la hoy encartada con el pago del mayor valor, pues no es su empleado, ya que si bien tal postulado es acertado, también lo es, que tal como se extrae de los documentos que reposan en el plenario, se concedió la pensión de sobrevivientes a favor del señor José Luis Briceño Soto a partir del 28 de febrero de 2011, lo que denota también la tardanza u omisión en la que incurrió la encartada al exigirle a quien fue su trabajadora, asistiera al entonces Instituto de Seguros Sociales a reclamar el derecho pensional de vejez, no obstante, tal como lo determinó la falladora de primer grado, en caso de llegarse a compartir el derecho pensional entre el Banco Corpbanca Colombia S.A. y Colpensiones, tan solo deberá entrar a reconocer el mayor valor si hubiere lugar a ellos, por lo que en la actualidad no es viable proceder con los descuentos o cálculos que realizó la pasiva frente a la eventual mesada pensional que reconocería el Sistema General de Pensiones, pues no existe certeza que proceda el reconocimiento legal de la pensión.

Ahora bien, el reajuste pensional se encuentra establecido en el artículo 143 de la Ley 1001 de 1993, que dispone:

“ARTÍCULO 143. REAJUSTE PENSIONAL PARA LOS ACTUALES PENSIONADOS. A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla



mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de beneficiarios y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Sólo por el año de 1993, los gastos de salud de los actuales pensionados del ISS se atenderá con cargo al Seguro de IVM y hasta el monto de la cuota patronal.”.*

En efecto el reajuste que estableció la Ley 100 de 1993 en su artículo 143, en un 8% se contempló con el fin de ajustar las pensiones reconocidas con anterioridad a la entrada en vigencia del mismo conjunto normativo, pues con ocasión a su expedición se incrementó sustancialmente el monto de cotización para salud y al realizarse el correspondiente descuento el valor nominal de la mesada se vería afectado; pues para ese grupo de personas la cotización al sistema de salud pasó de un 4% a un 12%, sin embargo, dicho reajuste se debería efectuar por una única vez.

De acuerdo con lo anterior y contrario a lo aducido por el demandante, dentro del plenario sí se encuentra el reajuste en salud efectuado por parte de la demandada, tal y como se constata del oficio de fecha 15 de enero de 2007, en la que el banco Santander le informó a la señora Blanca Inés Torres Gaitán (Q.E.P.D.), la procedencia de tal reliquidación y por ello dispuso el pago del 8% retroactivo a partir del año 2005 y hasta el 2006, el que ascendió a la suma de \$709.405, dentro del cual se contemplaron las mesadas causadas, así como las primas a las que tenía derecho en el mencionado período, por lo que se advierte que no es procedente el nuevo reajuste pretendido por el demandante, debiéndose adicionar la decisión de primer grado en dicho sentido.



Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en las instancias dada la absolución que efectuara la falladora de primer grado de dicho concepto.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. **SEGUNDO CONFIRMAR** la decisión de primer grado en todo lo demás. **TERCERO. SIN COSTAS** en las instancias. **NOTIFÍQUESE** y **CÚMPLASE**.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-031-2019-00585-01. Proceso Ordinario de Lucy Soraya Santa Hernández contra la UGPP y Otros (Apelación de Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de marzo del 2020.

ANTECEDENTES

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez y que como consecuencia de lo anterior, se condene a reliquidar el derecho pensional en con una tasa de reemplazo del 75% del promedio de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios, de conformidad con lo dispuesto



en el artículo 101 de la Convención Colectiva de Trabajo, junto con el retroactivo pensional correspondiente, los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las condena impuestas y las costas del proceso.

Para respaldar las súplicas, en síntesis señaló que fue trabajadora oficial por más de 20 años; que el ISS mediante resolución No. 1256 de 2013 reconoció pensión de jubilación en favor de la demandante, conforme con lo establecido en el artículo 101 de la Convención Colectiva de Trabajo, en cuantía de \$1.411.443, quedando en suspenso su ingreso en nómina, hasta tanto se acreditara el retiro del servicio, situación que en efecto se originó a partir del 31 marzo de 2015, decisión comunicada a la UGPP, quien ordenó la inclusión en nómina de la mesada pensional; que entre el ISS y Sintraseguridadsocial se suscribió Convención Colectiva de Trabajo, estableciéndose en el artículo 101 la pensión de jubilación, que al momento de reconocerse el derecho pensional convencional, no se tuvo en cuenta la totalidad de factores salariales, por cuanto la prestación debería tener en cuenta la asignación básica mensual, incremento por servicios, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, prima de vacaciones, prima de servicios de junio y diciembre, generándose una primera mesada pensional por el monto de \$1.490.569, advirtiéndose una diferencia por la suma de \$79.126; que elevó solicitud ante la UGPP para la reliquidación de la pensión el 18 de septiembre de 2018, la que fue desatada de forma negativa por dicha entidad mediante auto ADP 000208 del 14 de enero de 2019.

La aquo negó las pretensiones de la demanda, señalando que los factores que peticiona la actora se tengan en cuenta para el reconocimiento del derecho pensional, no son idénticos a los consagrados en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo, pues dicha situación se presenta de



forma exclusiva respecto de quienes prestaron sus servicios únicamente al servicio del ISS, mientras que para los demás trabajadores solo se reconocería con el 75% de los factores determinados como salario, por lo que una vez verificados tales emolumento reclamados, se evidenciaba que los mismos no habían sido catalogados como factor salarial y por tanto no se podían tener en cuenta al momento de liquidar el derecho pensional.

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte actora presentó recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se accedan a la súplicas de la demanda, teniendo en cuenta que tal como se leyó en la sentencia, en el artículo 101 convencional en su inciso segundo, se estableció que la pensión se reconocería con el 75% de todo lo que constituye salario de los trabajadores del ISS y por ello, al momento de liquidarse la prestación se debería tener en cuenta la prima de vacaciones, la prima de junio y la prima de diciembre.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Al respecto, debe indicarse que no existe controversia en lo atinente con el reconocimiento del derecho pensional, ni con la fecha a partir de la cual se otorgó el mismo, por lo que el problema jurídico a resolver en esta instancia. Se circunscribe en determinar, si es o no procedente la reliquidación del derecho pensional, teniendo en cuenta los derechos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL.



De acuerdo con lo anterior, se reclama el reconocimiento de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, de conformidad con lo establecido en el artículo 101 convencional, que indica:

“ARTÍCULO 101. ACUMULACIÓN DE TIEMPOS DE SERVICIOS

Los servicios prestados sucesiva o alternativamente en las demás entidades de derecho público podrá acumularse para el cómputo del tiempo requerido para poder tener derecho a pensión de jubilación y el monto correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo laborado en cada una de tales entidades.

En este caso, la cuantía de la pensión será del 75% del promedio de lo percibido en el último año de servicios por concepto de todos los factores de remuneración que constituyen salario.”.

Atendiendo la norma anterior, de la misma tan sólo se logra extraer que la pensión será reconocida con el 75% del promedio de lo recibido en el último año de servicios, siempre y cuando tal remuneración constituya salario, sin mencionar que factores se tendrían en cuenta de forma taxativa, no obstante, la parte actora peticiona de forma indirecta, se reconozca la prestación en términos semejantes a los consagrados en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo, sin embargo, tal situación no se puede dar en el caso bajo estudio, pues tal como se extrae de dicho norma convencional, para aplicarse el artículo 98, se requiere que el ex trabajador acredite 20 años continuos o discontinuos al servicios del Instituto de Seguros Sociales, mientras que la consagrada en el artículo 101 permite el cómputo de tiempos servidos en el sector público para el reconocimiento del derecho pensional, situación que marca diferencia en la forma de liquidar la prestación.



En ese orden de ideas, se hace necesario establecer si la prima vacaciones, la prima de servicios, el auxilio de transporte y el auxilio de alimentación constituyen salario, por los que se hace necesario remitirnos a lo dispuesto en los artículos 49, 50 53 y 54 del Acuerdo Convencional, en los que se indicó:

“ARTÍCULO 49. PRIMA DE VACACIONES

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

- a. A quienes tengan cinco (5) años de servicios, veinte (20) días de salario básico.*
- b. A quienes tengan más de cinco (5) años y no más de diez (10) años de servicio el equivalente a veinticinco (25) días de salario básico.*
- c. A quienes tengan más de diez (10) años y no más de quince (15) años de servicio, el equivalente a treinta (30) días de salario básico.*
- d. A quienes tengan más de quince (15) años y no más de veinte (20) años de servicio, el equivalente a treinta y cinco (35) días de salario básico.*
- e. A quienes tengan más de veinte (20) años de servicio, el equivalente a cuarenta (40) días de salario básico.*

PARÁGRAFO: La prima de vacaciones se liquidará y pagará con anticipación al día de salir a disfrutar el Trabajador Oficial en tiempo el período de vacaciones.

ARTÍCULO 50. PRIMA DE SERVICIOS

En adición a la prima legal, los trabajadores oficiales tendrán derecho a dos (2) primas de servicio al año, equivalente cada una de ellas a quince (15) días de salario, pagaderas así: Quince (15) días de salario en los primeros quince (15) días del mes de Junio y quince (15) días de salario en los primeros quince (15) días del mes de diciembre.



PARÁGRAFO 1°. Para la liquidación de la prima de servicios tanto legal como extralegal aquí establecida, se tendrán en cuenta los siguientes factores:

El salario básico mensual que devengue el trabajador en el cargo que desempeñe en 30 de mayo y 30 de noviembre.

El promedio de lo percibido en los seis (6) meses inmediatamente anteriores a junio y diciembre por concepto de trabajo en dominicales y festivos, trabajo suplementario, o en horas extras, reemplazos siempre y cuando haya percibido el salario asignado al titular que reemplaza, auxilio de transporte y prima de vacaciones.

PARÁGRAFO 2°. Tendrán derecho a la prima de servicios los Trabajadores oficiales que hayan laborado durante todo el semestre o a una suma proporcional al tiempo trabajado, siempre y cuando sea éste, por lo menos, la mitad del semestre y no hubieren sido despedidos por justa causa.

PARÁGRAFO 3°. Los primeros treinta (30) días de licencia voluntaria no interrumpirán el tiempo laborado para el reconocimiento de las primas de servicio.

ARTÍCULO 53. AUXILIO DE TRANSPORTE

El Instituto reconocerá y pagará en todo el país a los trabajadores oficiales, beneficios de esta Convención, para la vigencia del 1 enero de 2002 al 31 de diciembre de 2004, un auxilio de transporte equivalente al valor que paga a 31 de diciembre de 2001 incrementado para cada uno de los años de vigencia de la Convención en el IPC nacional causado en el año inmediatamente anterior.

Así mismo se les reconocerá el valor del transporte, a los Trabajadores que en desempeño de sus funciones deban desplazarse a ciudad o municipio distinto de su sede habitual sin comisión de servicios.

El Instituto continuará reconociendo y pagando lo estipulado en la resolución NO. 2191 de 9 de mayo de 1991.



PARÁGRAFO 1. Los Trabajadores Oficiales que deban hacer uso del servicio de transporte en los sitios en donde el Instituto suministre este servicio, no tendrán derecho al auxilio en la cuantía estipulada en el presente artículo.

PARÁGRAFO 2. EL INSTITUTO se compromete a reconocer y garantizar el valor del transporte a los médicos que en el desempeño de sus funciones deban desplazarse a un municipio distinto al de su sede habitual de trabajo.

ARTÍCULO 54. AUXILIO DE ALIMENTACIÓN

El Instituto reconocerá y pagará en todo el país a los Trabajadores Oficiales que desempeñen los cargos de Ayudantes, Auxiliares, secretarias, Conductores, Porteros y Técnico hasta grado 20 beneficiarios de esta Convención, para la vigencia del 1 de enero del año 2002 al 31 de diciembre del año 2002, un auxilio de alimentación equivalente al valor que paga a 31 de diciembre de 2001 incrementado para cada uno de los años de vigencia de la Convención en el IPC nacional causado en el año inmediatamente anterior.

Los Trabajadores Oficiales cuya vinculación sea de seis (6) o más horas que labores en clínicas, en el área Asistencial, de Servicios Generales y como Auxiliares (Recepcionistas), tendrán derecho a que el Instituto les suministre, con una frecuencia habitual, la alimentación gratuita durante su jornada de trabajo. En este caso no se pagará el auxilio monetario a que hace referencia el inciso anterior.

Los Trabajadores beneficiados del servicio de alimentación, que por prescripción médica y evaluación nutricional por parte del Instituto, requieran de dietas especiales de alimentación, el Instituto las concederá.”.

Atendiendo las normas convencionales transcritas, debe indicarse que la reliquidación pensional se encuentra llamada al fracaso, por cuanto de la lectura de tales disposiciones, no se advierte que tales conceptos constituyan factores salariales en favor de la ex trabajadora, por cuanto si bien son pagos que percibió en su momento la señora Santa Hernández,



también lo es, que no se estipulan como factores salariales y muchos menos, se dispone en la Convención Colectiva de Trabajo, que éstos deban ser tenidos en cuenta para la liquidación del derecho pensional, cuando se trate Trabajadores Oficiales que para el reconocimiento de la pensión de jubilación requieran el cómputo de los servicios prestados a otras entidades del sector público, de lo que se logra concluir, que a la demandante le incluyeron en debida forma los factores salariales al momento de proceder con el cálculo de la mesada pensional.

Bastan en consecuencia las anteriores consideraciones para confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia. Las costas de primer grado quedan a cargo de la parte activa y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia. **COSTAS** de la primera instancia a cargo de la parte demandante y sin ellas en la alzada. **NOTIFÍQUESE** y **CÚMPLASE**.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Lilly Yolanda Vega Blanco
LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada

Luis Agustín Vega Carvajal

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-032-2018-00208-01 Proceso ordinario de William Israel Vergara Leal contra Masivo Capital SAS (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 16 de enero de 2019.

SENTENCIA:

A través de apoderado el demandante convocó a la sociedad Masivo Capital SAS para que se ordene a ésta última a reintegrarlo al cargo de Operador de Vehículo del SITP que se encontraba desempeñando mediante contrato de trabajo a término indefinido, junto con el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones correspondientes.



Como sustento de sus súplicas afirmó en esencia que estuvo vinculado con la sociedad demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de agosto de 2013 hasta el 1° de febrero de 2018; fecha a partir de la cual la demandada tomó la determinación unilateral de darlo por terminado de forma unilateral e invocando justa causa.

Indicó que mediante misiva del 30 de enero de 2018 la demandada adujo para finalizar de forma motivada el vínculo laboral, que el 4 de diciembre de 2017 se evidenció por un funcionario de Transmilenio S.A. que circulaba sin rutero y sin tabla.

Sin embargo a su juicio la empresa se refiere al día 7 de diciembre de 2017, y que tal como lo refirió en la diligencia de descargos realizada el 21 de diciembre de la misma anualidad, en dicha data se quedó sin combustible a la altura de la Carrera 13 con calle 46, situación que procedió a informar a la empresa y para cuyo desvare tuvo que emplearse una grúa

Señaló que en la misiva de terminación del contrato además se aduce que por parte de la accionada que la falta invocada era reiterada por cuarta vez y que por dicho motivo le había sido suspendido el código de operación; pero que a pesar de ello nunca fue notificado oportunamente de esas supuestas faltas, pues tan solo supo de ellas el 22 de diciembre de 2017.

Agregó que la demandada tenía conocimiento de que se encontraba afiliado a la organización sindical Sintramacol desde el 21 de junio de 2016.

Aun cuando en la demanda se invocó el trámite de una acción de fuero sindical, el servidor judicial de primer grado le impartió el trámite de un



proceso ordinario en audiencia del 12 de junio de 2018¹ y la entidad accionada procedió a dar respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo que si bien tuvo un vínculo de carácter laboral con el demandante en los extremos temporales indicados en la demanda, el mismo finalizó al comprobarse que el demandante incurrió en una falta considerada grave. Propuso en su defensa las excepciones de aplicación del fuero circunstancial, justa causa de terminación del contrato y prescripción.

El *aquo* profirió sentencia en la que declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó a la demandada a reintegrar al demandante al cargo que se encontraba desempeñando para el 1° de febrero de 2018 o a otro de igual o mejor categoría, así como al pago de los salarios y prestaciones legales y extralegales caudas entre el momento del retiro y el momento de su reintegro.

caudas
→ Caudas

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia de un lado que el demandante se encontraba amparado por la garantía del fuero circunstancial con ocasión a su afiliación a la organización sindical Sintramacol y la existencia de un conflicto entre esta y la sociedad demandada al momento de la terminación del contrato, y que además, en tanto no existe correspondencia entre el llamado a descargos y los motivos que la demandada adujo para finalizar el contrato, existía una violación al derecho de defensa que tornaba injusto el despido.

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

¹ Cfr fl 63 - 64



FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Señaló la recurrente, que el Despacho no le dio la ponderación debida a las pruebas que allegó la parte que representada, conforme con la cual el despido se dio por justa causa justificada en consecuencia a la violación del reglamento interno de trabajo en repetidas ocasiones y a lo estipulado en el manual de operaciones el que, afirma, es de obligatorio cumplimiento para todos los agentes del sistema, incluido el personal de las empresas operadoras que tengan rutas concesionadas en el componente zonal.

CONSIDERACIONES DE ESTA SEGUNDA INSTANCIA:

En los términos del recurso de apelación y, en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.PT. y la S.S., el análisis de la Sala se contraerá a definir, si resulta procedente el reintegro del demandante.

Con tal propósito, corresponde tener en cuenta que al no ser objeto del recurso, permanecen incólumes las conclusiones a las que arribó el servidor judicial de primer grado que no fueron cuestionadas, tales como, la existencia del vínculo laboral entre las partes desde el 1° de agosto de 2013 hasta el 1° de febrero de 2018, que el mismo finalizó por determinación unilateral de la demandada aduciendo la configuración de una justa causa, ni que para el momento de la terminación del contrato, el demandante se encontraba amparado por la garantía de fuero circunstancial entre el 16 de julio de 2016 y el 17 de julio de 2018, con



ocasión al conflicto colectivo planteado por la organización sindical Sintramacol.

Al respecto corresponde tener en cuenta en primer lugar que el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 establece el denominado fuero circunstancial en los siguientes términos:

“PROTECCIÓN EN CONFLICTOS COLECTIVOS. Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.”

En este punto considera la Sala oportuno precisar que la garantía de fuero circunstancial tiene por objeto evitar la persecución de aquellos trabajadores sindicalizados o no sindicalizados que se encuentran en proceso de negociación colectiva, al prohibir la terminación de sus contratos de trabajo sin justa causa.

Ahora bien, en el asunto el servidor judicial de primer grado consideró que la terminación del contrato de trabajo del accionante fue injusta en tanto no le permitió ejercer su derecho de defensa, pues a pesar de que lo llamó a descargos, al momento de la terminación del contrato expuso motivos diferentes de aquellos por los cuales fue citado y escuchado en descargos.

Al respecto, considera la Sala oportuno señalar, que contrario a lo que consideró el servidor judicial de primer grado, la máxima Corporación de Justicia Laboral ha reiterado que el despido no es una sanción y que por ende no se encuentra obligado a escuchar al trabajador, salvo que exista



convenio en tal sentido o la finalización del vínculo se ampare en alguna de las justas causas que establece el artículo 62 del C.S.T. en los numerales 3° y 9° al 15, y en todo caso según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada. Al respecto dicha Corporación en sentencia SL2351 del 8 de julio de 2020 indicó:

“Es de reiterar por la Sala, conforme a lo resuelto en los cargos primero y segundo, que el despido del trabajador no tiene naturaleza sancionatoria o punitiva. Por tanto, la decisión de despedir no implica la aplicación de «medidas punitivas o sancionatorias» como consecuencia del incumplimiento exclusivamente del manual de funciones, como lo quiere hacer ver la censura para configurar el yerro fáctico. Por tanto, la comprobación de la justa causa achacada al trabajador, no opera de igual manera como si se estuviera juzgando una conducta penal o disciplinaria.”

Determinación en la que además precisó

“En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°.”



De acuerdo con el criterio jurisprudencial en cita, en el asunto la demandada no se encontraba obligada a escuchar al accionante para tomar la determinación de finalizar su contrato amparada en justa causa; pues además de que no se advierte la existencia de alguna clase de acuerdo o acto jurídico que le impusiera tal obligación, de conformidad con los supuestos fácticos en los que se erigió la determinación de finalizar el contrato tampoco tenía la obligación de legal de hacerlo.

En efecto, de acuerdo con la documental visible a folios 15 y 16 del expediente, para dar por terminado el vínculo laboral, la demandada adujo que el 4 de diciembre de 2017 se evidenció por parte del gestor de Transmilenio S.A. que se encontraba circulando sin rutero y sin tabla, y que por dicha situación le había sido suspendida la tarjeta de operación el 22 de diciembre de 2017 y que a pesar de que se había apelado tal determinación la misma fue confirmada; lo que a juicio de la demandada constituía el incumplimiento a las prohibiciones que establecen los literal a y j del numeral 18 del artículo 64 del Reglamento Interno de Trabajo, y que ello justificaba la terminación unilateral del contrato de trabajo al tenor de lo establecido en el numeral primero del artículo 67 de Reglamento Interno de Trabajo, y los artículos 58 (numerales 1° y 5°) y 62 (literal a numeral 6°).

En consecuencia, contrario a lo que consideró el *aquo*, la demandada no tenía la obligación de escuchar al trabajador previo a adoptar la determinación de finalizar el vínculo, pues de acuerdo con los supuestos fácticos la causal de terminación no se ajusta a las justas causas que establecen los numerales 3°, o 9° a 15 del literal a) del artículo 62 del C.S.T.



Dilucidado lo anterior, corresponde analizar entonces si se encuentran o no acreditados los supuestos que la demandada adujo para finalizar el vínculo laboral, y si los mismos constituyen una justa causa para terminar el contrato de trabajo de forma unilateral.

En relación con el primer aspecto, esto es, la acreditación dentro del expediente de los supuesto de hecho sobre los que la demandada edificó la terminación del vínculo, corresponde indicar que de acuerdo con las comunicaciones que Transmilenio S.A. dirigió al Gerente General de la demandada los días 21 de diciembre de 2017² y 12 de enero de 2018³, dicha entidad sí sancionó al demandante como operador del SITP con 6 meses de suspensión al considerarlo reincidente en conductas catalogadas como de impacto 1, esto es “*impacto alto en la seguridad y/o en la operación del SITP*”, de donde dimana que sí se encuentra acreditado el supuesto de hecho sobre el que se erige la decisión de la demandada.

Ahora, para determinar si tal hecho constituye o no una justa causa para finalizar el contrato, corresponde tener en cuenta que el numeral 6° del literal a del artículo 62 del C.S.T. prevé dos supuestos para terminar el contrato de trabajo: de un lado, la violación grave por parte del trabajador a las obligaciones o prohibiciones contenidas en el ordenamiento positivo del trabajo, y de otro, que el trabajador incurra en cualquier falta calificada como grave en el contrato, el reglamento, pactos o convenciones colectivas. En el primer evento, la gravedad de la falta puede ser establecida por el propio administrador de justicia de acuerdo con el análisis que sobre el particular realice de las obligaciones y prohibiciones que impone la ley laboral al trabajador; al cabo que en el

² Cfr fls 130 y 131.

³ Cfr fls 134 a 139.



segundo evento, la gravedad de la falta se encuentra previamente establecida.

En tal sentido se ha tener en cuenta que según la misiva de terminación del contrato, la demandada consideró que los hechos aducidos constituyen una falta grave de conformidad con el artículo 67 del Reglamento Interno de Trabajo, el que en lo que interesa al asunto efectivamente establece:

“ARTÍCULO 67: Consideradas las normas laborales del Código Sustantivo del Trabajo, constituirán faltas graves con terminación del contrato de trabajo las siguientes:

I. Faltas Graves Personal en General

(...)

e) Violación grave por parte del trabajador de las políticas, prohibiciones y obligaciones contractuales, reglamentarias o de las incluidas en este reglamento, el manual de operaciones, manual de funciones, manual de procedimiento, manuales del fabricante u otros, sin que por este hecho sea necesario la ocurrencia de daños y perjuicios para el empleador.

(...)”

Y en concordancia con tal disposición los literales a. y j. del artículo 64 de la misma obra establecen:

ARTÍCULO 64: SE PROHIBE A LOS TRABAJADORES:

(...)

18. Violar la seguridad, confidencialidad y secreto de la información estratégica de la empresa.

a. Cuando por el comportamiento del trabajador se generen multas, sanciones, reportes de incumplimiento u otros que afecten la imagen, disciplina y recursos de la empresa.



(...)

j. La suspensión de la tarjeta o código de operación por parte de TRANSMILENIO SAS por un tiempo superior a diez (10) días, independientemente de las causas que motiven dicha decisión.

(...)"

Del análisis conjunto de uno y otro precepto dimana que para determinar la existencia de una falta grave por parte del trabajador que faculte la terminación del contrato de trabajo, se debe determinar si el supuesto de hecho aducido constituye una violación grave de las prohibiciones del trabajador, aspecto que le corresponde al servidor judicial en tanto, no existe dentro del propio reglamento interno de trabajo precepto que defina qué conductas lo constituyen.

En tal sentido, de acuerdo con los preceptos transcritos en forma precedente, unas de las prohibiciones al trabajador es violar la seguridad, confidencialidad y secreto de información estratégica de la empresa y se previó como una de las conductas que constituye tal prohibición la suspensión de la tarjeta o código de operación por parte de Transmilenio SAS por un tiempo superior a 10 días, independientemente de la causa que motive tal determinación; y bajo tal perspectiva dimana que la suspensión por 6 meses de la referida tarjeta o código de operación al demandante constituyen una violación grave de tal violación; lo que de contera permite establecer la existencia de una falta grave del contrato de trabajo y como consecuencia de ello la existencia de una justa causa para su terminación.

En las condiciones analizadas considera la Sala corresponde revocar la determinación que acogió el servidor judicial de primer grado, para en su lugar absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones,



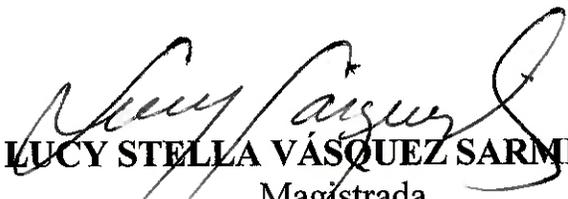
pues a pesar de que el accionante estaba amparado por la garantía de fuero circunstancial, su vínculo finalizó amparado en justa causa.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia ante la prosperidad del recurso, las de primer grado a cargo del demandante.

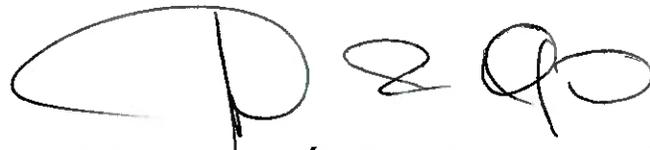
DECISIÓN:

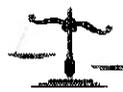
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones. **COSTAS**. Sin lugar a su imposición en esta instancia, las de primer grado a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-033-2016-00625-01. Proceso Ordinario de Edwin Díaz Gómez contra Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, frente a la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 19 de febrero de 2019.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo por el período comprendido entre el 25 de febrero y el 23 de abril de 2016, teniendo la primera prórroga entre el 24 de abril de 2016 y el 13 de mayo de 2016, la segunda entre el 14 de mayo de 2016 y el 31 de mayo de 2016 y la tercera entre el 1º y el 15 de junio de 2016 y que como consecuencia de lo anterior, se declare que el contrato de trabajo mutó a término definido de un año por el período comprendido entre el 16



de junio de 2016 y el 15 de junio de 2017, el que finalizó sin justa causa el 30 de agosto de 2016, procediéndose con la condena de la indemnización por despido sin justa causa, procediéndose con el pago de los salarios causados entre el mes de septiembre de 2016 y el 15 de junio de 2017, junto con la indexación de las condenas y las costas del proceso.

En lo que interesa al asunto, afirmó que las partes suscribieron contrato de trabajo inferior a un año el 23 de febrero de 2016, por espacio de un mes y 29 días, el que finalizaba el 23 de abril de 2016, para desempeñar el cargo de residente de seguridad industrial, pactando un salario por la suma de \$3.500.000; que el contrato fue prorrogado en tres oportunidades por acuerdo entre las partes, siendo la primera por espacio de 20 días que cubrían el interregno entre el 24 de abril y el 13 de mayo de 2016, pactando un salario de \$3.610.950, la segunda prórroga se extendió hasta el 31 de mayo de 2016, momento en el cual se le dio denominación diferente y una tercera prórroga hasta el 15 de junio de 2016; que la demandada obligó al demandante a suscribir un nuevo contrato de trabajo, por el período comprendido entre el 16 de junio y el 11 de julio de 2016, el que fue prorrogado entre el 12 de julio y el 11 de agosto de 2016, finalizando el mismo el 30 de agosto de 2016 sin justa causa; que al finalizarse el contrato de trabajo se vulneraron los artículos 46 y 64 del C.S.T., ya que el segundo contrato de trabajo suscrito carece de validez, por cuanto el primero no se terminó conforme los establece la normatividad respectiva, pues el mismo se prorrogó de forma automática.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* condenó al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, al advertir, que en efecto se suscribió contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, el que fue prorrogado en tres oportunidades por las partes, estableciendo que si bien se aduce una modificación en el término de prórroga, también lo es, que atendiendo al principio de realidad y a la irrenunciabilidad de los derechos mínimos de los trabajadores, se advertía que en efecto tales documentos



eran prórrogas del contrato de trabajo, por lo que impuso la condena respectiva, la que debería ser debidamente indexada al momento de su pago.

Inconforme con la decisión anterior, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, a fin de que sea revocada la decisión de primer grado y en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda. El fundamento de su inconformidad se circunscribe en que de acuerdo con la prueba documental y testimonial aportada al proceso, se logra demostrar que la vinculación del demandante estuvo precedida de dos etapas contractuales, la primera de ellas a partir del 25 de febrero de 2016, el que fue prorrogado hasta el 15 de junio de la misma anualidad y fue modificada la fecha final de la prórroga, con ocasión de las condiciones del proyecto al que estaba sujeto y de entenderse de otra forma, se estaría desconociendo el acuerdo de voluntades de las partes. Así mismo, por cuanto finalizado y liquidado dicho contrato, se dio inicio a un nuevo contrato, del que se realizó una nueva prórroga hasta el 11 de agosto de 2016, por lo que no se puede entender como una nueva prórroga, ni se puede desconocer el acuerdo de voluntades, las expectativas legítimas y cambiar la naturaleza de un contrato con ocasión de las supuestas prórrogas. Aunado a lo anterior, se debe advertir que el Decreto 1127 de 1991, en su artículo 1º establece que no hay necesidad de efectuar preaviso, cuando el contrato es por 30 días, de lo que se advierte que el contrato finalizó por el plazo pactado y no por causas unilateral y sin justa causa como aduce la parte actora, de conformidad con lo expuesto en el artículo 61 del C.S.T.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES



Partiendo del hecho de que no fue objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo, así como los extremos temporales del mismo y el salario devengado por el trabajador, el problema jurídico a resolver en esta instancia se circunscribe en determinar si en efecto se produjo la prórroga del contrato de trabajo en tres oportunidades o si por el contrario, la finalización del vínculo laboral, se originó por vencimiento del plazo pactado.

En ese orden de ideas, los artículos 46 del C.S.T. y 2.2.1.1.1 del Decreto establece

***"ARTICULO 46. CONTRATO A TERMINO FIJO.** <Artículo subrogado por el artículo 3o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.*

1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.

***PARAGRAFO.** En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que éste sea."*

*"Artículo 2.2.1.1.1. **Renovación automática contratos mayores a 30 días.** Los contratos de trabajo cuya duración fuere superior a treinta (30) días e inferior a un (1) año se entenderán renovados por un término igual al inicialmente pactado, si antes de la fecha del vencimiento ninguna de las partes avisare por escrito a la*



otra la determinación de no prorrogarlo, con una antelación no inferior a treinta (30) días.

Estos contratos podrán prorrogarse hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año y así sucesivamente.”.

Atendiendo la norma anterior, la misma es clara en precisar que cuando se trata de contratos de trabajo a término fijo inferior a un año, el mismo no puede superar de tres prórrogas, pues en ese momento, pasa a ser un contrato a término fijo que no puede ser inferior a un año.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que las partes suscribieron contrato de trabajo a término fijo inferior de a un año el 23 de febrero de 2016, el que se debía ejecutar en el período comprendido entre el 25 de febrero de 2016 y el 23 de abril de la misma anualidad, conforme se extrae de los folios 16 a 19 del plenario.

El anterior contrato, fue objeto de prórroga por las partes celebrada el 22 de abril de 2016, para el período comprendido entre el 24 de abril y el 13 de mayo de 2016, una modificación de la prórroga de fecha 13 de mayo de 2016, en la que se indicaba que el contrato finalizaría el 31 de mayo de 2016; no obstante, se presentó nueva aclaración de la modificación de la prórroga efectuada por las partes el 31 de mayo de 2016, en la que se informó que el contrato finalizaría el 15 de junio de 2016¹.

Que se celebró nuevo contrato de trabajo a término fijo inferior a un año el 15 de junio de 2016, en el que se estableció la prestación del servicio por el período comprendido entre el 16 de junio de 2016 y el 11 de julio de la misma anualidad², contrato que fue objeto de prórroga celebrado el 8 de

¹ Cfr. Fl. 19, 20 y 21.

² Cfr. Fl. 22/24.



julio de 2016, extensión contractual que se originaba entre el 12 de julio y el 11 de agosto de 2016.

De acuerdo con lo anterior, se evidencia de los contratos de trabajo suscritos entre las partes, que el objeto contractual efectuado tanto el 23 de febrero, como el 15 de junio de 2016, es similar entre ellos, pues lo que fue contratado con el demandante, fue la prestación personal de sus servicios para el **PROYECTO GIBRALTAR**, con la única diferencia de que el primero de ellos fue para cumplir labores determinadas en el anexo No. 1, mientras que el segundo, era para el cumplimiento del contrato interadministrativo 9-99-15500-0431-2015, situación que no tiene variación y por lo que desde ya, no permite reflejar las dos relaciones laborales que se aducen tanto en la contestación de la demanda, como en el recurso de apelación, más aún, de advertirse que entre los mismos no existió solución de continuidad alguna.

En ese orden de ideas, se debe precisar que tampoco es cierto como lo aduce la encartada, que sólo se trató de una prórroga de los contratos de trabajo celebrados por las partes, pues lo que ocurrió con posterioridad, fue una modificación y luego una aclaración de las mismas, pues si bien es cierto se impuso dicha denominación de tal forma a los documentos, también lo es, que lo que conllevan los mismos es a una modificación del extremo final del contrato de trabajo, que no se puede entender de forma diferente, como la prórroga de los extremos temporales, lo anterior en atención al principio de primacía de la realidad sobre lo meramente formal.

Lo anterior, se advierte en el caso bajo estudio, pues la demandada pretende modificar el extremo final del vínculo contractual, sin que se aplique la modalidad de la prórroga, sino mediante otras figuras y denominaciones, que enmarquen una situación diferente, y que no generen la prórroga automática del contrato de trabajo a un término no inferior a un año, de lo



que se denota la posición dominante del empleador en la relación laboral, teniendo en cuenta que el trabajador en vigencia del vínculo contractual y ante la posibilidad de mantener su estabilidad laboral, procede con la firma de dichos documentos, lo que de por sí, son formatos pre establecidos, que no le permiten negociación alguna a la parte débil de la relación laboral, que en este caso es el trabajador.

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha tenido oportunidad de pronunciarse, como en sentencia con radicado No. 37348 del 11 de febrero de 2015, M.P. DR. Luis Gabriel Miranda Buelvas, en la que se indicó:

“Esta reforma al contrato inicial, que puede considerarse como una primera prórroga o renovación del plazo inicial, se firmó por las partes el 22 de octubre de 1996, cuando el período previsto en la ley para el preaviso correspondiente ya estaba vencido.

Igual escenario se presenta en los restantes “Otro sí”, vistos a folios 111 a 113, mediante los cuales las partes acordaron, en relación con la misma cláusula sexta, su prórroga o modificación del plazo inicialmente pactado, mediante las cuales concertaron extender la vigencia del contrato de trabajo por seis (6) meses y dos (2) días en una; nueve (9) meses en la otra, y por último por dos (2) meses, extendiéndose dicha vigencia hasta el 31 de marzo de 1999.

La apreciación de estos medios de prueba, contrario a lo expuesto por la censura, permite colegir que el propósito de los contratantes con la suscripción de los denominados por ellos como “otro sí”, comportaba en verdad una prórroga al contrato de trabajo, y en esa medida, la cuarta desbordaba los cánones legales, pues pactarse por dos (2) meses contravenía lo dispuesto en el artículo 46 del CST, en tanto ya no era posible una extensión del período inicialmente pactado por un término menor a un (1) año.

De manera que si la conclusión que extrajo el Tribunal de la valoración que hizo de estos documentos es admisible, pues la misma ciertamente no resulta



descabellada, ello significa que no se está en presencia de ninguno de los errores evidentes de hecho que la censura imputa al juzgador, puesto que el quiebre de la sentencia solo es posible cuando la apreciación probatoria es notoriamente contraria a lo que establece el respectivo medio de prueba.

En este orden de ideas, la situación fáctica comparada con la norma que se denuncia como violada, conduce a prohijar la decisión que adoptó el Tribunal, pues no solo se hizo una cuarta prórroga por tiempo inferior al que permite la norma, es decir, se actuó en contra de una disposición de orden público que contiene el mínimo de derechos que tiene el trabajador en relación con los contratos a término fijo sino que, también, se puede observar que todos los "otro si" se firmaron cuando ya faltaban menos de treinta (30) días para vencerse el contrato, es decir, ya se sabía, que el contrato se renovaría automáticamente; lo único que hicieron las partes fue variar el período de esa renovación automática volviéndola contractual. Esto solo podía haber si se ajustaba a la norma.

Así las cosas, se advierte que se suscribió contrato de trabajo entre las partes por el período comprendido entre 25 de febrero de 2016 y el 23 de abril de la misma anualidad, el que tuvo su primera prórroga para el período comprendido entre el 24 de abril y el 13 de mayo de 2016, mientras que la segunda prórroga lo extendió hasta el 31 de mayo de 2016 y la tercer prórroga lo amplió hasta el 15 de junio de 2016³, por lo que a partir de dicha data no se podía otorgar contrato al demandante que no fuera inferior a un año, conforme lo dispone la normatividad, sin embargo, la pasiva celebró nuevo contrato de trabajo inferior un año con el demandante, este fue por espacio de 26 días, para prestar sus servicios por el período comprendido entre el 16 de junio y el 11 de julio de 2016, el que a su vez, fue prorrogado hasta el 11 de agosto de 2016, de lo que se evidencia que el ex empleador abusó de la forma de contratación y de su posición dominante respecto del señor Díaz Gómez, por lo que se confirmará la decisión de primer grado en dicho sentido, sin que se haga necesario efectuar manifestación alguna referente con el monto fijado en primera instancia por

³ Cfr. Fl. 19, 20 y 21.



concepto de la indemnización contenida en el artículo 64 del C.S.T., pues las partes no efectuaron manifestación alguna mediante el recurso de apelación, frente a la suma otorgada por el aquo.

Finalmente, tampoco es dable acoger el argumento expuesto por el apoderado de la apelante, referente a que al no tenerse en cuenta los escritos de modificación y aclaración de la prórroga No. 1, se estaría desconociendo la voluntad de las partes, por cuanto si bien la forma de contratación es libre y se genera con ocasión de los acuerdos a los que lleguen las partes, también lo es, que dicho convenio no puede ir contra las normas laborales, que conforme con el artículo 14 del C.S.T. son de orden público y por tanto son irrenunciables, así como del artículo 13 del mismo compendio normativo, pues establece de forma taxativa, que no producen efecto las estipulaciones que afecten o desconozcan el mínimo de derechos del trabajador, situación que se reitera, se presenta en el sub judice, pues lo que pretende la pasiva, es que se desconozca la imposibilidad de efectuar más de tres prórrogas en los contratos a término fijo inferior a un año, con ocasión del acuerdo de las partes, situación que se insiste, no es dable en la normatividad laboral; razones por las cuales se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada.

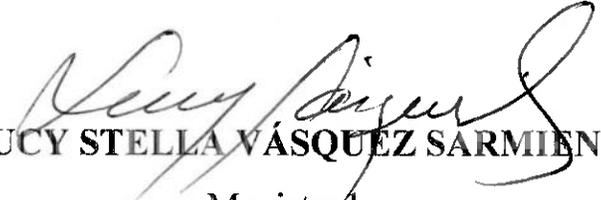
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primera y segunda instancia quedarán a cargo de la demandada.

DECISIÓN:

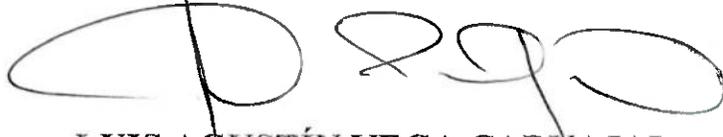
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de



Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: COSTAS** en ambas instancias a cargo de la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., inclúyanse como agencias en derecho la suma de seiscientos (\$600.000.00) mil pesos moneda corriente, de conformidad con las consideraciones de la sentencia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-038-2016-00662-01. Proceso ordinario de Vicente Pérez González contra Campo Elías Torres Patiño y Gonzalo Torres (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 31 de enero de 2018 en la que, para lo que interesa al estudio, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

ANTECEDENTES

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo con los demandados entre el 12 de diciembre de 2012 y el 20 de abril de 2016; se les condene al reconocimiento y pago de los salarios causados por el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 19 de febrero de 2015, comisiones, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria,



la sanción por no consignación de cesantías y el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que comenzó a prestar servicios personales para los demandados a partir del 12 de enero de 2012, como Conductor del tracto camión de placas XIK 225, en virtud de un contrato de trabajo a término indefinido.

Indicó que el salario pactado fue una asignación básica de \$650.000,00, más comisiones del 10% por cada viaje realizado y que en razón a esa circunstancia devengaba en promedio la suma mensual de \$2'000.000,00; y le ordenó que asumiera el pago de los aportes en pensión y que anualmente le cancelaban la suma de un millón de pesos a título de liquidación de prestaciones sociales,

Refirió que los demandados no le cancelaron el valor total de sus prestaciones sociales, ni lo afiliaron al sistema de seguridad social con el verdadero salario promedio devengado y que a la finalización del contrato le quedaron adeudando la suma de \$1'052.438,00 correspondiente al valor de los salarios causados entre el 1º de enero y el 19 de febrero de 2015 y la suma de \$9'225.133,00 por concepto de comisiones.

Añadió que el 20 de abril de 2016 los demandados terminaron la relación laboral sin efectuar procedimiento alguno.

Una vez notificados los demandados la demandada dieron respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones. Gonzalo Torres indicó que no es el propietario del vehículo de placas XIK 225 y tampoco suscribió contrato de trabajo con el demandante y que las órdenes que le impartió fue en



calidad de administrador. Propuso la excepción de inexistencia de solidaridad reclamada.

Por su parte el demandado Campo Elías Torres indicó que suscribió dos contratos de trabajo con el demandante, que el señor Gonzalo Torres era el administrador del vehículo y quien se encargó del pago de los aportes al sistema de seguridad social, así como de los salarios. Propuso las excepciones de buena fe, cobro de lo no debido, costumbre en el gremio y justa causa en la terminación del contrato.

El *aquo* absolvió a los demandados de todas las pretensiones al considerar en esencia que se solicitó por parte del demandante la existencia de un único contrato de trabajo y se estableció dentro del proceso la existencia de dos contratos de trabajo, lo que a su juicio impedía acceder a las pretensiones o perjuicio de modificar el querer de la parte actora.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación el cual le fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce la recurrente que dentro del proceso se demostró fehacientemente la existencia de una relación laboral con los demandados, Carlos Elías Torres Patiño y Gonzalo Torres, el primero como propietario del vehículo y el segundo como administrador, a partir del 12 de diciembre de 2012.

Afirma que en el contrato de trabajo aportado se establece claramente las condiciones en que fue contratado el demandante, que no lo afiliaron a seguridad social, el valor de las comisiones y le cancelaban la suma anual



de \$1'000.000,00; y que la demandada no demostró el pago de la totalidad de las prestaciones sociales y los aportes al sistema de seguridad social, pues las consignaciones bancarias que se realizaban a la cuenta del demandante lo era para la legalización de gastos de transporte.

Agregó que si bien el vehículo que conducía el demandante tuvo un lapso de uno o dos meses en el taller, el demandante tuvo que asistir todos los días y estar pendiente del mismo, por lo que el vínculo laboral sí fue uno solo.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En los términos del recurso de apelación y, en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.P.T. y la S.S., el análisis de la Sala se contraerá a definir si es procedente el reconocimiento de la existencia de la relación laboral entre el demandante y los demandados, por el periodo comprendido entre el 12 de diciembre de 2012 y el 20 de abril de 2016; y si como consecuencia de ello es procedente el reconocimiento y pago de las acreencias laborales deprecadas.

En las condiciones en que se encuentra planteado el litigio, considera esta Colegiatura oportuno comenzar por señalar que de acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos se requieren para concluir la existencia de esta clase de vínculos, a saber, la prestación personal del servicio, la retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable de esta clase de contratos, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que significa, que



automáticamente queda excluido el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor.

Ahora bien, cumple advertir, que si bien el contrato de trabajo se configura con la concurrencia de los tres elementos reseñados, también lo es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del C.S.T.¹ basta con la acreditación de la prestación en forma personal del servicio para que se presuma su existencia, por tanto, cumplido tal presupuesto la carga probatoria se invierte y será en consecuencia a la demandada, si se opone a su existencia, a quien le corresponde acreditar que no se estructuran los elementos contenidos en el artículo 23 de esta misma obra, para desvirtuar dicha presunción.

En el asunto, corresponde tener en cuenta que en los escritos de contestación de demanda el demandado Campo Elías Torres Patiño reconoció su condición de empleador del demandante, sin embargo aclaró que lo fue en virtud de dos contratos de trabajo, el primero vigente entre los años 2012 y 2014, y el segundo a partir del año 2015; y que el demandado Gonzalo Torres Segura fungió como administrador del vehículo, circunstancia admitida por el demandado Torres Patiño al absolver interrogatorio de parte, cuando afirmó que suscribió el contrato de trabajo del año 2015 con el demandante y que era su hijo, el demandado Gonzalo Torres Segura, quien se encargaba de todo.

Bajo tal perspectiva, correspondía al demandante acreditar a lo sumo la continuidad en la prestación personal del servicio, para que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T se pudiera presumiera presumir la existencia del contrato de trabajo; no obstante, no existe medio de convicción dentro del plenario que permita establecer que el demandante estuvo vinculado mediante un único contrato de trabajo desde el año 2012 como se solicita, máxime cuando al proceso se aportó el contrato de trabajo que éste suscribió con el demandado Campo Elías Torres Patiño.

¹ Subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990.



En consecuencia no merece reparo la conclusión a la que arribó el *aquo* relativa a la existencia de dos contratos de trabajo; sin embargo, contrario a lo que éste plantea a juicio de la Sala ello no es óbice para que se pueda analizar la procedencia de las pretensiones de condena, bajo el entendido de que se está reconociendo menos de los pretendido; de esa forma lo ha adoctrinado la máxima Corporación de Justicia Laboral entre otras en sentencia proferida dentro del radicado 35.033 de 2009, 38.182 de 2011 y en forma más reciente en sentencia SL5595 de 2019; al indicar:

“No está demás advertir por la Sala que nada obsta para que el juez declare la existencia de dos contratos de trabajo, pese a que el demandante invocó la existencia de uno solo, pues es bien sabido que el principio de consonancia contenido en el artículo 305 del CPC que informa las sentencias de instancia respecto de las pretensiones solicitadas, no excluye la posibilidad de que se profiera un fallo infra petita.”

Bajo tal perspectiva procede la Sala a analizar las pretensiones de condena de la demanda, respecto del vínculo laboral vigente entre el 20 de febrero de 2015 y el 20 de abril de 2016.

SALARIOS Y COMISIONES

Solicita el accionante el reconocimiento y pago de los salarios causados entre el 1º de enero y el 19 de febrero de 2015, así como el pago de la suma de \$9'225.133,00 por concepto de comisiones.

En punto al pago de los salario corresponde señalar que tal como se advirtió en forma precedente, no existe dentro del plenario medio de convicción del cual se pueda establecer que en el referido periodo el demandante hubiere prestado servicios personales para los demandados; y en lo que respecta al pago de comisiones, si bien el demandado Gonzalo Torres Segura al absolver interrogatorio de parte aceptó que al demandante



en uno y otro vínculo se le reconocían comisiones por viaje realizado, y de tal aspecto además da cuenta el contrato de trabajo aportado, lo cierto es que, no se precisa en forma concreta respecto de que viajes y periodos se reclama el pago de las mismas, lo que de suyo impide acceder a su reconocimiento.

CESANTÍAS, INTERESES A LAS CESANTÍAS, VACACIONES Y PRIMAS DE SERVICIO

Se reclama por parte del demandante el reconocimiento y pago de cesantías intereses a las cesantías, vacaciones y primas de servicios respecto de la totalidad de la relación laboral, sin embargo y de acuerdo con el criterio jurisprudencial indicado en forma precedente se procede a analizar en relación con el último vínculo laboral declarado.

Al respecto se ha de advertir que el demandado Gonzalo Torres Segura al absolver interrogatorio de parte reconoció que al actor no se le efectuó el pago de dichas acreencias laborales, en tanto se había acordado únicamente el pago de la suma de \$1'000.000,00 anuales, argumento que resulta inaceptable, dado el carácter irrenunciable de las acreencias laborales que se reclaman, razón por la que resulta procedente acceder a su reconocimiento, y se tendrá en cuenta para ello el salario básico reconocido para el 2015 y la suma de \$1'200.000,00 por concepto de comisiones, suma reconocida que reconoció el demandado Gonzalo Torres Segura al absolver interrogatorio de parte se reconocía en promedio al demandante, para un total de \$1'850.000,00.

En tal sentido corresponde reconocer a favor del demandante la suma de \$2'158.334,00 por cesantías, \$302.166,00 por intereses a las cesantías, \$1'079.166,00 por vacaciones y \$2'158.334,00 por primas de servicio; para un total de \$5'698.000,00, monto respecto del cual corresponde descontar



la suma de \$1'000.000,00 que se acepta reconocieron los demandados conforme lo acordado en el contrato de trabajo.

PAGO DE APORTES EN PENSIÓN

Para resolver este punto, corresponde tener en cuenta se solicitó en la demanda fue el pago a la AFP Porvenir de los aportes en tanto no fueron cancelados por su empleador.

En tal sentido, como de acuerdo con lo definido en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, es obligación del empleador afiliarse y pagar la parte que a él corresponde de los aportes al sistema general de seguridad social en pensión de sus trabajadores, se condenará al demandado Campo Elías Torres a que previa realización del correspondiente cálculo actuarial por parte de la administradora de fondo de pensiones a que el demandante se encuentre afiliada efectúe el pago de los aportes al sistema respecto del contrato de trabajo vigente entre el 20 de febrero de 2015 hasta el 20 de abril de 2016.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

Al respecto corresponde tener en cuenta que de acuerdo con la declaración vertida por el demandado Gonzalo Torres Segura al absolver interrogatorio de parte, el vínculo laboral del demandante se dio por terminado de manera justificada porque se negó a cumplir una orden que se le dio relacionada con el cargue de un viaje; sin embargo no se aportó al proceso medio de convicción que permitiera establecer que de acuerdo con lo establecido en el parágrafo del artículo 62 del C.S.T., se le comunicara las razones de la terminación del vínculo.



De manera que resulta procedente el reconocimiento y pago de la indemnización por despido deprecada, y se condenará al demandado Campo Elías Torres al pago de la suma de \$2'158.333,oo.

SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS E INDEMNIZACIÓN MORATORIA

En este punto corresponde indicar que de antaño jurisprudencialmente se ha dejado sentado que las sanciones que se impongan al empleador como consecuencia del no pago de prestaciones sociales y salarios, como lo es la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del CST, la sanción por no consignación de cesantías y en consecuencia la sanción por el no pago de intereses de las cesantías, no son de aplicación automática e inexorable ante el incumplimiento por parte del empleador, pues el servidor judicial debe analizar la conducta de éste para determinar si hubo buena o mala fe.

En este sentido, entre innumerables decisiones de la máxima Corporación de la justicia laboral, especialmente en fallo del 8 de julio de 2008, indicó en esencia que deberá en cada caso el Juez observar y calificar la buena o mala fe de la actuación del empleador ya que su aplicación no es automática, se deberá analizar los motivos que indujeron al empleador a omitir el pago, total o parcial, de los salarios y prestaciones del trabajador, a la terminación del contrato de trabajo, pues de estar aquellos justificados en razones serias y atendibles, debidamente acreditadas en el proceso, que indiquen, sin lugar a dudas, que no hubo intención de defraudar al trabajador, y que se obró con buena fe, no procede la aplicación de la sanción contemplada en dicha norma.

Ahora bien, del entendimiento dado por el máximo órgano de decisión en lo laboral no se desprende que éste hubiere estimado que la norma legal establece una presunción de buena fe del empleador, sino que, como lo expresó claramente, habría que observarse y calificar la conducta de éste,



lo que de por sí, descarta cualquier presunción en su favor, y aunque la norma no establece tampoco una presunción de mala fe, una vez calificada su conducta como de aquella naturaleza es en cabeza de este en quien corre con la carga de la prueba y debe demostrar que su omisión en el pago, obedeció a causas atendibles que le impidieron cumplir oportunamente. Carga que de no cumplirse, se resuelve desfavorablemente para quien la soporta, conforme se desprende del artículo 177 del C. P. C., hoy artículo 167 del C.G.P

En el caso objeto de estudio, se advierte que el empleador obró bajo el convencimiento de que existía un acuerdo al que había llegado con el demandante, plasmado en el contrato de trabajo, conforme con el cual el pago de una suma cierta cubría la totalidad de las acreencias laborales y bajo tal perspectiva a juicio de la Sala no existió por parte del demandado el ánimo de defraudar al trabajador, razón por la que no se accederá al reconocimiento y pago de las referidas sanciones.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Costas en primera instancia a cargo del demandado Campo Elías Torres, y sin lugar a su imposición en la alzada ante la prosperidad del recurso.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia, para



en su lugar, **DECLARAR** la existencia de dos contratos de trabajo entre el demandante y el demandado Campo Elías Torres Patiño, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO.- CONDENAR al demandado Campo Elías Torres Patiño al reconocimiento y pago de la suma de \$4'698.000,00 por concepto de cesantías intereses a las cesantías, vacaciones y primas de servicios; a la suma de \$2'158.333,00 por concepto de indemnización por despido y a realizar el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones por el periodo comprendido entre el 20 de febrero de 2015 y el 20 de abril de 2016.

TERCERO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia, las de primer grado lo están a cargo del demandado Campo Elías Torres Patiño.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: **Radicación N° 11-001-31-05-039-2018-00464-01. Proceso Ordinario de José Belarmino Camilo Olarte Gómez contra Colpensiones (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada frente a la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de febrero de 2020; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública, frente aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se ordene la reliquidación de la pensión de invalidez reconocida, así como al reconocimiento y pago de la retroactivo pensional causado a partir del 23 de noviembre de 1989, fecha en la que se estructuró su



invalidez, junto con la indexación de las condenas impuestas, los intereses moratorios y las costas del proceso.

Para respaldar las súplicas, en síntesis señaló que elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez el 25 de abril de 2014, para lo cual aportó el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, en el que se estableció una pérdida de capacidad laboral del 50.45%, con fecha de estructuración al 23 de noviembre de 1989, la que fue desatada de forma desfavorable mediante resolución GNR 205659 de 2014; que mediante oficio del 30 de marzo de 2015 se aportó el dictamen de pérdida de capacidad laboral de la Junta Regional de Invalidez, estableciendo un 56% y manteniendo la fecha de estructuración; que el actor había cotizado 304 semanas y quien laboró hasta el 2 de enero de 1987; que mediante escrito del 10 de febrero de 2017 solicitó la revisión de la pensión de invalidez, por lo que mediante acto administrativo SUB 81438 de 2017 se reconoció la pensión de invalidez, con efectividad a partir del 1º de junio de 2017, en cuantía mensual por la suma de \$737.717; que se elevó solicitud de reliquidación del derecho pensional presentado el 16 de junio de 2017 la pensión, por lo que mediante resolución SUB 152573 de 2017 se modificó la decisión, en el sentido de conceder el retroactivo pensional a partir del 25 de abril de 2011, concediendo la suma de \$50.834.621; que se presentó recurso de queja, el que fue desatado de forma desfavorable mediante acto administrativo SUB 3376 del 10 de enero de 2018.

La aquo absolvió a la demandada ala reliquidación peticionada, por cuanto la liquidación efectuada por la demandada al momento de reconocer la pensión de invalidez, se encuentra ajustada. No obstante, impartió condena por el retroactivo pensional, causando el mismo a partir de la fecha de estructuración de la invalidez y concediendo la indexación



del retroactivo al momento en que se efectúe su pago. Lo anterior, por cuanto estimó que el término trienal debe ser contabilizado a partir del momento en que se expide el dictamen de pérdida de capacidad laboral, por lo que al expedirse en el año 2015 y al efectuarse la reclamación respectiva en el año 2017, el término trienal no transcurrió y por tanto el actor tiene derecho a la totalidad de mesadas a partir de la estructuración de su invalidez, más aún, si se advierte que el actor no tuvo pago de incapacidad alguno en su favor, conforme se podía extraer de la certificación emitida por Cafesalud EPS.

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión proferida y en su lugar se absuelvan de las peticiones elevadas. Lo anterior, por cuanto la entidad resolvió le derecho conforme con los parámetros legales y reconoció la prestación teniendo en cuenta la normatividad aplicable al momento de la fecha de estructuración de la invalidez, siendo el Decreto 3041 de 1966, modificado por el Decreto 232 de 1984, lo que generó el reconocimiento de la pensión y posterior reliquidación mediante la resolución SUB 152573 de 2017, en la que se tuvo en cuenta el retroactivo pensional, y en la que además se tuvo en cuenta los artículos 151 del C.P.T. y 488 del C.S.T. y por ello resulta improcedente el pago del retroactivo pensional desde la estructuración de la invalidez, e incluso, se tuvo en cuenta las cotizaciones posteriores efectuadas de conformidad con lo expuesto en el artículo 10° del Acuerdo 049 de 1990 y 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que se deben despachar de forma desfavorables la súplicas de la demanda.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA



En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo de la base de que no existe controversia en lo concerniente con el reconocimiento del derecho pensional, así como que el régimen es el consagrado en el decreto 3041 de 1966, situación que se comprueba de la resolución SUB 81438 del 26 de mayo de 2017; el problema jurídico a resolver por esta Sala de Decisión, consiste en determinar la fecha de efectividad de la pensión de invalidez, y de ser acertado dicho presupuesto, proceder con el estudio del medio exceptivo de la prescripción.

De acuerdo con lo anterior, la Sala debe partir del postulado que la norma aplicable para el reconocimiento del derecho pensional era la vigente al momento de su estructuración, por lo que se hace necesario establecer la fecha de la invalidez, para de esta forma proceder con el estudio de la efectividad de la prestación.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 8° del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de la misma anualidad, establece:

“ARTICULO 8o. La pensión de invalidez comenzará a pagarse desde la fecha en que se declare tal estado. Cuando el beneficiario estuviere en goce de



subsidio por incapacidad temporal en el seguro de enfermedad no profesional y maternidad, con posterioridad a esa fecha, el pago de la pensión de invalidez comenzará al expirar el derecho al mencionado subsidio.”.

Atendiendo la norma anterior, debe advertirse que el pago de la pensión de invalidez comenzará a efectuarse una vez se declare el estado de invalidez, situación que para el caso bajo estudio sería a partir del 23 de noviembre de 1989, tal y como puede desprenderse tanto del acto administrativo que reconoció la prestación y en la que se indicó la fecha de estructuración, así como, en el dictamen No. 73667 del 13 de marzo de 2015, por lo que en principio sería procedente reconocer el retroactivo pensional causado entre el 23 de noviembre de 1989 y el 24 de abril de 2011, por cuanto mediante acto administrativo SUB 152573 del 10 de agosto de 2017, se reconoció la mesada pensional a partir del 25 de abril de 2011.

No obstante lo anterior, debe indicarse que se hace necesario proceder con el estudio del medio exceptivo de la prescripción, partiendo del punto, que de conformidad con la reiterada jurisprudencia emitida por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, como en la sentencia con radicado No. 75083 del 15 de mayo de 2020, M.P. Dr. Carlos Arturo Guarín Jurado, en la que se estableció:

“1. Que para establecer la prescripción de las mesadas derivadas de la pensión de invalidez, la Corte ha aplicado para el efecto, esto es, para determinar la pérdida de las causadas en el tiempo sin reclamación, las reglas establecidas para las acciones indemnizatorias del artículo 216 del CST, conforme se explicó en la sentencia CSJ SL5703-2015, al rememorar las sentencias CSJ SL, 19 sep. 2006, rad. 29417 y CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 28821, concluyendo que, para predicar la exigibilidad de la obligación, se requiere del conocimiento pleno del peticionario, acerca de su estado de



invalidéz, pues no de otra manera podría hablarse de una actuación poco diligente, que genere el efecto liberatorio de la obligación, que trae consigo la prescripción extintiva de la acción.

En tal sentido, lo expuso la Sala en la citada sentencia al explicar:

[...] en tanto no se produzca la determinación del estado de invalidez [...], bien puede asentarse que la acción para la reclamación de tales derechos no ha nacido, por ende, en manera alguna puede predicarse que han prescrito -- actio non nata non praescribitur--. Y si la acción judicial para el pago de las aludidas prestaciones económicas y asistenciales no ha nacido, pues el del reconocimiento del estado de pensionado es imprescriptible por su carácter vitalicio, menos aún puede sostenerse válidamente que las mesadas pensionales como prestaciones económicas derivadas de dicho estado pueden verse afectadas por el cuestionado fenómeno letal liberatorio.

En suma, para la Corte, el plazo prescriptivo de la acción tendiente al pago de la pensión de invalidez, que no de su reconocimiento pues ella es imprescriptible, se insiste, empieza a correr desde que el afectado ha tenido 'conocimiento acabado' de su estado de invalidez laboral, o sea, no simplemente desde cuando se causa el infortunio o se advierten los primeros síntomas de la afectación a la salud o integridad de la persona o trabajador, sino desde cuando queda firme la 'determinación' de la incapacidad o invalidez laboral que a ese respecto profiere la correspondiente Junta de Calificación de Invalidez.

Los efectos de la teoría ahora esbozada por la Corte han sido reconocidos en constante jurisprudencia, particularmente, frente a indemnizaciones plenas de perjuicios."

De acuerdo con lo anterior, la Alta Corporación del Trabajo ha manifestado que el término prescriptivo debe contarse a partir del momento en que la persona tiene conocimiento pleno de su estado de invalidez, esto es, desde el instante en que queda en firme el dictamen de capacidad laboral proferido por la Junta Regional. No obstante, para que



proceda la excepción de prescripción conforme con los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., se requiere que transcurra el término de tres años a partir del momento en que se hizo exigible la obligación, que para el caso bajo estudio, sería a partir de la firmeza del dictamen, el que puede ser interrumpido por un término idéntico, con la simple reclamación escrita.

En ese orden de ideas, se hace necesario precisar que si bien el actor aportó copia del Dictamen No. 73667 del 13 de marzo de 2015, en el que se establece una pérdida de capacidad laboral del 56%, con fecha de estructuración al día 23 de noviembre de 1989, para lo cual se aportó la ponencia respectiva tal y como se desprende a folios 13 a 18 del plenario y que fue el tenido en cuenta por la falladora de primer grado en su decisión; también lo es, que no puede pasarse por alto, que en la resolución que reconoció el derecho pensional a corte de nómina (SUB 81438 del 26 de mayo de 2017¹), estableció que el derecho pensional se otorgaba como consecuencia del dictamen No. 79148081 del 18 de octubre de 2007, así como, que en el acto administrativo que negó en la primera oportunidad la prestación reclamada (GNR 295659 del 25 de agosto de 2014²), se tuvo en cuenta el acta No. 10414 del 24 de enero de 2008, que dictaminó en primera oportunidad la calificación del actor.

Así las cosas, una vez revisado el expediente administrativo del demandante visible a folio 68 del plenario, se encuentra que en el archivo denominado como GEN-ANX-CI-2014_3200907-20140425155233, se encuentra Dictamen No. 79148081 del 18 de octubre de 2007, proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, se estableció una pérdida de capacidad laboral del señor

¹ Cfr. Fl. 23/25.

² Cfr. Fl. 9/11.



Olarte Gómez del 50.45%, esto es, superior al 50%, y una fecha de estructuración al día 6 de septiembre de 2001, no obstante, mediante Acta No. 10414 del 24 de enero de 2008 mediante la cual se resolvía el recurso de reposición, dicha entidad manifestó:

“Una vez estudiados cada uno de los puntos objeto de inconformidad, esta sala define que se ratifica el porcentaje de pérdida de capacidad laboral; Se modifica la fecha de estructuración de invalidez otorgando como nueva fecha el 23 de noviembre de 1989 tomando como soporte la valoración psiquiátrica que informa de pérdida de hábitos laborales”

Que el anterior dictamen, fue tenido en cuenta por el Departamento de Cundinamarca en la Resolución No. 1126 del 11 de septiembre de 2008, mediante la cual se reconoció la pensión de sobrevivientes al hoy demandante en su condición de hijo invalido del causante señor José Belarmino Olarte Maldonado, en la que se dejó sentado que el actor ostenta su invalidez desde el 23 de noviembre de 1989.

Así las cosas, no es posible tener en cuenta el dictamen de fecha 13 de marzo de 2015 como lo hizo la aquo, sino que por el contrario, para el estudio del medio exceptivo de la prescripción se debe tener en cuenta, el formulario de dictamen de pérdida de la capacidad laboral y su acta anexa proferida el 24 de enero de 2008, fecha en la que el actor ya contaba con el conocimiento certero de su invalidez, por lo que se advierte que el actor contaba con tres años para elevar la reclamación pensional respectiva o dar inicio a la acción ordinaria laboral, esto era hasta el mismo día y mes del año 2011, sin que se realizara dichas acciones, sino que por el contrario, elevó la solicitud para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez hasta el 25 de abril de 2014, por lo que el retroactivo pensional reclamado se encuentra cobijado



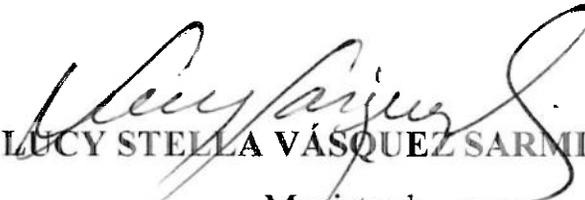
bajo el efecto prescriptivo y así se declarará, debiéndose revocar la decisión de primer grado, en tal sentido.

Finalmente, no se hace necesario efectuar mayor pronunciamiento respecto de la reliquidación del derecho pensional, ni los intereses moratorios, como quiera que tales conceptos fueron objeto de absolución por parte de la falladora de primer grado, decisión contra la que no se efectuó manifestación alguna mediante el recurso de apelación por la parte interesada.

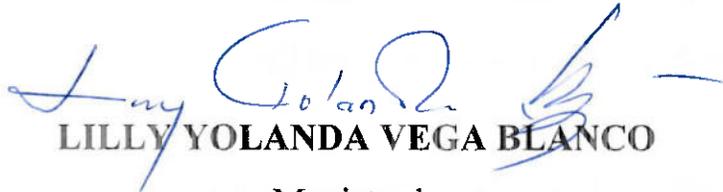
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado quedan a cargo del demandante y sin costas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: REVOCAR** la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de toda y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. **COSTAS** Sin lugar a su imposición en esta instancia, las de primer grado a cargo del demandante. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada




LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-004-2019-00928-01 Proceso Ordinario de Iván Vela Carabalí contra Ugpp (Apelación de Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de las demandada frente a la sentencia proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de febrero de 2021; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicita el demandante, se declare que estuvo vinculado Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por espacio superior a 10 años mediante contrato de trabajo a término indefinido, sin que se le hubiere afiliado al



ISS, por lo que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión sanción contenida en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, al cumplimiento de los 60 años, por lo que se debe imponer condena a partir del 7 de noviembre de 2018, actualizando el salario desde el momento en que se originó la terminación del contrato y hasta la fecha de reconocimiento, junto con las mesadas adicionales y la indexación de las mesadas causadas y no pagadas y las costas del proceso.

Tuvo como fundamento de sus pretensiones que prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero mediante contrato de trabajo a término indefinido por el período comprendido entre el 27 de enero de 1981 y el 7 de abril de 1993; que el gobierno nacional mediante el Decreto 2139 de 1992 adoptó nueva planta de personal para la entidad, por lo que el 6 de abril de 1993 le fue comunicado al actor la terminación del contrato de trabajo, con ocasión de la supresión del empleo que venía desempeñando, por lo que la terminación del contrato fue injusta; que prestó sus servicios por espacio de 12 años, 2 meses y 26 días, en el cargo de *promotor desarrollo rural*, grado 05 en la oficina de Herveo – Tolima, devengando como último salario promedio la suma de \$403.230; que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero no cumplió con la obligación legal de pagar los aportes al Sistema General de Pensiones; que el actor cumplió 60 años el 7 de noviembre de 2018; que presentó reclamación administrativa solicitando el reconocimiento de la pensión sanción.

Frente a dichas súplicas, el aquo condenó al reconocimiento y pago de la pensión sanción contenida en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, a partir del cumplimiento de los 60 años de edad, que ocurrió el 8 de noviembre de 2018, fijando el monto de la mesada en la suma de \$809.179, por catorce mensualidades al año, junto con la indexación de



las mesadas adeudadas desde el momento de su exigibilidad y hasta que se produzca su pago.

La apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto para la pensión proporcional se requiere cumplir con los requisitos respectivos, no obstante tal situación no ocurre en el caso bajo estudio, pues el actor cumplió los 60 años hasta el año 2018, máxime, cuando no está demostrado el despido sin justa causa, ya que no se advierte sentencia que así lo demuestre, por lo que la resolución RDP 015553 del 18 de abril de 2017 se encuentra ajustada, de lo que se advierte que el actor no cumple los requisitos contenidos ni en la Ley 161 de 1971, ni la Ley 100 de 1993, por lo que al no ser procedente la pretensión principal, las demás pierden sustento para su reconocimiento.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:



Para desarrollar el objeto de la Litis, se debe recordar que de tiempo atrás, la jurisprudencia laboral ha enseñado que tanto en el sector privado como en el oficial se han denominado de manera genérica pensiones restringidas de jubilación aquellas que se causan con un tiempo de servicios inferior al requerido para la denominada pensión plena de jubilación que se consolida con la edad y tiempo de servicios, de manera que el monto de aquellas es proporcionalmente inferior al de la plena. Es así como entre las pensiones restringidas se incluyen las pensiones causadas por despido sin justa causa, también denominada pensión sanción, y la pensión por retiro voluntario con 15 años de servicios.

Las normas que consagran este derecho están previstas en los artículos 8° de la Ley 171 de 1961 y 74, numeral 2, del Decreto 1848 de 1969, fundadas en el despido sin justa causa del trabajador. Así, el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 previó originalmente la pensión sanción para los trabajadores particulares y oficiales vinculados por contrato de trabajo que fueran despedidos sin justa causa, determinando que cuando la desvinculación se produjera después de 10 años de servicios y menos de 15 la pensión se pagaría a los 60 años de edad y cuando ese hecho ocurría después de 15 años de servicios se debería comenzar a pagar a los 50 años de edad; posteriormente el artículo 74, numeral 2, previó en términos semejantes la misma pensión pero sólo para trabajadores oficiales.

Teniendo en cuenta las normas citadas en precedencia, el demandante laboró por el período comprendido entre el 21 de enero de 1981 y el 7 de abril de 1993, tal cual se colige de la documental que reposa al interior del plenario¹; evidenciado lo anterior, se puede concluir que el actor

¹ Cfr. fls. 17.



laboró 12 años, 2 meses y 17 días, lo que lo hace beneficiario del derecho pensional discutido a las luces de las normas citadas en líneas anteriores.

Así las cosas, quedó acreditado que en efecto, el señor Vela Carabalí fue despedido de forma unilateral y sin justa causa por parte de la empresa Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, a partir del día 8 de abril de 1993, advirtiéndose, que si bien en la carta de terminación del vínculo laboral se indicó como motivo para el finiquito del vínculo contractual la supresión del empleo que venía desempeñando el actor, también lo es, que tal como lo ha reiterado la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, la liquidación o cierre de la sociedad o supresión del cargo, no implica que la terminación del vínculo laboral se dé con justa causa, sino que por el contrario, la misma es sin justa causa y por un motivo ajeno al querer o desempeño del trabajador en sus funciones, por lo que en el presente caso nos encontramos bajo tales presupuestos, lo que indica, que en efecto la finalización del contrato de trabajo se dio sin justa causa, acreditándose el segundo de los presupuestos establecidos por la norma, causándose de esta manera el derecho a obtener la pretendida prestación, quedando suspendida su exigibilidad al cumplimiento de la edad, hecho éste que se configuró el 7 de noviembre de 2018.

De lo anterior se advierte, que si bien al momento de finalizar el contrato de trabajo no se efectuó la calificación por el Juez Laboral por lo que en principio no encontraríamos frente a una posible prescripción, también lo es, que tal como lo ha Indicado el máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en materia laboral, no es dable declarar la prescripción de los hechos o impedir la declaración de los mismos, sino que por el contrario, se afectan todas y cada una de las condenas que se deriven de la misma bajo el efecto prescriptivo, para lo cual se puede



tener en cuenta la sentencia con radicado No. 36479 del 23 de febrero de 2010, M.P. Dr. Camilo Tarquino Gallego, que para el caso sub examine, serían las mesadas pensionales dejadas de reclamar, no obstante, dicho ítem será estudiado con posterioridad, por lo que es dable la concesión de la pensión restringida de jubilación.

También se debe resaltar como insistentemente lo ha señalado la jurisprudencia laboral, que el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, no derogó ni modificó la pensión restringida establecida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, frente a los trabajadores oficiales, por lo que dicha prestación conservó su vigencia hasta el momento en el cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993. En este orden, al haberse terminado el vínculo laboral de manera unilateral y sin justa causa antes de la entrada en vigencia de la pluricitada Ley 100 y, teniendo presente la condición de trabajador oficial del demandante, éste es beneficiario de la pensión restringida prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, pues el retiro del servicio, como se dijo, aconteció el día 7 de abril de 1993; en consecuencia el actor solamente necesitaba para acceder al beneficio pensional, el cumplimiento de la edad, la que vino a cumplir el día 7 de noviembre de 2018; requisito que tan sólo viene a constituirse en una condición para el disfrute del derecho, no así para lograr el estatus pensional, ya que el mismo, se configura con el cumplimiento de dos requisitos: el tiempo de servicios y el retiro voluntario.

Con respecto al ingreso base de liquidación de la pensión restringida de jubilación, ciertamente la disposición legal que regula este punto, es el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, que indica: *“la cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el*



artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios”.

Sobre ello, la Sala Laboral de la CSJ, en la sentencia No. 60193 del 21 de mayo del 2014, indicó que no se podía acudir a la Ley 33 de 1985 ni a la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3° de la primera, para hallar el IBL de la pensión restringida, dado que dichas normas se ocupan de otro tipo de prestación; y que de acudirse a dichas reglas se desconocería el principio de inescindibilidad de la norma consagrado en el artículo 21 del C.S.T, que impone que la aplicación de una regla de derecho se haga de manera íntegra; por lo que pretender que para el reconocimiento de la pensión restringida se acuda a la Ley 171 de 1961, pero que para su liquidación, se aplique la Ley 33 de 1985, era improcedente.

Sin embargo; la misma Corporación, en sentencias con radicados 62723 del 23 de septiembre de 2015, 61023 del 27 de enero de 2016 y 52399 del 17 de febrero de 2016, ha dispuesto claramente la liquidación de la pensión que regula el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 con los factores que define el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, en la medida que esa es la base que determina la Ley para las pensiones de los trabajadores oficiales, mientras que la alusión al artículo 260 del CST, es propio de los servidores particulares, que no es el caso del aquí demandante; de suerte que para dicha liquidación se debe acudir entonces al promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, con lo cual se descarta otros factores.

De manera que al acudir a la liquidación final de prestaciones sociales de folio 17 del expediente, la Sala sólo puede tener en cuenta el salario, los prima de antigüedad (\$41.473) y salario en especie (\$215.699), siendo las



dos últimas divididas en las 12 mensualidades del año, para un promedio del último año de servicios con base en la Ley 62 de 1985, equivalente a \$201.748.

De acuerdo con lo anterior, la Sala debe proceder a liquidar la prestación, acudiendo a la fórmula de la indexación que empezó a aplicar la alta Corporación del trabajo, en sentencia del 13 de diciembre de 2007 dentro del radicado No. 31222, en donde el valor histórico corresponde al salario promedio del último año de servicio, en este caso, la cifra de \$201.748 ya mencionada. Ahora; el IPC final corresponde al de la última anualidad de la fecha de cumplimiento de la edad, en este caso, diciembre de 2017, que según las tablas certificadas por el DANE -datos estadísticos que son hechos notorios- es el valor de 138.85399. El IPC inicial corresponde al de la última anualidad de la fecha de retiro del trabajador, para este evento, diciembre de 1992, que corresponde al guarismo de 17.39507.

Al reemplazar los valores, tenemos que el valor actualizado es el siguiente: \$1.610.428.40, que al aplicarle la tasa de reemplazo del 45.80%, por 4.397 días laborados, arroja el equivalente a la **primera mesada pensional actualizada, la suma de \$741.698.20**, suma que para el año 2018 es inferior al salario mínimo legal mensual vigente, por lo que su valor deberá ajustarse al salario mínimo mensual de cada anualidad, por lo que se ha de modificar el monto de la prestación reconocida por el aquo, manteniendo el reconocimiento de la prestación por 14 mensualidades al año, pues se reitera, el derecho pensional se causa con los años de servicio y el despido injusto efectuado al trabajador, lo que ocurrió en el año 1993.



Ahora bien, frente a la compartibilidad del derecho pensional, debe indicarse, que no se hace necesario efectuar un mayor estudio al respecto, como quiera que la parte actora no efectuó manifestación alguna de inconformidad frente a tal decisión impartida por el Juez de primer grado, por lo que al compartirse el derecho pensional con la Administradora Colombiana de Pensiones, tan sólo quedará a cargo de la UGPP el mayor valor si lo hubiere.

Sin embargo, se hace necesario proceder con el estudio de la excepción de prescripción propuesta por la encartada, atendiendo lo normado en los artículos 151 del C.P.T. y S.S. y 488 del C.S.T., en el entendido que los derechos no reclamados con posterioridad a los 3 años a partir de su exigibilidad quedarán sujetos a la cobertura de dicho fenómeno; no obstante, con el simple reclamo escrito se interrumpirá la prescripción por un lapso igual.

Así las cosas, en el caso bajo estudio se tiene que el derecho pensional surgió a favor del señor Vela Carabalí el 7 de noviembre de 2018, elevando la reclamación respectiva con anterioridad al cumplimiento de la edad para el pago del derecho pensional² y radicó el libelo demandatorio el 18 de diciembre de 2019, tal y como se puede evidenciar del acta individual de reparto visible a folio 31 del plenario, por lo que ninguna de las mesadas pensionales se encuentra bajo el medio exceptivo de la prescripción.

Ahora bien, frente a la indexación del retroactivo pensional que se causó entre el 7 de noviembre de 2018 y en adelante hasta que se proceda con su pago, debe advertirse que en efecto dicho monto deberá ser debidamente indexado al momento de su pago, como quiera que este

² Cfr. Fl. 22/26.



capital ha sufrido los efectos inflacionarios y la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, para lo cual, se aplicará la fórmula ya decantada por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral desde la sentencia 31222³ de fecha 13 de diciembre de 2007, advirtiendo que en el presente caso no se imparte condena respecto a un mismo hecho, ya que, se debe actualizar tanto el salario devengado por el actor al momento del reconocimiento del derecho pensional, así como también, al retroactivo pensional, bajo el entendido que las mesadas pensionales fueron reconocidas desde una época pretérita y por tal razón requieren la actualización correspondiente.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en las instancias, dada la absolución efectuada por dicho concepto por el fallador de primer grado y el estudio íntegro de la decisión en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: MODIFICAR** el

³ La CSJ señaló lo siguiente: "...Así pues, que en lo sucesivo para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones como la que nos ocupa, se aplicará la siguiente fórmula, que más adelante se desarrollará en sede de instancia:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

VA = IBL o valor actualizado

VH = Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

Con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la fórmula que se hubiere venido empleando en casos similares donde no se contempló la forma de actualizar la mesada pensional, acorde con la teleología de las normas antes citadas ..."



numeral **PRIMERO** del fallo de primera instancia en el sentido de fijar el monto de la primera mesada de la pensión restringida de jubilación, esto es, para el 7 de noviembre de 2018 en la suma de \$741.698.20, a la cual se le aplicó una tasa de reemplazo de 45.80% y que deberá ser ajustada al salario mínimo legal mensual vigente, dado que el monto reconocido es inferior al mismo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en todo lo demás. **TERCERO: SIN COSTAS** en las instancias, de atendiendo las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-009-2016-00390-02. Proceso Ordinario de Misael Pinzón Rodríguez contra Ecopetrol S.A (Apelación de Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la demandada, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condena a la indexación de la primera mesada pensional, a partir del 14 de noviembre de 1977, junto con los incrementos pensionales dejados de efectuar a partir del 1° de enero de 1978, junto con el retroactivo pensional correspondiente de la reliquidación del



derecho pensional, teniendo en cuenta la indexación y los factores salariales devengados y las costas del proceso.

Para respaldar las súplicas, en síntesis señaló que mediante certificado No. RLA-3-13222 de 1997, se le reconoció pensión de jubilación, por haber laborado un total de 22 años, 10 meses y 15 días y 48 años de edad, no obstante, mediante certificado No. RLA-3-24732 de la misma anualidad, se fijó el monto de la mesada pensional en la suma de \$9.555.44; que la demandada no realizó el reajuste de oficio y anual de la mesada pensional en el año inmediatamente siguiente a su reconocimiento; que no se incluyeron en el IBL los factores salariales denominados como vacaciones en dinero, prima de vacaciones y prima de antigüedad; que elevó derecho de petición a Ecopetrol el 28 de septiembre de 2015, el actor solicitó la revisión de la reliquidación de la pensión de jubilación, la que fue resuelta de forma negativa mediante oficio del 30 de octubre de 2015.

La aquo absolvió a la demandada de las pretensiones concernientes a la indexación de la primera mesada pensional y al reajuste anual de la misma, por cuanto no transcurrió mayor tiempo entre el momento en que se dejó de prestar del servicio y se reconoció el derecho pensional, así como, que en efecto se ha originado el reajuste anual de la prestación. No obstante, impuso condena frente a la reliquidación del derecho pensional, por cuanto en efecto no se incluyó al momento de liquidar la pensión de jubilación los factores salariales denominadas como vacaciones en dinero, prima de vacaciones y prima de antigüedad, por lo que la prestación debió concederse a partir del 14 de noviembre de 1977, ascendería la suma de \$11.878,29, arrojando un retroactivo pensional por la suma de \$28.268.813, respecto de las diferencias causadas entre el 23 de septiembre de 2012 y el 31 de agosto de 2020.



Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la condena impuesta y en su lugar se absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, por cuanto están acreditados los certificados de ganancia percibidos por el demandante en el último año de servicios, que fueron los tenidos en cuenta al momento de liquidar la prestación de jubilación, por lo que no comparte la inclusión de las vacaciones en dinero, teniendo en cuenta los factores salariales del último año de servicios, sin atender los devengados con anterioridad a ese último año, quedando perfectamente liquidada la prestación, tal y como se determinó con la indexación de la primera mesada y el reajuste anual pretendido. Aunado a lo anterior, señaló que desde la contestación de la demanda se interpuso como excepción la de cosa juzgada, ya que tal como lo señaló la falladora, el derecho pensional se reconoció desde el año 1977, no obstante, se incluyeron unos tiempos con ocasión de un cese de actividades que no se habían tenido en cuenta en su momento equivalente a 67 días, y por ello se realizó la reliquidación en el año 1978, la que se originó mediante conciliación ante la entidad administrativa respectiva, sin que se tuviera en cuenta el medio de defensa, pese a que en dicha conciliación se tuvo en cuenta de forma expresa y clara, la forma de liquidar el derecho pensional, más no otra situación, y en la que se dejó constancia que el actor declaraba a paz y salvo por todo concepto a la hoy demandada, respecto de las obligaciones surgidas del contrato de trabajo, por lo que se debe declarar probado el medio exceptivo y desestimar las pretensiones de condena impuestas.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES



Partiendo del hecho que no existe controversia en lo atinente con el reconocimiento del derecho pensional, ni con la fecha a partir de la cual se otorgó el mismo; los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se circunscriben en determinar si la reliquidación del derecho pensional pretendido por el actor están cobijados bajo el efecto jurídico de la cosa juzgada, con ocasión de la conciliación celebrada entre las partes o si por el contrario, es procedente la inclusión de los factores salariales denominados como *vacaciones en dinero, prima de vacaciones y prima de antigüedad*, para obtener el ingreso base de liquidación de la prestación.

De acuerdo con lo anterior, el principio de cosa juzgada se encuentra regulado en el artículo 303 del C.G.P.¹, aplicable por analogía al procedimiento laboral, de conformidad con lo normado en el artículo 145 del C.P.T. y S.S., en el que para que tal evento suceda, el litigio debe versar sobre el mismo objeto, la misma causa y exista una identidad jurídica de las partes, efecto que se extiende respecto de la conciliación en materia laboral.

¹ ARTICULO 303. COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplaze a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.



En ese orden de ideas, a folios 12, 122 y 123 del plenario, se encuentra la conciliación celebrada entre las partes ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de fecha 28 de febrero de 1978, en la que se indicó:

“ ...

b) Que para la liquidación de su pensión mensual y vitalicia de jubilación, se tomó inicialmente como base la suma de \$144.233.09 – que representa el salario que devengó el extrabajador en los últimos doce meses, pero sin contar 67 días que no laboró porque intervino activamente en un ceses intempestivo de labores que se sucedió en Ecopetrol a partir del 25 de agosto de 1977 y que fue declarado ilegal por el Gobierno Nacional mediante la Resolución No. 03209 del 29 de agosto de 1977 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

...

c) ... a reliquidar la pensión de jubilación del extrabajador señor Misael Pinzón Rodríguez, agregándole el monto de lo devengado en los últimos doce meses la cantidad de \$18.713.10 que corresponde al salario básico u ordinario de 67 días que no laboró dentro del mismo lapso por razón del paro mencionado, a razón de \$279,30 por día.

En razón de este reconocimiento se ha procedido a reliquidar dicha pensión de jubilación tomando como base la suma total de \$162.946,19 lo cual representa una mesada pensional de \$10.795,19 pagadera a partir de la fecha en que se le empezó a cubrir la pensión de jubilación.

...

Por su parte el señor Misael Pinzón Rodríguez, declara:

...



2. *Que con dicha liquidación su pensión de jubilación con base en la suma de \$162.946,19 ya reajustada como monto en lo devengado en el último año de servicios se declara conforme y satisfecho con la solución dada a su reclamo.*

3. *Manifiesta su absoluta conformidad con los términos anteriores de este arreglo conciliatorio y expresa que una vez reciba el pago en la forma antes pactada, la EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS (ECOPETROL), queda a PAZ Y SALVO con él por todo concepto originado en la relación laboral que los ligó. (...).*”.

Atendiendo la conciliación anterior, se evidencia que si bien existe identidad de partes, también lo es, que no así identidad de causa y objeto, entre el acuerdo conciliatorio y el presente litigio, ya que tal como se puede extraer del escrito anterior, se evidencia que las partes conciliaron la inclusión de 67 días de trabajo que no fueron tenidos en cuenta para la liquidación de la prestación, con ocasión de un cese de actividades que fue declarado ilegal y en el que participó el demandante de forma activa, sin embargo, en dicha conciliación no se incluyó de forma alguna el tema relacionado con los factores salariales a nivel general y mucho menos, respecto de los que reclama el actor, concernientes con las *vacaciones en dinero, prima vacaciones y prima antigüedad*, por lo que no hay lugar a declarar probado el medio exceptivo.

Ahora bien, frente a la reliquidación del derecho pensional, ante la falta de inclusión de factores salariales, se advierte que tal como lo indicó la falladora de primer grado, a folio 121 del plenario se encuentran los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación, de fecha 13 de noviembre de 1997, en la que en los literales a), b) y c) se incluyeron en el numeral 17, los conceptos denominados como *vacaciones en dinero, prima de vacaciones y prima de antigüedad*, por las sumas de 5.027,40 y los dos últimos por el monto de \$5.306,70.,



estableciendo como monto total en el último año de servicios la suma de \$160.581.89.

Sin embargo, mediante oficio RLA-3-24732 se liquidó el derecho pensional del señor Pinzón Rodríguez, se incluyó como *ganancias último año de servicios* la suma de \$144.233,09, asignando como primer mesada pensional el monto de \$9.555,44, sin que se tuvieran en cuenta los factores de vacaciones en dinero, prima de vacaciones y prima de antigüedad, contenidos en los artículos 98, 97 y 101 de la Convención Colectiva de Trabajo, respecto de los que aduce la demandada fueron incluidos en la liquidación de la prestación, y que no se tuvieron en cuenta los factores no devengados en el último año de servicios. por lo que se hace necesario traer a estudio los mencionados artículos convencionales, así:

“ARTÍCULO 97. Las vacaciones se liquidaran con el salario ordinario que esté devengando el trabajador el día que comience a disfrutar de ellas. En consecuencia, solo se excluirán para liquidación de vacaciones el valor del trabajo en días de descanso obligatorio y el valor del trabajo suplementario o de horas extras. Cuando el salario sea variable, las vacaciones se liquidarán con el promedio de lo devengado por el trabajador en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se conceden. Además, la Empresa pagará a los trabajadores una prima de vacaciones equivalente a diez y ocho (18) días de salario ordinario básico, por vacaciones cumplidas, sin tener en cuenta la época en la que se causaron. Esta prima constituye salario y se computará como tal para las vacaciones y prestaciones. En la misma forma no podrá pagarse proporcionalmente por periodos inferiores a un año, salvo el caso de quienes a la terminación de su contrato de trabajo tengan derecho al pago de vacaciones proporcionales al tiempo servido.

ARTÍCULO 98. Los trabajadores que sean retirados o que se retiren voluntariamente, tendrán derecho al pago de vacaciones proporcionales al tiempo trabajado, cuando el respectivo período sea superior a dos (2) meses de



servicio. A esta prestación solo tendrán derecho los trabajadores con contrato a término indefinido.

ARTÍCULO 101. A partir de la firma de la presente Convención la prima de Antigüedad consistirá en un (1) día hábil de descanso por cada año de servicio, sin que ella exceda de quince (15) días hábiles y podrá ser reconocida en dinero efectivo, a opción del trabajador. A esta prima tendrán derecho aquellos trabajadores con dos (2) o más años de servicio, continuos o discontinuos, y se otorgarán simultáneamente con las vacaciones que se causen.”.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que los factores salariales a los que se ha hecho mención, en efecto se causaron en el año anterior al retiro del trabajador, a tal punto, que fueron incluidos en la liquidación de la pensión de jubilación², pero que no fueron incluidos al momento del reconocimiento del derecho pensional y de la fijación de la primera mesada pensional, enfatizando, que si bien se reliquidó la prestación pensional en una suma superior al salario fijado en primera oportunidad, fue con ocasión de la inclusión de los 67 días del cese de actividades, más no, respecto de los factores de vacaciones en dinero, prima de vacaciones y prima de antigüedad, con los cuales se eleva el monto de la mesada pensional, por lo que en efecto es procedente la reliquidación de la prestación en favor del actor, no obstante, no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno referente con el monto dispuesto por la falladora de primer grado, como quiera que frente a dicho ítem no se efectuó manifestación alguna, por lo que se confirmará la decisión de primer grado.

Finalmente, no hay lugar a realizar pronunciamiento alguno referente a la indexación de la primera mesada, ni el reajuste anual de la pensión de

² Cfr. Fl. 121.



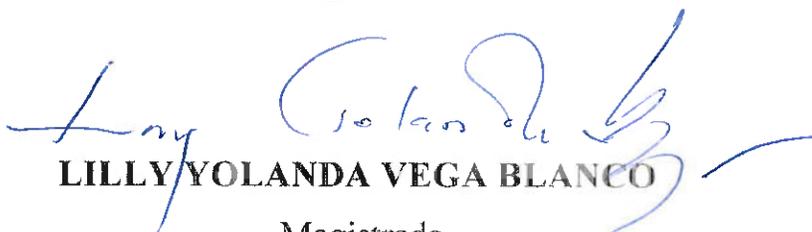
jubilación, como quiera que contra la decisión absolutoria no se interpuso recurso de apelación por la parte interesada.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado quedan a cargo de la demandada y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia. **COSTAS** de la primera instancia a cargo de la encartada y sin ellas en la alzada. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-009-2017-00482-01. Proceso Ordinario de Jesús Antonio Manrique contra Grupo Empresarial Energy S.A.S. (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, frente a la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de mayo de 2019.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo de un año, que fue terminado de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador y que como consecuencia de las anteriores, se condene al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones causados entre el 26 de julio de 2013 y el 3 de septiembre de 2015, junto con la indemnización por despido unilateral y sin justa causa, la sanción moratoria equivalente a un día de salario por



cada día de retardo, la indemnización por salarios caídos con ocasión de la incapacidad padecida por el actor con ocasión del accidente de trabajo que padeció, el pago de la compensación familiar, los salarios causados entre el 15 de agosto y el 3 de septiembre de 2015 y las costas del proceso.

En lo que interesa al asunto, afirmó que el actor ingresó a laborar a la demandada el 26 de julio de 2013, suscribiendo contrato de trabajo a término fijo de 12 meses, el que se ha prorrogado automáticamente, el que se mantuvo hasta el 3 de septiembre de 2015, fecha en la que le fue comunicada la terminación del contrato de trabajo, no obstante, para dicha data el actor se encontraba incapacitado con ocasión del accidente de trabajo padecido, sin que existiera aviso anterior; que el actor desempeñó la labor de administrador, con horarios de trabajo de 6:00 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a domingo; que se inició una persecución laboral al actor por parte del representante legal de la sociedad demandada señor Alejandro Calderón Laverde, por cuanto solicitó información de movimientos financieros mediante llamadas telefónicas, correos electrónicos y de forma verbal; que no se ha cancelado al actor los salarios por el período comprendido entre el 15 de agosto y el 3 de septiembre de 2015, ni le dieron vacaciones durante la vigencia de la relación laboral; que al actor le cancelaban comisiones o bonificaciones de 20 pesos por cada galón de gasolina y ACPM vendido, el que correspondió en vigencia a la relación laboral a un total de 129.556 galones; que el salario devengado quincenalmente ascendía a la suma de \$333.401, más 92.000 de comisión, por lo que de forma mensual percibía el monto de \$850.802.

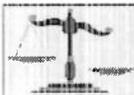
Frente a dichas súplicas, la *aquo* condenó al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, al advertir, que las motivos que fueron imputados en la carta de terminación del contrato de trabajo no podían calificarse como una causal grave para la terminación del vínculo laboral, ya que no existe claridad respecto a la obligación de consignar las ventas diarias, aunado, a que no quedó adeudando suma alguna al finiquito



relación contractual. Así mismo, impuso condena respecto de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T., ya que si bien se realizó la consignación de las prestaciones sociales del actor mediante depósito judicial, también lo es, que tal consignación no fue comunicada al actor, por lo que no se acreditaba la buena fe, de acuerdo con lo adocinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

Inconforme con la decisión anterior, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, a fin de que sea revocada la decisión de primer grado y en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda. El fundamento de su inconformidad se circunscribe en que la auditoría realizada por la Doctora Olga Patricia Sanza, que estableció que en efecto el actor tomó las ventas de 20 días de las estación de servicio sin autorización, incumpliendo sus obligaciones, tal y como se constató tanto de los testimonios, como del interrogatorio de parte del representante legal de la demandada, pues debía efectuar la consignación diaria de tales ventas y si bien se mencionó que el actor no quedó adeudando suma alguna, también lo es, que tan solo hasta el mes de agosto se realizó una consignación de un tercero por la suma de \$39.000.000, la que corresponde a los 20 días de ventas, lo que demuestra la terminación del contrato de trabajo, enfatizando que como se dijo desde la contestación de la demanda, la carpeta de la hoja de vida del actor fue sustraída de la planta.

Ahora bien, frente a la indemnización moratoria, se debe indicar que si bien la Corte ha establecido tal interpretación para el caso de los depósitos judicial, también lo es, que en el presente caso se demuestra la buena fe con la que ha actuado la demandada, por cuanto se envió correo electrónico en el que se le informó al demandante la posibilidad de acudir para proceder con el pago de sus prestaciones sociales, mismo correo que se encuentra en el escrito de demanda, aunado, que con el testimonio de la señora Olga



Patricia Sanza, se concluye que la misma se comunicó en el actor vía telefónica, pero no acudió para el pago y si bien entre los meses de septiembre y octubre fue el envío del correo y la consignación del depósito respectivamente, también lo es, que no por ello se puede determinar la mala fe del empleador y por tanto se deben desestimar las súplicas de la demanda.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho de que no fue objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo, así como los extremos temporales del mismo, el salario devengado por el trabajador y que en efecto el despido fue de forma unilateral por la demandada, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se circunscriben en determinar si la decisión adoptada por la ex empleadora obedeció o no a una justa causa, así como, si es o no procedente la indemnización moratoria que reclama el actor.

De acuerdo con lo anterior, se encuentra a folio 71 del plenario, copia de la terminación del contrato de trabajo, en la que la ex empleadora adujo como causa para finiquitar el vínculo laboral, lo siguiente:

“... ”

- *Durante el mes de Julio de 2015, la EDS ESTRELLA DE ORIENTE, NO realizó la consignación a dicha empresa de las ventas diarias de dicha estación, correspondiente a 20 días del mencionado mes, por consiguiente, no reconociendo las bonificaciones pactadas a favor del GRUPO EMPRESARIAL ENERGY S.A.S., dejando de recibir el valor de \$3.923.099.*



Que una vez obtenido el mencionado reporte, y como parte de la investigación disciplinaria realizada en el mes de Julio y Agosto de 2015, se le solicitaron a través de correos electrónicos enviados por parte del señor Alejandro Calderón, las respectivas consignaciones realizadas en el mes de Julio de 2015 por parte suya y dirigidas a Biomax S.A., sin embargo y a pesar de recibir dichos correos, Usted no dio respuesta a los mismos, pero siempre mencionó que un empleado de la empresa Helon S.A.S., fue quien le sugirió no realizar las consignaciones diariamente.

...

Por lo anterior, y una vez terminada la respectiva investigación disciplinaria, se pudo establecer que Usted en ejercicio de sus funciones, NO consignó durante el mes de julio de 2015 u por 20 días, las ventas a la empresa BIOMAX S.A., situación ésta evidenciada según reporte establecido por BIOMAX, como consecuencia de ello, la empresa GRUPO EMPRESARIAL ENERGY S.A.S., no obtuvo las bonificaciones mensuales, dejando de recibir el valor de \$3.923.099, así mismo, la empresa nunca obtuvo una justificación de dicha conducta, pues siempre guardó silencio a las situaciones presentadas.

Las conductas anteriormente realizadas por Usted, constituyen una FALTA GRAVE de sus obligaciones especiales y legales como trabajador, establecidas en el numeral 1 del artículo 58 del CST “realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; Observar los preceptos del reglamento, acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le imparta la empresa o sus representantes, según el orden jerárquico establecido”.

Por lo anterior y con fundamento en el numeral 6 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo que expresa: “TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo; Por parte de la Empresa: 6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”, hemos decidido dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa a partir del día 3 de septiembre de 2015.



En consecuencia, el departamento de Recursos Humanos le hará entrega de la liquidación de las prestaciones sociales que le corresponden, así mismo, se le solicita entregar el cargo respectivo, teniendo en cuenta el cargo que desempeñaba.”.

Atendiendo el escrito que sirvió de fundamento para finalizar la relación laboral, observa esta Sala de Decisión que se aduce en el mismo, el incumplimiento a las órdenes e instrucciones del empleador, haber generado un perjuicio económico a la empresa y por violación a las obligaciones laborales contratadas, con ocasión del informe rendido por parte de la empresa Biomax S.A., quien manifestó que no se recibió consignación alguna por espacio de 20 días por parte de la Estación de Servicio Estrella de Oriente.

Para acreditar la causa aducida por la demandada, se aportó acta de descargos realizada al demandante de fecha 1° de septiembre de 2015, que se encuentra a folio 69 y 70 del expediente, en la que se mencionó:

“PREGUNTA: Indique si dentro de sus funciones principales, se encuentran las de Administrar la EDS ESTRELLA DE ORIENTE.

RESPUESTA: se presume que sí.

PREGUNTA: De acuerdo a lo anterior, infórmenos si Usted durante los meses precedentes, esto es desde el mes de Enero a Mayo de 2015, realizaba las consignaciones diarias a la empresa BIOMAX S.A.

RESPUESTA: No recuerdo, por el tiempo que ha transcurrido.

PREGUNTA: Infórmenos, si usted como Administrador es que debe velar porque las consignaciones diarias sean consignadas a la empresa BIOMAX S.A.

RESPUESTA: No he recibido una orden directa de que se tenía que consignar a diario.



PREGUNTA: De acuerdo al reporte obtenido por BIOMAX S.A. en los primeros días del mes de agosto de 2015, se estableció que durante el mes de Julio de 2015, no se realizaron consignaciones diarias por un periodo aproximado de 20 días, en este orden, puede informarnos cuál fue la razón para dicho incumplimiento.

RESPUESTA: las explicaciones se las di en su momento al sr Alejandro Calderón.

...

PREGUNTA: Sabe Usted que dicha situación, presentó que no se obtuvieron bonificaciones durante dos meses, esto es, por los meses de Junio y Julio de 2015.

RESPUESTA: No lo sé. Ignoro.

PREGUNTA: Sabe Usted, que los actos irregulares expresados en esta diligencia, constituyen un incumplimiento a sus obligaciones contractuales.

RESPUESTA: no lo sé. (...)”.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que en efecto el actor cumplió con su carga procesal referente a demostrar la terminación del vínculo laboral de forma unilateral por su ex empleadora, por lo que le corresponde a esta última, acreditar los supuestos que fundaron su decisión, partiendo del supuesto que dentro del plenario no se aportó medio de prueba alguno del que se pueda establecer que el empleador ya hubiese catalogado tal incumplimiento como falta grave ni en el contrato de trabajo, ni en el reglamento interno, la convención o pacto colectivo, por lo que la calificación queda reservada al Juez.

Aunado a lo anterior, se recepcionaron los testimonios de las señoras Julia María Aperador y Dayan Peña Ortiz en favor de la parte actora. Quienes manifestaron al respecto que ingresaron con posterioridad a la celebración del contrato de trabajo con el demandante y manifestaron que era el



demandante quien tenía como función el de efectuar las consignaciones por ventas de la estación de servicio y que por lo general se hacían con una periodicidad diaria.

Así mismo, se escuchó a la señora Olga Patricia Sanza, quien manifestó ser trabajadora de la sociedad y adujo que en efecto el actor tenía la obligación de efectuar las consignaciones por venta de combustibles, la que se debería efectuar de forma diaria, como lo realizó el actor hasta el mes de mayo, ya que en los meses de junio y julio no se realizó el procedimiento en dicha forma, lo que generó la pérdida de la bonificación que otorgaba eventualmente Biomax y que con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo del actor, se recibió una consignación de un tercero que cubría la venta de los 20 días dejados de cancelar, conclusiones a las que se llegaron con posterioridad a una auditoria efectuada por la empresa.

Al respecto, debe indicarse que de los medios de prueba aportados al plenario y tal como lo indicó la falladora de primer grado, no se puede determinar con certeza la gravedad de la falta cometida, más aún, cuando en la diligencia de descargos no se efectuó manifestación alguna por parte del actor en la que indicara la obligación diaria de efectuar las consignaciones y si bien los testimonios escuchados en el proceso manifestaron tal situación, también lo es, que las señoras Julia María y Dayan, manifestaron que era una práctica general, más no que fuera una obligación impuesta por el empleador y si bien la seora Olga Patricia afirmó dicha situación, también lo es, que funda su dicho en una auditoría realizada por la empresa, no obstante, en la carta de terminación se manifestó como fundamento, el reporte presentado por la empresa BIOMAX S.A., referente a la falta de consignación de las ventas de combustible, por lo que se advierte que si bien, el actor incurrió en una posible falta a las obligaciones contratadas, ello no genera que la misma revista tal gravedad para la terminación del contrato de trabajo, enfatizando que si bien se menciona que con tal



actuación se ocasionó un perjuicio económico para el empleador, dicha afirmación queda sin respaldo alguno, pues no existe medio de prueba que así lo demuestre, ya que no se aportaron ni el reporte realizado por BIOMAX S.A. a la empresa hoy demandada, ni la auditoria que realizó la misma compañía con la que se acredite tal situación, por lo que se debe confirmar la decisión de primer grado frente al concepto estudiado.

Ahora bien, solicita la demandada se absuelva de la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T., equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la falta de pago de salarios y prestaciones sociales, por cuanto manifiesta que existió buena fe de parte de la enjuiciada, ya que se realizó la consignación de tales conceptos mediante depósito judicial.

Al respecto, debe indicarse que la aplicación de tal indemnización no es automática, sino que por el contrario, debe entrar a establecerse la buena o mala fe con la que actuó el empleador, frente a la falta de pago de salarios y prestaciones sociales y establecer si existe una justa causa para la falta de pago.

Frente al tema bajo estudio, ha sido reiterada la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en lo concerniente con la validez de la consignación del depósito judicial, para la interrupción de la indemnización moratoria, como en sentencia con radicado No. 39000, M.P. Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, en la que se adoctrinó:

“En sentencia CSJ SL del 29 jul 1988, rad. 2264, la Corte recordó el sendero que hay que recorrer para que una consignación judicial sea plenamente válida en relación con el trabajador reclamante, de la siguiente manera:



El pago por consignación es un acto complejo que supone la sucesión de varios pasos, comenzando por el depósito mismo en el Banco Popular, siguiendo por la remisión del título al Juzgado Laboral y concluyendo con la orden del juez aceptando la oferta de pago y disponiendo su entrega, acto este último que reviste gran importancia frente al problema de la mora en los eventos en que el juez se ve impedido de disponer la entrega por circunstancias imputables a la responsabilidad del deudor o consignante.

Para que el pago por consignación produzca sus efectos plenamente liberatorios es indispensable que alcance el efecto de dejar a disposición del beneficiario la suma correspondiente y ello se logra mediante la orden del juez ordenando lo pertinente. Sólo en tal momento debe tenerse por cumplida la condición para que cese el efecto de la indemnización moratoria, salvo que la razón por la cual no se produzca esa orden no sea imputable a responsabilidad del consignante” (Sentencia 11 de abril de 1985).

Y en providencia CSJSL del 20 oct 2006, rad. 28.090, la Sala dispuso:

importa precisar que no resulta suficiente que la empleadora consigne lo que debe, o considera deber, por concepto de salarios y/o prestaciones de quien fue su trabajador, en los términos del artículo 65 del C. S. del T., sino que es su obligación notificarle o hacerle saber de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo, porque, de no obrar así, es lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento.”.

Atendiendo el precepto jurisprudencial anterior, es necesario precisar que para que se origine el efecto liberatorio de la indemnización moratoria, no es suficiente con que se proceda con la consignación de los salarios y prestaciones sociales que se creen adeudar, sino que también, se debe notificar tal determinación al ex trabajador, a menos, que existan acusas no imputables al consignante.



En ese orden de ideas, se menciona por la parte encartada que no fue posible realizar la notificación mediante correo del depósito judicial efectuado en favor del señor Manrique, por cuanto se extravió la hoja de vida del mismo de la planta de la empresa y por ello no se sabía la dirección de notificación, aunado, con que se le comunicó de forma previa tanto vía correo electrónico, como telefónica, que podía acudir a las instalaciones de la empresa a reclamar su liquidación final de prestaciones sociales, sin embargo, no es posible acoger el dicho de la pasiva, ya que si bien menciona que se perdió la hoja de vida, no se aportó medio de prueba alguno que así lo demostrara, tales como la denuncia por pérdida de documentos entre otros, aunado, con que si bien se aduce que hubo una comunicación previa vía correo electrónico donde se ponía en conocimiento la existencia de la liquidación final de prestaciones sociales, la que en efecto corresponde al demandante, no lo hizo en tal forma respecto de la consignación del depósito judicial, la que pudo ser enviada a la misma dirección electrónica, pero que fue omitida por la pasiva, por lo que de forma automática se presume la mala fe de la ex empleadora y origina el pago de la indemnización reclamada, más aún, cuando entre el correo remitido y la consignación judicial, transcurrió el término de un mes, por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primera y segunda instancia quedarán a cargo de la demandada.

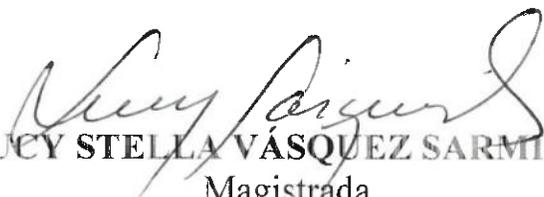
DECISIÓN:

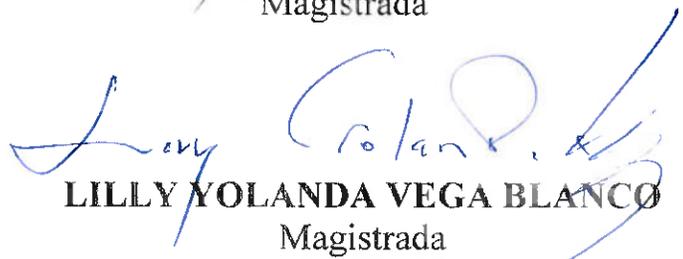
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO:**



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-009-2017-00482-01. Proceso Ordinario de Jesús Antonio Manrique contra Grupo Empresarial Energy S.A.S. (Apelación Sentencia).

CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: COSTAS** en ambas instancias a cargo de la demandada, inclúyanse como agencias en derecho la suma de seiscientos (\$600.000.00) mil pesos moneda corriente. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)
Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-012-2019-00137-01. Proceso Ordinario de Hedilberto Pérez Betancourt contra Colpensiones (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de enero de 2021.

ANTECEDENTES:

El accionante solicitó el reconocimiento del incremento pensional del 14% por compañera permanente a cargo, desde la fecha del reconocimiento pensional, esto es, a partir del 18 de julio de 2011, junto con la indexación de las sumas adeudadas, los intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.



Una vez notificada, la demandada dio contestación a la misma en oposición a las pretensiones y propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

El *aquo* absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por cuanto si bien se aparta del precedente jurisprudencial establecido en la sentencia SU 140 de 2019, también lo es, que no se aportaron medios probatorios que establezcan con total certeza la dependencia económica de la compañera permanente respecto del pensionado, ya que si bien se allegaron unas declaraciones extra juicio, también lo es, que de las mismas se extrae que sus declaraciones pre establecidas en un formato, que no genera veracidad en sus declaraciones.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En cuanto la decisión de primer grado fue adversa a las pretensiones del demandante, se dispone asumir el grado jurisdiccional de consulta, en los términos del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho de que no fue objeto de discusión entre las partes que el demandante en condición de beneficiario del régimen de transición, le fue reconocida pensión de vejez en forma directa por el Instituto de Seguros Sociales mediante la Resolución N° 024362 del 2011, con fundamento en el



Acuerdo 049 de 1990; el problema jurídico a resolver en esta instancia está relacionado, con determinar si hay lugar al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% y en caso afirmativo, establecer el momento de su exigibilidad, así como, proceder con el estudio del medio exceptivo de la prescripción.

En punto a la vigencia de los incrementos por persona a cargo corresponde indicar que si bien es cierto que, con posterioridad a la publicación de la sentencia SU 140 de 2019, la Sala en forma mayoritaria se apartó respetuosamente del criterio allí expuesto por la H. Corte Constitucional, al considerar que en la referida decisión se había abordado el análisis de un punto pacífico en la jurisprudencia sentada por la máxima Corporación de Justicia Laboral; la Sala en forma mayoritaria rectifica su postura para en su lugar, adoptar el criterio sentado por la H. Corte Constitucional en tanto al margen del aspecto formal se acogen los razonamientos de fondo, los que por demás se soportan en un profuso análisis de la jurisprudencia existente en punto al régimen de transición. Al punto se señala en la referida decisión:

“Ahora bien, como ya se dijo, con la promulgación de la Ley 100 de 1993 el sistema de pensiones hasta entonces vigente sufrió una transformación sustancial cuyo carácter exigió el establecimiento de un régimen de transición que regulara la conversión del sistema anterior al nuevo que lo reemplazó (supra 2.10). Se insiste en que esta transición legislativa partió de la base de que si bien el legislador tenía la facultad de transformar el sistema de pensiones, el cambio inherente a tal mutación no podía afectar desproporcionadamente a aquellas personas que ya se hubieren hecho a derechos pensionales de vejez o, más especialmente, a una expectativa legítima, de corto plazo sobre los requisitos que debían cumplir para acceder a dicha pensión en las condiciones previstas por el régimen anterior.

3.2.7. Ciertamente, si no hubiera existido la derogatoria orgánica del sistema pensional anterior a la Ley 100, no habría existido la necesidad de prever un régimen de transición cuyo objeto consistió en establecer un mecanismo para



valorar las expectativas de las personas que, no habiendo todavía llegado a adquirir el derecho de pensión bajo el sistema pensional anterior, se enfrentaban a un trascendental cambio normativo que podía afectar su proyecto de vida en el mediano plazo, en forma desproporcionada frente de la situación de aquellos que se hallaban al inicio de su vida. No sin razón, según la jurisprudencia, uno de los propósitos de los regímenes de transición legal es el de *'salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior'* (Énfasis fuera de texto); o, en palabras recientes de la Corte que refieren puntualmente al caso sub examine: *'el régimen de transición busca primordialmente evitar que quienes tenían a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, una legítima expectativa de acceder en un corto plazo a la pensión de vejez, dejen de tener acceso a la misma por nuevas condiciones y requisitos consagrados en la normativa que entra a regir. Así que protege, en primer lugar, el acceso a la pensión manteniendo los requisitos previamente consagrados (edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas) y; además, una garantía mínima de continuidad en lo que se esperaba recibir, esto es, el monto de la pensión.'*

3.2.8. Con dicho propósito, la Ley 100 de 1993 dispuso la ultractividad de unos determinados aspectos del sistema pensional anterior, para ciertas personas y por cierto tiempo, protegiendo las expectativas legítimas de tales personas en tanto éstas se refirieran exclusivamente a la adquisición del derecho a la pensión. La Ley 100 previó entonces que algunas normas del sistema pensional anterior conservaran su vigencia, solamente para algunas personas que el legislador concibió como susceptibles de haber ya adquirido una expectativa legítima en cuanto a las características de la pensión que eventualmente adquirirían en un mediano plazo.

(...)

3.2.11. En suma, si cupiere duda sobre la derogatoria orgánica que, por virtud de la expedición de la Ley 100, sufrieron los incrementos que en su momento previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, tal derogatoria se encontraría confirmada con la consagración de un régimen de transición que se diseñó para proteger las expectativas legítimas exclusivamente respecto del derecho a la pensión, pero que no llegó a extenderse a derechos extra pensionales accesorios de dicha pensión, más aún cuando –como sucede con los incrementos que prevé el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no fueron dotados de una naturaleza pensional por expresa disposición del subsiguiente artículo 22 *ibíd.*



3.2.12. La claridad de lo atrás expuesto no se opone a que la Corte explique las razones por las cuales resulta inadmisibles cualquier argumentación dirigida a apoyar la vigencia del referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 con fundamento en que en el subsiguiente artículo 22 se señaló que el derecho a los incrementos previstos en el artículo 21 “subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen”.

(...)

3.2.16. Finalmente, ha de indicarse que los incrementos pensionales previstos por el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 –esto es, los incrementos “por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión”- corresponden a uno de los aspectos del antiguo sistema de seguridad social que el Legislador abandonó por no adecuarse a los ideales de justicia contemporáneos (ver jurisprudencia citada en supra 3.1.3.), a que sí pertenece la noción de economía de cuidado.

En efecto, en desarrollo de la obligación de adoptar una perspectiva de género dentro de las actuaciones judiciales, particularmente en procura de hacer efectiva la igualdad material de las mujeres, por ser un hecho socialmente notorio la Corte es consciente de que los cónyuges o compañeros permanentes de que trata el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 mayoritariamente corresponden a los integrantes femeninos de la pareja familiar. Ciertamente, aunque en Colombia el acceso a un empleo formal por parte de las mujeres es relativamente bajo respecto de dicho acceso por parte de los hombres, los niveles de empleo generales sí varían significativamente entre ambos sexos, favoreciendo a los hombres respecto de las mujeres en una relación de 74% a 51% para 2017[173].

La anterior situación es consecuencia de una pluralidad de factores que no están necesariamente asociados a la condición femenina pero que sí favorecen mayores índices de empleo formal por parte de la población masculina, con el consecuente mayor índice de cotización masculina al sistema de seguridad social pensional. Por el contrario, una gran parte de las mujeres se desempeña en labores asociadas a la economía del cuidado; esto es, según la definición del artículo 2º de la Ley 1413 de 2010, la economía que corresponde “al trabajo no remunerado que se realiza en el hogar, relacionado con mantenimiento de la vivienda, los cuidados a otras personas del hogar o la comunidad y el mantenimiento de la fuerza de trabajo remunerado. (...)”. De hecho, de acuerdo con la Cuenta Satélite Economía del Cuidado elaborada por el DANE en cumplimiento de la referida Ley 1413 de 2010, para 2013 “la contribución no remunerada de las mujeres



alcanza 16,3% del PIB y la de los hombres 4,1%, situación que refleja el aporte diferencial de unas y otros”.

En vista de lo anterior, se observa que los incrementos previstos en el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron diseñados para ser mayoritariamente aplicables a las pensiones de los miembros masculinos de la pareja familiar, sin que existiera norma alguna que efectivamente le permitiera a los integrantes femeninos de dicha pareja el directo usufructo, incidencia o inversión de los recursos provenientes de dicha pensión, más gravemente, cuando la economía del cuidado requiere de recursos efectivos para funcionar. Es decir, el diseño legislativo de los incrementos pensionales de marras favorece la discriminación de la mujer que, con su aporte a la economía del cuidado, tuvo una participación más que relevante en el sostenimiento del hogar; razón más que suficiente para que la Corte considere que tal norma debe ceder ante otras más acordes a la vida social contemporánea como parcialmente lo regula la pensión familiar que consagra la Ley 1580 de 2009 o, eventualmente, puede desarrollar el Legislativo con fundamento en la última parte del inciso 11 del artículo 48 superior.

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 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y sólo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos. ”

Dando alcance al criterio jurisprudencial en cita al caso objeto de estudio, considera la Sala, que no es procedente acceder al reconocimiento de los incrementos pensionales deprecados, en tanto, como se advirtió, si bien al demandante se le reconoció la prestación de vejez conforme con el Acuerdo 049 de 1990, ello fue en virtud de la aplicación del régimen de transición, el que tal como lo dice el criterio jurisprudencial en cita no se previó para los incrementos pensionales por persona a cargo.

En las condiciones analizadas, no resta más que confirmar la determinación adoptada por el servidor judicial de primer grado, pero por las razones expuestas.



Hasta aquí el análisis de la Sala, sin costas en las instancias, dada la absolución efectuada por el fallador de primer grado frente a dicho concepto y al estudio íntegro de la decisión.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, pero por las razones expuestas en la presente sentencias. **SIN COSTAS** en primera instancia, ni en el grado jurisdiccional de consulta. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto*



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05 018 2017 00443 01. Proceso ordinario de Abelardo Enrique Zambrano Sánchez contra Compañía de Seguridad y Vigilancia Azimut Ltda. y otros (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 8 de abril de 2019.

ANTECEDENTES

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad demandada, desde el 6 de marzo de 2011 hasta el 28 de noviembre de 2016; se condene a los demandados en forma solidaria al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, la indemnización moratoria, la sanción por no consignación de cesantías y el pago de aportes a seguridad social.



Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que prestó servicios personales para la sociedad demandada como Director de Recursos Físicos desde el 27 de julio de 2010 hasta el 4 de marzo de 2011, vínculo que finalizó por su renuncia y respecto del que se le liquidaron sus prestaciones sociales.

Indicó que el 6 de marzo de 2011 se vinculó con la demandada para desempeñar el mismo cargo y prestó sus servicios personales hasta el 28 de noviembre de 2016, fecha para la cual percibía como contraprestación por sus servicios la suma de \$2'500.000,00 mensuales.

Señaló que la labor encomendada fue ejecutada de manera personal atendiendo las instrucciones de la demandada, cumpliendo un horario y las mismas funciones que en el contrato inicial, pero en el segundo vínculo no se suscribió ningún contrato y la demandada se limitó a cancelar el salario, más no así las demás acreencias laborales.

Una vez notificados los demandados dieron respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones. La sociedad demandada no acepta la existencia del vínculo laboral que se reclama, aduce al efecto que el demandante se vinculó mediante un acuerdo que consistía en la prestación de un servicio que ya conocía y que podía desarrollar sin el cumplimiento de un horario. Propuso en su defensa las excepciones de cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

Los demandados Lina María y Andrés Mauricio Chacón Delgado, Elsie Nathalia y Manuel Alfonso Espitia Blanco y Manuel José Espitia Sotelo; en escritos separados, adujeron en síntesis que, si bien son accionistas de la sociedad demandada y hacen parte de la junta directiva, desconocen la contratación del personal de la misma. Propusieron en su defensa la excepción de prescripción.



El *aquo* declaró la existencia de la relación laboral reclamada y condenó en forma solidaria a los demandados al reconocimiento y pago de las acreencias laborales reclamadas que no se encontraban afectadas por el fenómeno prescriptivo.

Conclusión a la que arribó al considerar en esencia que acreditada la prestación personal del servicio por parte del demandante la parte demandada no desvirtuó la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T.; así mismo indicó que dada la condición de socios de las personas naturales de la persona jurídica demandada eran solidariamente responsables.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte demandada, interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita el recurrente se revoque la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado, para lo cual aduce en esencia que el juez de primer grado no dio el valor probatorio que cada una de las pruebas ameritaba.

Aduce al efecto, en relación con la valoración de documentos, que el juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido que se exprese en cualquier constancia sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, puesto que no es normal que una persona falte a la verdad y de razón de la existencia de elementos que comprometen su responsabilidad patrimonial; por lo que se debía tener en cuenta la certificación que en tal sentido se expidió a solicitud del demandante, en la que se da cuenta de la existencia de un contrato de prestación de servicios.



De otra parte, aduce que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que la existencia de un horario no es determinante para establecer la existencia de un contrato de trabajo, cuando del análisis de otros medios probatorio es posible establecer la prestación de servicios y que en tal sentido puede existir coordinación de actividades entre los contratantes que le impone al contratista someterse a la condiciones del contratante, que puede incluir el cumplimiento de un horario, así como una serie de instrucciones sin que ello configure el elemento subordinación.

Sostiene que el primer contrato finalizó por determinación del demandante quien adujo problemas familiares y falta de tiempo para atenderlos, y que fue por ese motivo que se llegó a un común acuerdo de cambiar la modalidad del contrato para que el demandante tuviera las facilidades de atender sus contratiempos y el vínculo se pudiera desarrollar bajo la modalidad de prestación de servicios; en virtud del cual no cumplía horarios, se ausentaba cuando lo quería, no firmaba planilla de asistencia y no trabajaba los sábados.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El conflicto jurídico que dio origen a la iniciación del presente proceso y cuyo análisis corresponde abordar a la Sala, se contrae a establecer si entre las partes existió una relación de carácter laboral, y de ser así, si la declaratoria de la excepción de prescripción se ajusta a los presupuestos normativos.

En las condiciones en que se encuentra planteado el litigio, considera esta Colegiatura oportuno comenzar por señalar que de acuerdo con el artículo



23 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos se requieren para concluir la existencia de esta clase de vínculos, a saber, la prestación personal del servicio, la retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable de esta clase de contratos, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que significa, que automáticamente queda excluido el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor.

Ahora bien; cumple advertir, que si bien el contrato de trabajo se configura con la concurrencia de los tres elementos reseñados, también lo es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del C.S.T.¹ basta con la acreditación de la prestación en forma personal del servicio para que se presuma su existencia, por tanto, cumplido tal presupuesto la carga probatoria se invierte y será en consecuencia a la parte demandada, si se opone a su existencia, a quien le corresponde acreditar que no se estructuran los elementos contenidos en el artículo 23 de esta misma obra, para desvirtuar dicha presunción.

En tal sentido, como quiera que no fue objeto de discusión entre las partes la prestación personal del servicio por parte del demandante a favor de la sociedad demandada entre el 6 de marzo de 2011 y el 28 de noviembre de 2016; tal como lo indicó el servidor judicial de primer grado, resulta procedente la aplicación de la presunción que establece el artículo 24 del C.S.T., lo que de contera supone que corresponde analizar los demás medios de convicción a efectos de establecer si la misma se encuentra o no desvirtuada.

Aduce al respecto el recurrente que no se le dio el valor probatorio que correspondía a la certificación que expidió la sociedad demandada en el

¹ Subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990.



año 2015 a solicitud del demandante y en la que se indicó que el vínculo que unía a las partes era el de un contrato de prestación de servicios.

Al efecto considera la Sala que si bien a folio 21 del expediente obra constancia expedida por el Sub- Gerente General de la sociedad demandada en la que se indica que el vínculo que la unía con el demandante era de prestación de servicios, lo cierto, es que contrario a lo que plantea el recurrente, tal medio de convicción no permite por si solo establecer que el vínculo en virtud del cual el demandante prestó servicios a la sociedad demandada no era de carácter laboral; pues ello no solo permitiría que se permitiera a la parte demandada fabricar su propia prueba, sino que apareja el desconocimiento del principio de primacía de la realidad sobre las formas que establece el artículo 53 de Nuestra Carta Política.

Ahora bien, aun cuando no desconoce la Sala que la Máxima Corporación de Justicia Laboral tiene un criterio pacífico en relación con el valor probatorio de las certificaciones laborales, el mismo no es aplicable al asunto en tanto que en la constancia aportada precisamente se desconoce el vínculo laboral, luego no resulta procedente la aplicación del referido precedente.

En efecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia 34.393 del 24 de agosto de 2010 señaló:

“Frente a la valoración de esta clase de documentos, la Corte se pronunció en sentencia del 8 de marzo de 1996 radicado 8360, reiterada en casación del 2 de agosto de 2004 radicación 22259 y más recientemente en decisión del 23 de septiembre de 2009 radicado 36748, oportunidad en la cual puntualizó:

‘(...) El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan



importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral...’.”

Del criterio jurisprudencial en cita, se advierte que la máxima Corporación del Trabajo, lo que privilegia es el reconocimiento de la existencia del vínculo laboral y las condiciones en que se desarrolla por parte de quien se reclama la condición de empleador; empero se reitera, en el asunto ocurre lo contrario, esto es, que la constancia expedida se desconoce el referido vínculo.

En relación con la prueba testimonial, advierte la Sala que se recepcionaron las declaraciones de Catherine Valencia Sepúlveda, quien refirió tener una relación cerca al demandante en condición de proveedora de la sociedad demandada, y de Gloria Calderón Clavijo y Olga Lucia Vaquero Santa, quienes ostentan la condición de empleadas de la sociedad demandada.

La deponente Catherine Valencia Sepúlveda afirma que visitaba la empresa demandada de una a dos veces por semana en distintos horarios, en condición de representante legal de una empresa proveedora de insumos, que siempre mantenía un contacto directo con el demandante a quien afirma siempre veía en las instalaciones de la demandada.

Gloria Calderón Clavijo, Directora de Gestión Humana desde el año 2012, afirmó que conoció al demandante en condición de Director de Recursos Físicos, servicio que inicialmente prestó en virtud de un contrato de trabajo y posteriormente de prestación de servicios; indicó



que a pesar de que el demandante tenía asignado un espacio físico, no cumplía horario y tampoco firmaba la planilla de asistencia.

En similar sentido, la deponente Olga Lucia Vaquero Santa, quien ostentó la condición de Auxiliar Contable, indicó que conoció al demandante en condición de Director de Recursos Financieros, inicialmente mediante un contrato de trabajo y posteriormente mediante un contrato de prestación de servicios, que las funciones que desempeñó en virtud de uno y otro vínculo eran las mismas, y que además tenía el mismo espacio físico asignado, indicó que debía desplazarse a la empresa para prestar el servicio pero que no cumplía un horario ni suscribía la planilla de ingreso y salida.

Del análisis conjunto de las anteriores declaraciones, contrario a lo que considera el recurrente, a juicio de la Sala no es posible establecer que el demandante en efecto prestó servicios personales en virtud de un vínculo distinto a una relación laboral a partir del año 2011; pues de acuerdo con el dicho de las deponentes dimana en forma clara que el demandante prestaba servicios personales en las instalaciones de la demandada, y aun cuando las deponentes que ostentaban la condición de empleadas de la demandada señalan que el accionante no cumplía un horario de trabajo, tal circunstancia no permite concluir que la labor la ejecutaba de forma autónoma e independiente.

En efecto, si bien el cumplimiento de un horario en determinadas circunstancias puede ser considerado un hecho indicador del carácter subordinado con que se presta el servicio, especialmente cuando ella deviene de la potestad con que cuenta el empleador de impartir órdenes; no es menos cierto que la ausencia de cumplimiento de un horario no permite por si solo desvirtuar el carácter subordinado con el que se presta el servicio, carga probatoria que se encontraba en cabeza de la demandada.



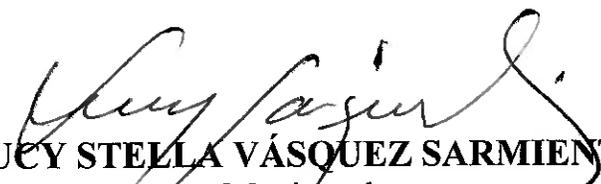
Aunado a lo anterior, tampoco puede pasar desapercibido para la Sala el hecho de que el demandante ejecutara las mismas actividades que tenía a su cargo cuando estaba vinculado mediante un contrato de trabajo entre los años 2010 a 2011; y si bien el recurrente aduce que fue en consideración a las circunstancias personales del demandante que se cambiaron las condiciones del vínculo; lo cierto es que no existe dentro del plenario medio de convicción que de cuenta de dicha situación.

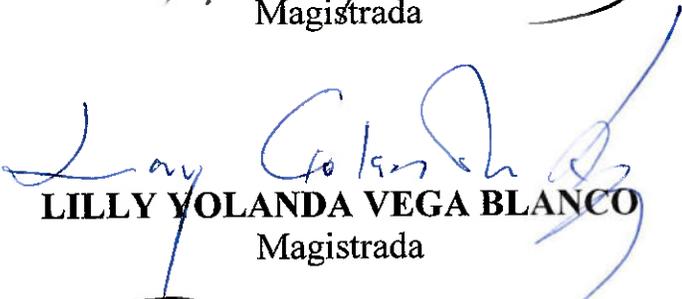
En las condiciones analizadas, analizados los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente, no resta a la Sala más que confirmar la determinación que adoptó el servidor judicial de primer grado. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia. **COSTAS.** Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 019 2018 00027 01. Proceso Ordinario de Clara Stella Triana Ramírez contra Colpensiones. (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada, en los aspectos no recurridos; frente a la sentencia proferida el 13 de agosto de 2020, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que es beneficiaria del régimen de transición, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 10 de mayo de 2012, de conformidad con lo que establecen los artículos 13 del Acuerdo 049 de 1990 y 7° de la Ley 71 de 1988; así como los intereses de mora que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.



Como fundamento de las pretensiones señaló básicamente que nació el 10 de mayo de 1957, que reúne un total de 1.245 semanas de cotización por cuenta de los servicios que prestó a la Escuela Ramírez Montufar, la Universidad Nacional, el Instituto Pedagógico Arturo Ramírez Montufar y el Colegio Estrada de María Auxiliadora.

Indicó que el 18 de octubre solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión de vejez, pero que ésta mediante la Resolución GNR 305551 DEL 18 de noviembre de 2013, negó el reconocimiento de la referida prestación arguyendo que se había reconocido en su favor pensión de jubilación por parte la Fiduciaria la Previsora.

Señaló que interpuso recurso de apelación en contra del acto administrativo mediante el que se le negó el derecho pensional, pero que mediante Resolución GNR 43737 del 18 de febrero de 2014 se confirmó la resolución recurrida.

Adujo que la pensión de jubilación a la que hace referencia la demandada, le fue otorgada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la cual se cancela con fondos de la Secretaría de Educación de Bogotá y que en razón a ello, se encuentra ante dos prestaciones totalmente diferentes.

Una vez notificada la demandada dio respuesta a la acción oportunamente, en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo en esencia que la pensión de vejez pretendida por la demandante es incompatible con la pensión de jubilación que le reconoció el Fondo Nación de Prestaciones del Magisterio a partir del 11 de mayo de 2012; máxime cuando de acuerdo con el artículo 128 de la Constitución Política nadie puede percibir doble ingreso que



provenza del tesoro público. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia del derecho de intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

La *aquo* condenó a la demandada al reconocimiento y pago indexado de la pensión de vejez de acuerdo con la Ley 71 de 1988 a partir del 10 de mayo de 2012, en cuantía inicial de \$1'460.888,69 en 14 mesadas al año; y la absolvió de las demás pretensiones de la demanda. Conclusión a la que arribó al considerar en esencia que de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 la pensión de jubilación reconocida a favor de la demandante como docente del magisterio es compatible con la prestación pretendida, de la que consideró se encontraban reunidos los requisitos para su reconocimiento.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, los que fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de la parte demandante se opone a la determinación adoptada en relación con la procedencia de los intereses de mora, de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 141 de la Ley de 1993 y del artículo 4° de la Ley 700 de 2001.

Aduce en tal sentido que la demandada acudió a un argumento alejado de lo que se encuentra establecido legalmente y por la jurisprudencia, transgrediendo los derechos pensionales de su mandante; desatención que afirma no se puede excusar.



Por su parte el apoderado de la entidad demandada, solicita se revoque en su totalidad la sentencia de primer grado; en consideración a que a su juicio la prestación de vejez que la demandante disfruta actualmente es incompatible con la pensión que se reconoció en su favor; de acuerdo con lo que al efecto establece el Decreto 1278 de 2002, la Ley 4 de 1992 en su artículo 19 y el artículo 17 de la Ley 549 de 1999.

Afirma que conforme lo establecido en el último precepto en cita sería el magisterio quien tendría que solicitar la devolución de los tiempos cotizados a favor de la demandante.

De otra parte, aduce que de confirmarse la determinación relativa al reconocimiento de la prestación de vejez solicita la misma se reconozca en 13 mesadas, en tanto la pensión se causó con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a una entidad respecto de la que, la Nación ostenta la condición de garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se dispuso asumir su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:



CONSIDERACIONES

En virtud del trámite de los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional a favor de la entidad demandada, corresponde a la Sala determinar, si resulta procedente el reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la demandante, a pesar de que se reconoció en su favor pensión de jubilación en condición de docente del Magisterio; y de ser así, determinar el número de mesadas en que se debe reconocer y si respecto de la misma procede el reconocimiento de intereses de mora.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado que el Fondo Nacional del Magisterio – Secretaría de Educación de Bogotá, reconoció a favor de la demandante pensión de jubilación con ocasión a los servicios que prestó como “*docente de vinculación Nacionalizado*” por más de 20 años en el IED Antonio Nariño; así como tampoco lo es el hecho que la demandante acumula un total de 69,86 semanas en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, ni que prestó servicios como Docente en la Universidad Nacional de Colombia. Aspectos que por demás se corroboran con la documental visible a folios 19 a 34 y 42 a 43.

De acuerdo con los anteriores supuestos y en lo que respecta a la compatibilidad entre el derecho pensional reconocido a favor de la demandante como Docente del Magisterio y la prestación de vejez que reclama a través del presente asunto; es del caso tener en cuenta, que la pensión de jubilación que reconoció la Secretaría de Educación del Distrito y que se encuentra a cargo del Fondo Nacional del Prestaciones Sociales del Magisterio, no hace parte del Sistema Integral de Seguridad Social, sino de



uno de los denominados régimen exceptuados, por así preverlo el artículo 279¹ de la Ley 100 de 1993.

En tal virtud, no resultan de recibo los argumentos que expone el apoderado de la entidad demandada para oponerse al reconocimiento de la pensión de vejez, pues el derecho pensional que le fue reconocido a la accionante como Docente, no hace parte del sistema general de pensiones que introdujo la Ley 100 de 1993; criterio que se acompasa con aquel vertido por la máxima Corporación de Justicia Laboral entre otras en sentencia SL451-2013, en donde acerca de la compatibilidad de las prestaciones reconocidas en los regímenes exceptuados, con aquellas derivadas del sistema general de pensiones adoctrinó:

“En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.”

De conformidad con el criterio expuesto, el que por demás fue reiterado por la misma Corporación en sentencia SL4117 de 2020, ningún reproche merece a la Sala la conclusión a la que arribó la servidora judicial al concluir que la pensión de jubilación que percibe la demandante es compatible con la pensión de vejez que establece la Ley 71 de 1988; motivo

¹ ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida..



por el que la Sala se adentra en el análisis del cumplimiento de los requisitos de la misma por parte de la demandante.

Con tal propósito corresponde a la Sala tener en cuenta que en tanto la demandante nació el 10 de mayo de 1957, en principio es beneficiaria del régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; pues para su entrada en vigencia tenía más de 35 años de edad; y que en virtud del mismo le es aplicable la Ley 71 de 1988, pues se encontraba prestando servicios como Docente en una universidad pública, los que sea dicho de paso no fueron tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte del magisterio; y además acumula cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales.

Ahora, en la medida que con ocasión a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, se introdujeron modificaciones al tema pensional y entre ellos, estableció en su párrafo transitorio número 4 un límite temporal a la vigencia del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, al señalar que no podría aplicarse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, esto es, el 29 de julio de 2005 hubieren acumulado por los menos 750 semanas de cotización, pues para este grupo de afiliados el régimen se mantiene hasta el año 2014; corresponde determinar si la demandante conserva o no la condición de beneficiaria del régimen de transición.

Con tal propósito se ha de tener en cuenta que conforme con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, las mujeres pueden acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en él establecida con 55 años de edad y 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social y en el Instituto de los Seguros Sociales.



En el caso bajo estudio, se advierte que de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas expedido por la entidad accionada, la demandante acumula ante Colpensiones un total de 69,86 semanas, a las que corresponde adicionar el periodo comprendido entre el 31 de octubre de 1979 y el 31 de octubre de 2001 a la Universidad Nacional de Colombia, periodo éste último que fue cotizado a la Caja de Previsión Social Universidad Nacional.

En consecuencia, descontando los periodos simultáneos la accionante acumula un total de 1.163,85 semanas, de las cuales contaba con 1.135,72 semanas para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y en tanto cumplió los 55 años de edad el 10 de mayo de 2012; ningún reproche merece a la Sala la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado al reconocer la prestación de vejez en condición de beneficiaria del régimen de transición.

En lo que respecta al monto del derecho pensional, se advierte que la determinación de la *aquo* se ajusta a los presupuestos que establecen los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, más no así en lo que respecta al número de mesadas en la medida que el derecho pensional se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, fecha límite establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, para el reconocimiento de la denominada mesada 14; razón por la que se modificará en este aspecto la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

En punto a la responsabilidad de la entidad accionada en el reconocimiento de la prestación de vejez, es del caso tener en cuenta, que a pesar de que el artículo 10 del Decreto 2709 de 1994, establece que la pensión de jubilación por aportes debe ser reconocida *“por la última entidad de previsión a la que se efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o*



discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años. En caso contrario, la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes.” y que en el asunto la demandante no cumple ninguno de dichos supuestos; también es cierto que, la Alta Corporación del Trabajo, teniendo en cuenta la unidad del sistema de seguridad social en pensiones, en la sentencia SL18.611 de 2016 adoctrinó:

“...siendo el sistema el que debe responder por la pensión, pierde importancia determinar a cuál entidad le corresponde resolver sobre su reconocimiento y efectuar el pago de las mesadas, eso sí sin perder de vista que por razones de orden lógico y práctico, y como lo enseña el artículo 10 del Decreto 2709 de 1994, conviene que el reconocimiento de la pensión y el pago directo de las mesadas corresponda a la última entidad de seguridad social a la que se realizaron aportes, que será la que se encargue de recaudar los recursos aportados a otros entes de la misma naturaleza, en beneficio de la salud financiera de aquella y del sistema mismo, empero sin que sea conditio sine quanon el tiempo de permanencia exigido en el precepto reglamentario recién citado, entre otras razones porque se trata de un asunto de orden meramente administrativo, al que no se le puede dar mayor trascendencia que al derecho sustancial de que está asistido el demandante.

Y respecto de la norma jurídica recién citada se encuentra vigente, debe admitir la Sala que su consagración no reporta ningún beneficio al usuario ni a la integralidad del sistema, de suerte que conforme a los principios de eficiencia y eficacia, en casos como el examinado, la pensión de jubilación debe ser reconocida y pagada por la última entidad a la que el afiliado realizó cotizaciones, sin importar el tiempo cotizado, desde luego, sin perjuicio de que esta obtenga el pago del cálculo o reserva actuarial a que haya lugar.”



En lo que respecta a la procedencia del reconocimiento de intereses de mora, aspecto objeto de inconformidad por la parte demandante, es del caso señalar que de conformidad con la interpretación constitucional vertida en sentencia C-601 de 2000 que declaró la exequibilidad del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, dichos emolumentos aplican a las pensiones que tienen como origen el fenómeno laboral de la jubilación, la vejez, la enfermedad o la sustitución por causa de muerte, que se presente a partir del 1° de abril de 1994, sin importar su fuente legal de reconocimiento; criterio que acogió la máxima Corporación de justicia laboral en la sentencia SL1681 del 3 de junio de 2020, de manera que no es de recibo para la Sala el criterio que al respecto expuso la juez de primer grado.

En cuanto al momento de su causación, valga puntualizar que, es del caso recordar que acorde con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, el pago de los mismos está concebido en relación con la mora en el pago de las mesadas pensionales, lo que significa que su reconocimiento pende del retardo en que incurra la entidad pagadora en la no cancelación oportuna de la prestación a la que legalmente se tiene derecho, pues su objeto es precisamente que una vez se solicite el derecho por parte de su titular y se verifiquen los requisitos que causan la prestación, el responsable u obligado la reconozca y pague dentro del término legalmente establecido a efectos de no causar al aspirante a pensionado un verdadero perjuicio por la tardanza injustificada de la entidad de pensiones; sin embargo, debe tenerse en cuenta que la entidad administradora cuenta con un término para resolver la petición, de modo que los intereses solamente empiezan a causarse si el pago se hace por fuera de aquél plazo.

Trasladando las anteriores premisas al caso objeto de estudio, en razón a que de acuerdo con la Resolución GNR 305551 del 18 de noviembre de 2013, el derecho pensional fue reclamado el 18 de octubre de 2012, y para



ese momento la demandante ya reunía los requisitos para el reconocimiento de la prestación de vejez, resulta procedente el reconocimiento de los intereses de mora a partir del 19 de febrero de 2013, en la medida de la causación de cada una de las mesadas pensionales.

En lo que respecta a la prosperidad de la excepción de prescripción, no merece reparo alguno a decisión que acogió la servidora judicial de primer grado en la medida que la demanda se presentó vencido el término trienal que establece el artículo 151 del C.P.T. y S.S. una vez se había interrumpido, ello en cuanto el derecho se reclamó el 18 de octubre de 2012, la demandante se notificó del acto administrativo mediante el que se resolvieron los recursos el 26 de febrero de 2014 y la demanda se presentó tan solo hasta el 19 de diciembre de 2017, de manera que tanto las mesadas pensionales como los intereses de mora causados con anterioridad al 19 de diciembre de 2014 se encuentran prescritos.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia ante la prosperidad de los recursos.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE 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 recurrida, únicamente en el sentido de reconocer el derecho pensional en 13 mesadas al año, de acuerdo con las razones expuestas.



SEGUNDO.- REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia recurrida en cuanto absolvió a la demandada del reconocimiento y pago de intereses de mora, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada a su reconocimiento en los términos previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 19 de diciembre de 2014 en la medida de la causación de cada una de las mesadas pensionales.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida, pero por las razones expuestas en la parte motiva.

CUARTO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTÍFIQUESE y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiunos (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05 020 2017 00793 01 Demandante Josué del Carmen Higuera, Luis Hernando Gómez, Omar Humberto Revelo Ceballos y Ronald Barú Calceto Osorio contra General Motors Colmotores S.A. (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 21 de enero de 2019.

AUTO

Previo a resolver el recurso de apelación interpuesto, procede en primer término la Sala a resolver la solicitud^f de terminación del proceso elevada por el demandante Josué del Carmen Higuera y su apoderado.

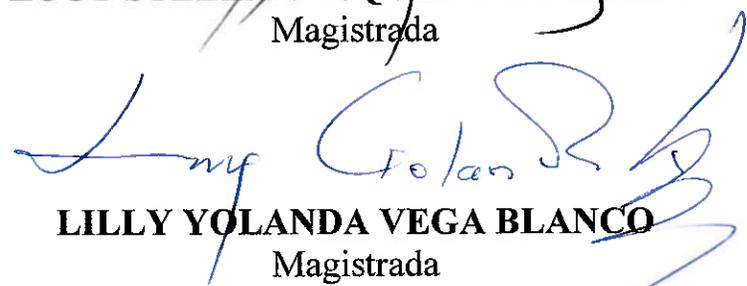
Al respecto recuerda la Sala, que de conformidad con los artículos 314 y 315 del Código General del Proceso, sólo es necesaria la solicitud de la parte demandante para dar trámite a una solicitud de desistimiento por ser éste un acto de voluntad de quien promovió la acción; de manera que para su aceptación, no se requiere de requisitos adicionales a los contemplados en los citados artículos.



En consecuencia y atendiendo a la solicitud que presenta el apoderado de la parte actora coadyuvado por su mandante Josué del Carmen Higuera, la Sala acepta el desistimiento de las pretensiones de la demanda y continúa con el trámite del recurso de alzada en lo que respecta a los demás demandantes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

De acuerdo con lo anterior procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos en relación con los motivos de inconformidad expuestos frente a la determinación que acogió el servidor judicial de primer grado en relación con los demandantes Luis Hernando Gómez, Omar Humberto Revelo Ceballos y Ronald Barú Calceto Osorio.

ANTECEDENTES

Solicitaron los demandantes mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia y vigencia actual de un contrato de trabajo con la demandada, se condene a esta última al pago de la diferencia indemnizatoria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 de la Convención



Colectiva de Trabajo suscrita entre la demandada y la organización sindical SINTRAIME.

Como sustento de sus súplicas afirman en lo sustancial, que se encuentran vinculados laboralmente con la demandada, la que reconoció en su favor indemnización, de acuerdo con la pérdida de capacidad laboral que presentaban, en aplicación de lo establecido en el artículo 86 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con la organización sindical SINTRAIME.

Sostienen que a pesar de que se les reconoció el referido derecho extralegal, el monto que les fue reconocido no corresponde con lo acordado convencionalmente, al no tener en cuenta para el efecto lo establecido en el Decreto 2644 de 1994, a pesar de que en el año 2008 la demandada si lo tuvo en cuenta en el caso del trabajador Nelson Ortegón Rubio.

Una vez notificada, la sociedad demandada dio respuesta a la acción a la acción en oposición a la pretensión relativa al reajuste de la indemnización convencional por accidente de trabajo o enfermedad profesional al considerar en esencia, que para liquidar el referido derecho se acordó expresamente tener en cuenta la tabla establecida en el artículo 209 del C.S.T. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, buena fe, enriquecimiento sin causa, pago, compensación y prescripción.

El servidor judicial de primer grado, accedió a las pretensiones de la demanda, y como consecuencia de ello condenó a la demandada al pago indexado de la diferencia indemnizatoria por accidente de trabajo y enfermedad laboral que les había sido reconocida; conclusión a la que arribó al considerar en esencia que, en aplicación del principio de favorabilidad y en virtud de la derogatoria tácita del artículo 209 del C.S.T., resulta procedente el reconocimiento del reajuste de la indemnización deprecada.



Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación.

FUDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la parte actora recurre la determinación adopta en relación con el reconocimiento de intereses de mora, para lo cual solicita se tenga en cuenta que la sociedad demandada obró de mala fe, en la medida que si bien soporta su defensa en criterio de carácter jurisprudencial, no tiene en cuenta que la misma jurisprudencia ha indicado que las partes pueden modificar una disposición convencional con la condición de que no afecte los derechos mínimos fundamentales o el principio de favorabilidad.

Y agrega en el mismo sentido que tampoco se discutió en el asunto que la demandada reconoció el referido derecho convencional a otros trabajadores dando aplicación, a lo que al efecto establece el Decreto 2644; lo que a su juicio también es constitutivo de mala fe.

Por su parte la apoderada de la sociedad demandada afirma que en frente al alcance de las normas convencionales y su aplicación a los contratos de trabajo, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4934 de 2017, en donde reconoce que las convenciones colectivas de trabajo son reconocidas como una fuente autónoma del derecho, en tanto a la par de las normas legales establece derechos y obligaciones para los sujetos de la relación de trabajo.

Aduce en tal sentido que en el asunto no fue objeto de negociación si la norma en torno a la cual tomaba el 150% de la indemnización, era el artículo 209 del C.S.T. o la norma en vigencia.

Sostiene que, contrario a lo manifestado por el despacho judicial de primer grado, en el presente asunto no se está violando ninguna norma legal en la



medida que las entidades del sistema de seguridad social integral, son las que liquidan y reconocen la respectiva indemnización, por accidente o enfermedad a que tenga derecho el trabajador y que obviamente se reconoce de acuerdo con el precepto legal que se encuentre vigente, para el momento en que se cause la indemnización; y que una situación diferente es un beneficio de carácter extralegal adicional a lo que la norma laboral consagra y que es lo que se ha reconocido a los 4 demandantes.

Afirma que no es dable indicar que como la norma esta derogada no tiene aplicación para un beneficio de carácter extralegal que ha sido motivo de acuerdo entre las partes; y que en ese sentido la Corte Suprema de Justicia ha aceptado que en los eventos en que las propias partes mediante un acuerdo colectivo insisten en acordar un beneficio extralegal invocando o remitiéndose a un precepto legal derogado o si con ello no infringen principios de orden público, ello no conlleva automáticamente a la desaparición del beneficio convencional.

Agrega que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 4934 de 2017, frente a la interpretación de una norma convencional en materia pensional señaló que nada se opone a que las partes en la negociación colectiva una pensión que posea iguales requisitos o superiores a los legales con el objeto de mantener inalterable en el tiempo las condiciones pensionales frente a cambios legislativos.

Señala que por tanto, si después de derogado el artículo 209 del C.S.T., las partes continúan señalando en el artículo 87 de la Convención Colectiva de Trabajo de 10 de abril de 2015 que la indemnización se liquida sobre el 150% de la tabla establecida en el artículo 209 del C.S.T., no significa que se estén desmejorando las condiciones de los trabajadores o que se deba acudir a un principio de favorabilidad, pues en la referida cláusula no se da lugar a interpretar que dicha indemnización se liquide con la norma que se encuentre vigente y que por tal razón en la medida que no se está violando ningún derecho mínimo de los trabajadores, ni se están desmejorando sus condiciones, lo



procedente es que la interpretación es que se de aplicación al artículo 209 del C.S.T.

De otra parte solicita que en el evento de que se confirme la decisión de primer grado, se liquiden las indemnizaciones teniendo en cuenta los pagos realizados por su representada de conformidad con lo establecido en el artículo 87 de la Convención Colectiva de Trabajo.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

En virtud de los argumentos expuestos al interponer el recurso de apelación, acorde con lo establecido en el artículo 66A del C.P.T. y S.S. el análisis de la Sala en esta instancia se circunscribe a determinar si es procedente la reliquidación de las indemnizaciones por invalidez parcial de origen convencional reconocidas por la demandada a favor de los demandantes Luis Hernando Gómez, Omar Humberto Revelo Ceballos y Ronald Barú Calceto Osorio, teniendo en cuenta para el efecto la tabla que para el efecto establece el Decreto 2644 de 1994; y de ser así, si es procedente el reconocimiento de intereses de mora.

Con tal propósito corresponde a la Sala señalar que no es motivo de discusión entre las partes la existencia del vínculo laboral que une a la sociedad demandada con los señores Luis Hernando Gómez, Omar Humberto Revelo Ceballos y Ronald Barú Calceto Osorio; ni que la enjuiciada reconoció en su favor indemnización por calificación de pérdida de capacidad laboral de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 87 de la Convención Colectiva de Trabajo.



Corresponde tener en cuenta igualmente que de acuerdo con la documental visible a folios 186 a 220, la enjuiciada reconoció por concepto de indemnización por calificación de pérdida de capacidad laboral las siguientes sumas: a favor del demandante Luis Hernando Gómez \$8'998.340,00, al presentar una pérdida de capacidad laboral del 8%; a favor de Omar Humberto Revelo Ceballos la suma de \$16'554.420,00, al presentar una pérdida de capacidad laboral del 14,45%; y, a favor de Ronald Barú Calceto Osorio la suma de \$17'325.900,00 al presentar una pérdida de capacidad laboral del 17,4%. Derechos que reconoció dando aplicación a la tabla establecida en el artículo 209 del C.S.T.

De acuerdo con los anteriores supuestos y en lo que interesa al fondo del asunto, interesa a la Sala traer a colación la norma convencional que establece el reconocimiento y pago de la indemnización por cuya reliquidación se propende; a saber el artículo 87 de la Convención Colectiva de Trabajo 2015-2017¹, el cual dispone:

“ARTÍCULO 87. INDEMNIZACIONES POR ACCIDENTE LABORAL Y ENFERMEDAD LABORAL – 22°. CCT – 06 – 07. Además de las indemnizaciones que el Instituto de Seguros Sociales (EPS?) o Administradores de Riesgos Laborales (ARLs) concedan, la Empresa pagará al trabajador una indemnización en dinero equivalente al CIENTO CINCUENTA (150%) de lo establecido en la tabla del artículo 209 del Código Sustantivo de Trabajo”.

Del tenor literal de la norma en cita, dimana con meridiana claridad que las partes convinieron el reconocimiento de una indemnización de carácter extralegal, correspondiente al 150% de la tabla establecida en el artículo 209 del C.S.T.; pese a lo anterior, no puede pasar desapercibido para la Sala el hecho de que para el momento en que se efectuó dicho acuerdo extralegal, esto es el 1º de abril de 2015, el artículo 209 del C.S.T. había sido derogado por el artículo 98 del Decreto 1295 de 1994 y la tabla vigente para la liquidación de las indemnizaciones era la establecida en el artículo único del Decreto 2644 de

¹ Cfr fls 510 a 546.



1994; de manera que a juicio de la Sala, ningún reproche merece la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado.

Aunado a lo anterior, considera la Sala que resulta procedente tener en cuenta la tabla indemnizatoria que establece el Decreto 2644 de 1994, en virtud del denominada principio del efecto útil de las normas jurídicas, conforme con el cual, entre varias interpretaciones de una disposición normativa, ha de preferirse aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea.

En tan sentido, ningún reparo merece a la Sala la determinación que acogió el servidor judicial de primer grado, al ordenar la reliquidación de la indemnización convencional que reclaman los demandantes.

Ahora bien; en punto al monto de la indemnización a que tienen derecho los demandantes, una vez efectuadas las operaciones aritméticas de rigor de conformidad con el cuadro que se incorpora y hace parte de la presente decisión, ningún reparo merece la determinación que se adoptó en relación con el demandante Luis Hernando Gómez.

En relación con los demandantes Omar Humberto Revelo y Ronald Baru Calceto Osorio, se advierte que el primero de estos tiene derecho al reconocimiento de la suma de \$32'198.319,75 y el señor Calceto Osorio la suma de \$18'566.748,00; razón por la que se modificará la decisión que frente a estos acogió el servidor judicial de primer grado.

En lo que respecta a la procedencia del reconocimiento de los intereses de mora, no desconoce la Sala que el artículo 1617 del Código Civil, establece su reconocimiento a título de indemnización de perjuicios en obligaciones dinerarias; pero en tanto estos son procedentes únicamente cuando la tardanza en el pago de la obligación se deriva de la tardanza injustificada del deudor y en el asunto evidentemente existía controversia en relación con la interpretación del texto convencional, considera la Sala que no hay lugar a su reconocimiento.



Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

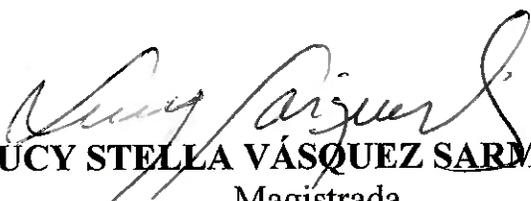
RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la de la referencia, únicamente en el sentido de **CONDENAR** a la demandada al reconocimiento de la diferencia de la indemnización por accidente laboral a favor del demandante Omar Humberto Revelo en la suma de \$32'198.319,75 y a favor del demandante Ronald Baru Calceto Osorio la suma de \$18'566.748,00; de acuerdo con las razones expuestas.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

Demandante	IBL	Monto de la indemnización	Valor indemnización	Valor Reconocido	Diferencia
Luis Hernando Gómez	\$ 3.644.910,00	5,25	\$ 19.135.777,50	\$ 8.998.345,00	\$ 10.137.432,50
Omar Humberto Revelo	\$ 5.000.281,00	9,75	\$ 48.752.739,75	\$ 16.554.420,00	\$ 32.198.319,75
Ronald Baru Calceto	\$ 2.991.054,00	12	\$ 35.892.648,00	\$ 17.325.900,00	\$ 18.566.748,00



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001310502320180044401. Proceso Ordinario de Wilson Fernando Lopera Rivera contra National Oilwell Varco de Colombia. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, y de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

WILSON FERNANDO LOPERA RIVERA convocó a NATIONAL OILWELL VARCO DE COLOMBIA, para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración injustificada de terminación del contrato: reliquidación de cesantías e intereses, prima de servicio y vacaciones y pago de los mismos conceptos de los dos días descontados; indemnización por despido; indemnización moratoria e intereses; y, aportes al sistema de seguridad social.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,



HECHOS:

Laboró para la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 25 de febrero de 2012 hasta el 29 de agosto de 2016, desempeñando el cargo de auxiliar de inspección, con salario básico mensual de \$893.860.00 y promedio de \$1'700.000.00.

El empleador lo requirió el 16 de agosto de 2016 a diligencia de descargos la cual tuvo ampliación el 17 de agosto de 2016, por incumplimiento a sus obligaciones por hechos presentados el 13 de agosto de 2016, decidiendo terminar el contrato el 29 de agosto de 2016 sustentado en justa causa por violación a la política de no alcohol, tabaco y otras sustancias, y de la liquidación final del contrato descontó dos días habiendo terminado formalmente el contrato el 30 de agosto de 2016.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 5 de octubre de 2018. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderado procedió a dar contestación aceptado la existencia del vínculo y oponiéndose a las restantes pretensiones ; respecto de los hechos manifestó que aceptaba unos y otros no; propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, existencia de justa causa para la terminación del contrato, buena fe, improcedencia de pago de indemnización por despido, prescripción, pago, compensación y genérica

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 18 de marzo de 2019, DECLARANDO como extremos del contrato de trabajo 25 de febrero de 2012 al 29 de agosto de 2016, CONDENÓ a pagar cesantías e intereses, ABSOLVIÓ de las demás pretensiones e impuso costas a la pasiva.



Inconformes con la decisión los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Presentó inconformidad el recurrente de la activa respecto de las solicitudes de inclusión de dos días en la liquidación final, indemnización por despido y moratoria, la cual sustentó en que el juzgado no valoró adecuadamente la prueba practicada.

Respecto a la no inclusión de dos días, sostiene que la empresa manifestó que presuntamente fueron pagados tomándolos como días de incapacidad, cuando eso no es cierto, simplemente no fue a trabajar, el primero por unos hechos acaecidos previo descargos que se le realizaron, el segundo por no permitírsele continuar laborando, no existiendo soporte documental que acredite que se tuvieron en cuenta para reconocer las prestaciones reclamadas por ese periodo, recabando que el primer día descontado en el formato de liquidación fue porque el empleado no se presentó a laborar al no contar con los recursos económicos para llegar al trabajo, y el segundo, por la prueba positiva de alcohol y consumo de sustancias psicoactivas, que trajo como consecuencia que el trabajador fuera devuelto al no permitírsele continuar laborando, lo cual no se adecua a un patrón normativo legal previamente establecido por nuestra legislación.

Respecto de la desvinculación sostiene que constituye una violación al reglamento de política de no alcohol y sustancias psicoactivas, ya que se probó que el empleado no estuvo consumiendo sustancias psicoactivas durante su trabajo, por lo tanto sin colocar en peligro su integridad ni la de sus compañeros, prueba que tampoco pasó por control de calidad, no se determinó el grado de consumo para ese día o si hubiese sido ese día, y lo que se exige



para la configuración de la falta, es que el consumo de alcohol, narcóticos o cualquier otra droga enervante afecte de manera directa el desempeño del trabajador.

Afirmando finalmente que si bien la indemnización moratoria no opera de forma automática, se debió tener en cuenta la calidad de la empresa dada su categoría y origen extranjero, por lo que debió haber liquidado esos dos días como lo exige la norma y no pasarlos por incapacidades a la EPS, cuando aconteció por no permitirse al empleado laborar y no corresponder a un rubro económico para su pronta actividad laboral.

Mostró por su parte el impugnante de la pasiva inconformidad por la condenada irrogada, señalando que su representada para realizar los pagos tomó la totalidad de días laborados y salario, además, en la comunicación del 14 mayo de 2016 efectuó llamado de atención al demandante por su ausencia injustificada el 22 de abril de 2016, pues no se presentó a laborar sin contar soporte, razón por la cual programó diligencia de descargos para el 29 de abril de 2016 en la cual el demandante se limitó que no asistió porque no tuvo plata, razón por la cual además, descontó un día de salario básico del mes de mayo, y se encuentra acreditado que la prueba de alucinógenos practicada al empleado al dar positiva, tampoco laboró se le entregó para que se retirara y se fuera a su casa.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo; aunado a ello, no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.



En punto a la inconformidad de la omisión de inclusión de dos días en la liquidación final del contrato, que ameritó de reparo conjunto para los impugnantes, y que sustentaron las irrisorias condenas irrogadas por el aquo, en los términos que se encuentran planteadas desde ya debe anunciarse su fracaso.

Las manifestaciones del apelante de la activa al respecto, son contradictorias frente a la decisión adoptada por el aquo, ya que es sumamente claro que el juzgado asintió en la ausencia de dos días del periodo tomado en cuenta por la empleadora para liquidar las acreencias laborales que se generaron a favor del empleado como consecuencia de la ruptura del vínculo, particularmente en relación con los conceptos de cesantías e intereses, por el interregno 1 de enero a 29 de agosto de 2016, en el que la empleadora contabilizó 237 días cuando lo correspondiente era 239 como lo estimó, al punto que arribó a la imposición de condena por esa omisión, y que es lo que refleja el documento contentivo de “liquidación de contrato de trabajo” (fls. 38/39). Lo que no sucedió con la prima de servicios y vacaciones, pues para ello la empleadora, y con fundamento en el mismo documento, para la liquidación proporcional de la prima del segundo semestre de 2016, tomó 59 días, que es exactamente lo que corresponde al periodo 1 de julio a 29 de agosto de 2016, y para el caso de las vacaciones tuvo en cuenta un periodo de 27.625 días, que sumados a los disfrutados durante la vigencia del vínculo como lo reporta la restante documental incorporada para tales efectos, corresponde a lo que legalmente causó por concepto de ese derecho de descanso obligatorio de toda la vigencia del vínculo.

En la misma cuerda, las argumentaciones esgrimidas por el impugnante de la pasiva no pueden desquiciar lo decidido por el juzgado, pues se trata de aspectos que no fueron controvertidos dentro del juicio, al punto que ni siquiera fueron esgrimidos como sustento fáctico de defensa, de suerte que en



esta sede de instancia no pueden ser tenidos en cuenta, por lo que resulta oportuno recordarle al impugnante que, i) los medios de impugnación no se instituyeron para sopesar los yerros de las partes, sino para cuestionar las decisiones que en ejercicio de la facultad de administrar justicia adopte el juez, en aquello que se le sea desfavorable a alguna de ellas, siempre y cuando se base en los presupuestos fácticos y jurídicos que se le plantearon para adoptar la decisión; y, ii) el principio de congruencia de la sentencia, en virtud del cual el juez no puede salirse de los hechos objeto de debate, por esa razón resultan inoportunos sus planteamientos.

Además, si en gracia de discusión se aceptara lo discurrido tampoco saldría adelante, pues el empleado no fue objeto de suspensión del trabajo sino de llamado de atención y a título de sanción el descuento de un día de salario (fl. 265), que correspondería a sanción pecuniaria <<multa>> en los términos del artículo 113 del Código Sustantivo del Trabajo. Tampoco resulta acertada la manifestación no haber laborado en virtud de la positividad de la prueba de alucinógenos, pues descontar ese día implicaría la imposición de una sanción de la cual no existe constancia, además, cuando aquella fue la causa que sustentó la terminación del vínculo.

En relación con la inconformidad del apelante de la activa por la absolución de indemnización por despido, tampoco tiene vocación de prosperidad, considerando que se encuentra demostrado hasta la saciedad el hecho o causa configurante de la ruptura del vínculo, y amén de que sus argumentaciones resultaren fundadas en contraste con las estimadas por el aquo, no conducen a derruirla, pues es sumamente claro que la calificación de la gravedad de las faltas compete en primer lugar a las partes con apoyo en lo normado en el numeral 6 del literal “a” del Decreto 2351 de 1965 que subrogó el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, y cuando así lo hicieren no es competencia del juez entrar a calificarlas, y esa ha sido la posición del Máximo órgano de



cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad del trabajo en reiterada y pacífica jurisprudencia.

En ese orden, en virtud de que las partes al suscribir el contrato de trabajo pactaron en su cláusula sexta como graves *“literal g) El hecho de que El Empleado llegue al trabajo embriagado o bajo efecto de estupefacientes o ingiera bebidas embriagantes o estupefacientes en el sitio de trabajo aun sea por la primera vez”*, se debe concluir la gravedad del hecho invocado, pues existe prueba que el empleado arribó al sitio de trabajo habiendo ingerido previamente estupefacientes, y en contraste no existe prueba que estuviese bajo efectos del alucinógeno, correspondiéndole a él hacerlo, razón suficiente para concluir la terminación del vínculo justificada por parte de la empleadora, y como consecuencia la absolución de la indemnización pretendida.

En punto al reclamo de la indemnización moratoria por parte del impugnante de la activa, debe precisar que la prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo como las demás de igual connotación sancionatoria contempladas en la normatividad positiva del trabajo, no es de aplicación automática e inexorable, pues para resolver sobre su imposición se valora la conducta asumida por la empleadora en el no pago oportuno y completo de los salarios y prestaciones que se adeudan a la terminación del vínculo, lo que significa que sólo es viable acceder a su reconocimiento cuando se concluya que la empleadora no actuó de buena fe, pues habrá circunstancias atendibles que la coloquen en la imposibilidad manifiesta de cancelar en forma oportuna el valor de lo adeudado como consecuencia de la terminación del vínculo, y en ese evento resultaría contrario a la lógica jurídica, sancionarla con el pago de indemnizaciones de la estirpe de las reclamadas.

El principio de buena fe para el recto entendimiento de las normas sancionatorias, depende de la duda acerca de la existencia de la obligación patronal, bien sea por haberse discutido la existencia del contrato de trabajo



fuelle generadora de los derechos deprecados, o por desconocerse sin malicia o temeridad la prestación consiguiente, lo que significa, que el desconocimiento por sí sólo no sirve de argumento válido para enervar las consecuencias sancionatorias, sino que efectivamente se funde razonadamente y se encuentre probado, aspectos que debe afrontar la empleadora como carga probatoria.

En ese derrotero debe concluirse que la inobservancia de la empleadora en contabilizar los dos días para el periodo de liquidación de cesantías y sus intereses, no desvirtúa el principio Superior de buena fe, pues sus argumentaciones resultan atendibles y comprobables, amén de que no fueron compartidas, pero en todo caso, y lo más importante, atendibles para justificar su omisión.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que fue objeto de inconformidad para los impugnantes. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

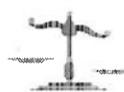


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-024-2019-00292-01. Proceso Ordinario de Elvia Rocío Castro Sánchez contra Porvenir S.A. (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada frente a la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, el 3 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene al reconocimiento y pago del retroactivo pensional por la suma de \$21.358.948, junto con los intereses moratorios desde el momento en que se hizo exigible y hasta cuando se cumpla con el pago respectivo y las costas del proceso.



Para respaldar las súplicas, en síntesis señaló que el 2 de febrero de 2013 padeció un accidente cuando se movilizaba en el microbús de la empresa Transportes Fontibón S.A., en el que falleció una menor de edad y varios pasajeros quedaron heridos, dentro de la que se encuentra la demandante, quien tuvo que ser hospitalizada y fue intervenida quirúrgicamente, no obstante, quedó en estado de invalidez total y permanente de por vida; que Medicina Legal expidió incapacidad definitiva de 65 días por incapacidad permanente de por vida, ya que la actora perdió su capacidad laboral, en su órgano de locomoción y se encuentra en la actualidad en silla de ruedas; que con ocasión del proceso penal y tratamiento médico – psiquiátrico y psicológico, hasta el mes de julio fe 2018 se solicitó ante Porvenir la calificación del estado de invalidez, la que fue expedida el 24 de septiembre de 2018; que conforme con el dictamen emitido por parte de Seguros de Vida Alfa S.A. se estableció una pérdida de capacidad laboral del 50.90%, con fecha de estructuración del 1º de febrero de 2013, momento a partir del cual surgió el derecho a reclamar la pensión de invalidez, junto con la retroactividad correspondiente; que se elevó solicitud para el reconocimiento de la pensión de invalidez, a la que accedió Porvenir S.A. el 31 de octubre de 2018, de forma retroactiva, concediendo la suma de \$26.652.088, decisión contra la que se interpuso recurso de apelación, respecto de las mesadas causadas entre el 1º de febrero de 2013 y el 24 de octubre de 2015, no obstante, el mimo fue negado bajo el sustento de la prescripción contenida en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del CPT.

La aquo condenó a la demandada al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales causadas entre el 1º de febrero de 2013 y el 24 de octubre de 2015, junto con los intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 26 de febrero de 2019 y hasta cuando se verifique su pago. Lo anterior, por cuanto no se advierte



la prescripción del retroactivo pensional, pues el derecho surgió a partir de la expedición del dictamen de pérdida de la capacidad laboral que se expidió el 22 de septiembre de 2018 y a partir de dicha data era que procedía el cómputo del término prescriptivo y la demanda se radicó el 29 de abril de 2019.

La apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia proferida, para en su lugar, se absuelvan de las súplicas de la demanda. Lo anterior por cuanto si bien se hizo referencia a la normatividad del C.S.T. y del C.P.T., también lo es, que se debía declarar la prescripción del retroactivo pensional de las mesadas causadas entre el 2013 y el año 2015, pues se insiste entre la fecha de estructuración y el momento en que se radicó la solicitud de reconocimiento del derecho pensional transcurrió un término superior a los 3 años, momento a partir del que se paga la prestación de conformidad con el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, más aún, cuando la actora conocía de su estado de invalidez desde el 1º de febrero de 2013, momento en el cual ya se sabían las secuelas por parte de Medicina Legal concernientes con la discapacidad permanente de columna y que no requería manejo terapéutico y esperó que transcurriera más de 5 años para efectuar la reclamación respectiva, lo que demuestra que la demora y negligencia no se imputa a la demandada. Así mismo, señaló que si bien la Corte Suprema de Justicia ha procedido con el reconocimiento de los intereses moratorios, también lo es, que en ciertos casos a morigerado tal interpretación, frente a la actuación de la administradora de pensiones, y que si bien la situación planteada no se encuentra regulada por la jurisprudencia, ello no impide que el Juez y los Magistrados estudien el caso particular y por lo que se debe revocar la decisión de primer grado.



Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo de la base de que no existe controversia en lo concerniente con el reconocimiento del derecho pensional, situación que se extrae del oficio 42080114036172600 del 5 de diciembre de 2018, mediante la cual se concede el derecho pensional a partir del 30 de diciembre de la misma anualidad, en cuantía inicial por la suma de \$781.242, junto con un retroactivo pensional por la suma de \$26.652.088; por lo que el problema jurídico a resolver por esta Sala de Decisión, consiste en determinar si hay lugar al reconocimiento y pago del retroactivo pensional de las mesadas causadas entre el 1° de febrero de 2013 y el 24 de octubre de 2015, las que fueron negadas por la demandada bajo el sustento del efecto jurídico de la prescripción y de encontrarse acreditado el derecho, proceder con el estudio de los intereses moratorios.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que la actora interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por la administradora privada frente al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en especial el concerniente al retroactivo pensional de las mesadas causadas por el período comprendido entre el 1° de febrero de 2013 y el 24 de octubre de 2015, petición que fue negada por la pasiva, bajo el sustento que de conformidad con los artículos 488 y 489 del C.S.T., así como por el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., las mismas se encuentran prescritas, sin embargo al respecto se debe indicar que la jurisprudencia laboral¹ de vieja data ha enseñado que el término prescriptivo en tratándose de acciones en las que se reclama la prestación de invalidez o cuyos

¹ Verbigracia, la sentencia del 17 de octubre de 2008, dentro del radicado No. 28821.



derechos económicos dependen de la calificación médica respectiva que establece los daños a la salud, incluso a la vida, como sucede cuando se reclama la indemnización ordinaria de perjuicios por la culpa suficientemente comprobada del empleador, debe empezar a computarse a partir de la fecha en la que se establezcan, por los mecanismos previstos en la Ley, las secuelas que el infortunio causó al trabajador, lo que implica en todo caso, que éste procure el tratamiento médico de rigor y la consecuente valoración de su estado de salud, pues no puede mantenerse en forma indefinida la calificación del verdadero estado psicofísico del afiliado a efectos de determinar cuáles son las posibles acreencias económicas que de ese estado se derivan.

En otras palabras, el término prescriptivo para estos casos se cuenta a partir del momento en que el afiliado se encuentra posibilitado para reclamar materialmente el derecho pensional y ello se determina, por ejemplo, en el caso de una enfermedad, cuando definitivamente, luego de culminar el tratamiento médico o valoración clínica que indique que no existe un concepto favorable de recuperación, se pasa a la calificación de la pérdida de capacidad laboral por la autoridad competente y ésta concluye en el porcentaje respectivo poniéndolo en conocimiento del interesado. Es desde ese momento en que el afiliado conoce con certeza cuál es su condición de salud que le permite o no acceder a los derechos económicos previstos en la Ley; antes de esa época resulta desproporcionado, inconcebible y alejado de los postulados de la Seguridad Social, exigirle al trabajador que interrumpa el término prescriptivo presentando una reclamación a la administradora de pensiones a efectos de que le reconozca la prestación pensional, sin conocer cuál es la calidad psicofísica que le permite acceder al derecho; o exigirle a la persona menguada en su salud que interrumpa el tratamiento que le da una esperanza de recuperación para preocuparse de los posibles



dineros que irá a recibir por cuenta de su decaimiento, con el fin de no llegar a perder esas mesadas que de alguna forma le ayudarán a satisfacer sus necesidades básicas ante la infame realidad de haber disminuido su capacidad para procurarse de manera autónoma unos ingresos económicos.

La anterior tesis, ha sido ratificada de forma reciente en sentencia con radicado No. 75083 del 15 de mayo de 2020, M.P. DR. Carlos Arturo Guarín Jurado, en la que la Alta Corporación del Trabajo indicó:

"Perfilado así el debate, es necesario precisar:

1. Que para establecer la prescripción de las mesadas derivadas de la pensión de invalidez, la Corte ha aplicado para el efecto, esto es, para determinar la pérdida de las causadas en el tiempo sin reclamación, las reglas establecidas para las acciones indemnizatorias del artículo 216 del CST, conforme se explicó en la sentencia CSJ SL5703-2015, al rememorar las sentencias CSJ SL, 19 sep. 2006, rad. 29417 y CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 28821, concluyendo que, para predicar la exigibilidad de la obligación, se requiere del conocimiento pleno del peticionario, acerca de su estado de invalidez, pues no de otra manera podría hablarse de una actuación poco diligente, que genere el efecto liberatorio de la obligación, que trae consigo la prescripción extintiva de la acción. (...)"

En ese orden de ideas, se debe recordar que los derechos laborales quedan cobijados por esta figura si no son reclamados dentro del término trienal previsto en los artículos 151 del CPL y 488 del CST; no obstante lo anterior, el artículo 489 ibídem, fija la interrupción de la prescripción por una sola vez, con el simple reclamo escrito efectuado por el trabajador, momento a partir del cual comienza a contarse nuevamente el término de tal efecto por un período igual.

En el asunto, como ya se indicó, el derecho pensional en cuanto a su pago surgió el día en que se profirió el dictamen de pérdida de capacidad laboral por parte de Seguros de Vida Alfa S.A. que lo fue el 22 de



septiembre de 2018, por lo que elevó petición la actora para el reconocimiento del derecho pensional, la que fue desatada mediante oficio de fecha 5 de diciembre de 2018, radicando el escrito de demanda el 29 de abril de 2019, tal y como puede vislumbrarse del acta de reparto visible a folio 27 del plenario, por lo que no es posible declarar el medio de defensa propuesto por la encartada al no transcurrir los tres años de que tratan las normas traídas a estudio.

Ahora bien, frente al reconocimiento y pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, frente a la falta de pago de las mesadas pensionales, debe indicarse que la entidad cuenta con un término de 4 meses para resolver la solicitud de reconocimiento del derecho pensional, situación que si bien en principio acreditó la demandada al conceder la pensión de invalidez dentro del término correspondiente, también lo es, que no lo hizo en dicha forma respecto del retroactivo pensional reclamado por la actora, pues dio por prescritas las mesada causadas entre el 1º de febrero de 2013 y el 24 de octubre de 2015, sin que existiere causa legal o jurisprudencial alguna para adoptar tal proceder, por lo que se impondrá los intereses en la forma establecida por la aquo.

Al respecto, debe indicarse que si bien la encartada aduce que existe la prescripción de las mesadas pensionales y que no es posible acceder al pago de los intereses moratorios por cuanto la actora desde el momento en que se produjo el accidente (1º de febrero de 2013), ya sabía la imposibilidad de recuperar en debida forma su salud, con ocasión de lo informado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y dejó transcurrir el término para reclamar el derecho pensional, también lo es, que dicho documento no es el idóneo para reclamar la concesión del derecho pensional de invalidez, por lo que tal supuesto no es suficiente para negar



el retroactivo pensional, ni omitir el pago de los intereses moratorios respectivos.

Finalmente, se advierte que una vez efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, se advierte que el retroactivo pensional de la demandante ascendería a la suma de \$21.396.630, suma superior a la que se impuso condena por parte de la falladora de primer grado, no obstante, como no se interpuso recurso alguno por la parte interesada, se confirmará la decisión de primer grado en su integridad.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de ambas instancias quedan a cargo de la demandada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS** de ambas instancias quedan a cargo de la demandada, fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magístrada




LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-029-2018-00023-01. Proceso Ordinario de Enrique Usgame Cano contra Colpensiones (Consulta Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, el 14 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de invalidez, conforme lo dispone el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, junto con el retroactivo pensional correspondiente a partir del 14 de diciembre de 2016 y hasta que se proceda con su inclusión en nómina de



pensionados, los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Dichas súplicas tienen respaldo en la narración que efectuó el demandante, según el cual, cotizó al ISS por el período comprendido entre el 20 de septiembre de 1982 y el 31 de mayo de 2014, cotizando un total de 443.71 semanas; que le fueron dictaminadas las patologías de *SÍNDROME DE GUILLAIN BARRE, DIABETES MELLITUS, HIPERTENSIÓN PRIMARIA Y ARTRITIS REUMATOIDEA*; que Colpensiones realizó dictamen de pérdida de capacidad laboral el 25 de enero de 2017, en la que se estableció un porcentaje del 53.32 y fecha de estructuración del 14 de diciembre de 2016; que elevó solicitud para el reconocimiento de la pensión de invalidez el 9 de marzo de 2017, la que fue negada mediante resolución SUB 119193 del 5 de julio de 2017, por no cumplir con los requisitos de la Ley 860 de 2003, ni la Ley 100 de 1993; que contra la anterior decisión se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, los que fueron desatados mediante actos administrativos SUB 132386 y DIR 12653 de 2017, mediante la cual se confirma la decisión adoptada por la entidad; que si bien el actor no acredita los requisitos de la Ley 860 de 2003, sí cumple con el requisito contenido en la Ley 100 de 1993, por cuanto ha cotizado más de 26 semanas con anterioridad al estado de invalidez, por cuanto reitera ha efectuado aportes por un total de 443 semanas.

La aquo absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en contra de la demandada, ya que el actor no cotizó ni las 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez establecidos en la Ley 860 de 2002, así como tampoco, las 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez. Aunado a ello, manifestó la falladora de primer grado que si bien la Corte Constitucional ha establecido la posibilidad de acudir al



Acuerdo 049 de 1990, para reconocer la prestación de invalidez, también lo es, que el actor debe cumplir unos presupuestos indispensables para tal fin, los que no fueron acreditados por el actor para el reconocimiento de la pensión de invalidez, y sustituir dicho derecho en favor de la señora María del Rosario Muñoz Martínez, aunado, con que tampoco se cotizaron las 300 semanas en la vida laboral o las 150 semanas en los 6 años anteriores a la estructuración, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a las pretensiones del entonces demandante y hoy sucesora procesal, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Para resolver los cuestionamientos de la parte actora, encuentra la Sala que no hay controversia alguna en torno a los siguientes supuestos fácticos que dio por establecidos la juez de primer instancia: (i) que el actor cuenta con una pérdida de la capacidad laboral del 53.32%, cuya fecha de estructuración fue el 14 de diciembre de 2016, de conformidad con el dictamen proferido por Colpensiones; (ii) que cotizó en toda su vida laboral, de manera interrumpida un total de 443.71 semanas, entre el 20 de septiembre de 1982 y el 31 de mayo de 2014; y iii) que acorde con



la Ley 860 de 2003, no se cotizaron las 50 semanas en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez.

Como se recuerda la inconformidad del recurrente gravita sobre la norma aplicable al caso concreto, pues para el actor, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, no se puede acoger la Ley 860 de 2003, ya que ésta resulta más gravosa en comparación con la Ley 100 de 1993, que según el dicho del actor, requiere cotizar 26 semanas durante su vida laboral al momento de estructurarse la invalidez.

Frente a ello, se debe recordar, que la jurisprudencia tiene enseñado de vieja data, que en tratándose de la reclamación por pensión de invalidez, por regla general, es la fecha de estructuración de ese estado la que determina la norma aplicable al caso concreto.

En el asunto, teniendo en cuenta que al demandante le fue estructurada la invalidez, el 14 de diciembre de 2016, es claro que la norma que regula la prestación pensional solicitada es el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que para el reconocimiento de la pensión de invalidez por origen común exige 50 semanas de cotización dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez; recordando la Sala, que la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-428 de 2008 declaró inexecutable el requisito de fidelidad al sistema por considerarlo contrario a los principios de progresividad y no regresividad del sistema.

Como se parte del supuesto no cuestionado de que el actor no cotizó el número de semanas requeridas dentro de este período, y efectivamente, acorde con la historia laboral (Fl. 21), en el interregno comprendido entre el 14 de diciembre de 2013 y el mismo día y mes del año 2016, se



aportaron 11.28 semanas, siendo evidente que el actor no cumpliría con el presupuesto del artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

Ahora; cuando no es posible acceder a la prestación por vía de la regla general, es viable acudir al principio de la condición más beneficiosa, según el cual, ante la falta de un régimen de transición que ampare las expectativas legítimas de las personas que pretenden amparar este riesgo en vigencia de una normatividad anterior, se permite acudir a normas derogadas; sin embargo, la tesis de la Corte Constitucional, mediante sentencia SU 442 de 2016, unificó el criterio de interpretación de dicho principio, indicando que no solo la norma pensional vigente (Ley 860 de 2003) o la inmediatamente anterior (Ley 100 de 1993), sino incluso la antecedente a esta última (Decreto 758 de 1990), puede aplicarse a una solicitud de pensión de invalidez, en la medida en que la persona haya cumplido con la densidad de semanas de cotización previstas en este último antes de expirar su período de vigencia, en contraposición con la tesis de la CSJ, que de manera respetable, sostiene que este principio sólo permite la aplicación de la norma inmediatamente anterior, y últimamente, ha impuesto una vigencia o temporalidad para su aplicación en el tránsito legislativo entre las Leyes 100 de 1993 y 860 de 2003, dado que para alguien quien estructuró la invalidez en vigencia de la última norma, pero desea que se le aplique la norma precedente por no cumplir con las 50 semanas, dependiendo de si estaba o no cotizando en el momento del cambio normativo -23 de diciembre de 2003- debe cotizar las 26 semanas en una fecha precisa, supuesto que desde ya debe indicar que tampoco acredita el señor Usgame Cano, pues no se advierte cotización alguna desde el 29 de febrero de 1995, retomando sus cotizaciones el 1° de diciembre de 2005.



No obstante lo anterior, bajo el principio de la condición más beneficiosa, y acorde con la tesis constitucional: i) basta con aplicar la norma inmediatamente anterior a la vigente al estructurarse la invalidez, por lo cual si la pérdida de capacidad laboral se estructura en vigencia de la Ley 860 de 2003, pero la persona creó una expectativa legítima mientras estaba en vigor la versión original de la Ley 100 de 1993, se aplica esta última; ii) si la invalidez se estructuró en vigencia de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, pero la persona cotizó 300 semanas o más antes de entrar en vigor el sistema general de pensiones como lo exigía el Decreto 758 de 1990, el principio de la condición más beneficiosa permite la aplicación de esta última. Lo que implica entender nuevamente que con este principio se puede acudir a la disposición inmediatamente anterior a la vigente al estructurarse la invalidez, cuando se dan los requisitos constitucionales para ello, pero en ningún modo excluye aplicar otra más antigua que la inmediatamente anterior.

Aunado a ello, la H. Corte Constitucional mediante sentencia SU 556 de 2019, M.P. Dr. Carlos Bernal Pulido, manifestó que para la aplicación del principio de condición más beneficiosa respecto de normas anteriores a la inmediatamente anterior, requiere el actor acreditar el test de procedencia, que se describe así:

“105. En consecuencia, para efectos de otorgar seguridad jurídica en la valoración de este tipo de pretensiones en sede de tutela¹¹⁵⁸¹ y, a su vez, garantizar una igualdad de trato, la Sala unifica su jurisprudencia en torno a la exigencia del ejercicio subsidiario de la acción de tutela, el cual se satisface cuando se acreditan las siguientes 4 condiciones, cada una necesaria y en conjunto suficientes, del siguiente “test de procedencia”:

<i>Test de procedencia</i>	
Primera condición	<i>Debe acreditarse que el accionante, además de ser una persona en situación de invalidez¹¹⁵⁸¹, pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en una situación de riesgo derivada de, entre otras, alguna de las siguientes</i>



	<i>condiciones: (i) analfabetismo, (ii) vejez, (iii) pobreza extrema, (iv) cabeza de familia, (v) desplazamiento o (vi) padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa.</i>
Segunda condición	<i>Debe poder inferirse razonablemente que la carencia del reconocimiento de la pensión de invalidez afecta directamente la satisfacción de las necesidades básicas del accionante, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.</i>
Tercera condición	<i>Deben valorarse como razonables los argumentos que proponga el accionante para justificar su imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigente al momento de la estructuración de la invalidez.</i>
Cuarta condición	<i>Debe comprobarse una actuación diligente del accionante para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.</i>

106. La superación del test de procedencia en cada caso en concreto permite valorar las distintas circunstancias que inciden en la eficacia del mecanismo judicial principal para la garantía de los derechos que ampara el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez^[152], dado que considera las condiciones de vulnerabilidad derivadas del entorno social y económico del accionante. De allí que las razones que justifican la unificación de la jurisprudencia en torno a estas cuatro condiciones, cada una necesaria y en conjunto suficientes del "test de procedencia", sean las siguientes:

107. En relación con la primera exigencia, no puede considerarse suficiente la situación de invalidez del accionante, pues supondría un desplazamiento absoluto de la competencia del juez ordinario por la del juez constitucional, en asuntos relativos al reconocimiento de la pensión de invalidez, si se tiene en cuenta que una condición necesaria para su reconocimiento es la prueba de la invalidez. Por tanto, es razonable la exigencia de acreditar circunstancias adicionales que justifiquen el trato preferente del accionante, en relación con otras personas en igualdad de condiciones. De tiempo atrás la jurisprudencia constitucional ha reconocido que "aún dentro de la categoría de personas de especial protección constitucional existen diferencias materiales relevantes que rompen su horizontalidad y los sitúan en disímiles posiciones de vulnerabilidad que merecen distintos grados de protección"^[160]. Precisamente, la valoración de otros factores como el analfabetismo, la avanzada edad, la discapacidad física o mental, la pobreza, la condición de cabeza de familia, la calidad víctima de desplazamiento o el padecimiento de una enfermedad crónica, congénita, catastrófica o degenerativa es relevante, en cada caso, para valorar el carácter subsidiario de la acción de tutela."

En ese orden de ideas, para aplicar el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, se requiere demostrar los supuestos contenidos en el test de procedencia, que plantea cuatro condiciones que



deben ser acreditadas en su conjunto, supuestos que no fueron acreditados por el demandante, en el entendido que no demostró ni siquiera el primero de ellos, bajo el supuesto que no demostró pertenecer a un grupo de especial protección constitucional o encontrarse en situación de analfabetismo, vejez, pobreza extrema, cabeza de familia, desplazamiento o padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa, por lo que bajo tal enfoque no sería procedente el reconocimiento de la prestación deprecada.

No obstante lo anterior, el demandante ni siquiera acreditaría los requisitos para la pensión de invalidez contenidos en el Acuerdo 049 de 1990, ya que la norma en mención establecía cotizar 150 semanas en los 6 años anteriores a la estructuración de la invalidez o 300 semanas en cualquier tiempo, presupuestos que debían acreditarse antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, supuestos que no están demostrados en el plenario, pues el actor antes del 1º de abril de 1994, tan solo cotizó un total de 127.57 semanas, por el período comprendido entre el 20 de septiembre de 1982 y el 28 de febrero de 1985, densidad de semanas que no son suficientes para el derecho pensional reclamado.

Ahora bien, debe precisarse que si bien la apoderada de la parte actora manifestó en la audiencia llevada a cabo el 14 de septiembre de 2020 que ya le había sido reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivencia a la señora María del Rosario Muñoz Martínez, quien es sucesora procesal en el presente litigio, que la decisión adoptada por la entidad no es contraria a la normatividad y que por el contrario de haberse establecido la procedencia del reconocimiento de la pensión de invalidez, ello no impediría su reconocimiento, por cuanto se hubiera procedido de tal forma, ordenándose el descuento o deducción correspondiente del retroactivo pensional, no obstante, se reitera que el



señor Enrique Usgame Cano no dejó causada la pensión de invalidez ni de forma directa por la Ley 860 de 2003, ni por vía del principio de condición más beneficiosa, respecto de la Ley 100 de 1993, ni del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad y por tanto se confirmará la decisión de primer grado en su integridad.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en primera instancia, dada la absolución efectuada por la aquo frente ha dicho concepto, ni en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SIN COSTAS** en primera instancia, ni en el grado jurisdiccional de consulta. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke.

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)
Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-032-2017-00113-01. Proceso ordinario de Gloria Julieta Huertas Arciniegas contra Corriente Alterna Ltda. (Consulta Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, el 2 de abril de 2019.

ANTECEDENTES:

La señora GLORIA JULIETA HUERTAS ARCINIEGAS convocó a la sociedad CORRIENTE ALTERNA LTDA., a fin que previo a los trámites de un proceso ordinario se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, sin solución de continuidad y que como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, la compensación de las vacaciones, los



incrementos anuales, los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensión y Riesgos Laborales causados en vigencia de la relación laboral, junto con la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, la sanción por la no consignación de las cesantías, la indemnización por despido injusto, los perjuicios morales, la indexación de las condenas impuestas y las costas del proceso.

El sustento de sus pedimentos se fundan en que ingresó a laborar a la demandada el 3 de diciembre de 1989, mediante contrato de trabajo verbal, desempeñando el cargo de contadora, inicialmente una vez a la semana los días jueves o viernes, por lo que se le cancelaba como salario la suma de \$50.000; que la empresa le solicitó se trasladara a la sede de la empresa desde el año de 1992 y para la anualidad de 1999 laboraba tiempo completo con la demandada, ejerciendo la misma labora y con un salario por la suma de \$800.000; que la demandante recibía órdenes del ingeniero Fernando Montoya Gil en el año 1999, así como mediante el correo institucional gloriaorientialterna.com; que en el año 2000 se le designó como revisora fiscal, devengando un salario de \$1.500.000, además debía realizar las declaraciones de renta, de venta, ICA y demás de las esposas de los socios de la empresa; que la sociedad demandada realizaba uniones y consorcios con otras empresas y se contrataba a la actora, quien tenía a su cargo la parte contable, de impuestos y del valor de los contratos; que le fue informado por el representante legal de la compañía el 30 de abril de 2015, que se había decidido prescindir de sus servicios, no obstante, le fue prometida una compensación por el tiempo de servicios, la que fue concretada vía telefónica por parte del ingeniero Javier Francisco Riascos Afanador en el mes de julio de 2015, quien le ofreció la suma de \$25.000.000; que la demandante le solicitó a la empresa de forma escrita que fuera reintegrada al cargo que venía desempeñando el 18 de octubre de 2016, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a la



seguridad social integral; que la solicitud fue resuelta de forma desfavorable por la empresa el 28 de octubre de 2016, bajo el sustento que la hoy demandante nunca fue trabajadora de la empresa.

Frente a estas súplicas, el aquo absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta que si bien se encontró acreditada la prestación personal del servicio, también lo era, que se había despojado el vínculo laboral de la subordinación, ya que se había demostrado que la demandante no tenía un horario de trabajo, podía comparecer o no a las instalaciones de la empresa, así como que llevaba otras asesorías contables, quien incluso realizaba las retenciones en la fuente producto del contrato de prestación de servicios, aunado, con que la misma demandante dada su calidad de contadora, no podía alegar un vínculo diferente al inicialmente pactado, pues es una profesión libre.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a las peticiones de la demandante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

El análisis de la Corporación se debe circunscribir a determinar la existencia de la relación laboral alegada por la parte demandante, y en caso de encontrarse probada la misma, establecer si es o no procedente el pago



de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones reclamadas, así como, los medios exceptivos propuestos por la encartada.

Corresponde a la Sala tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos se requieren para concluir la existencia de una relación laboral, prestación personal del servicio, retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable del contrato de trabajo, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas.

La prestación personal del servicio, primer elemento del contrato de trabajo, corresponde acreditarla a quien reclama su existencia, la cual debe surgir de la contratación directa de quien se afirma fungió las veces de empleador, durante todo el lapso que reclama la vigencia del vínculo, realizada no por iniciativa propia de quien la ejecutó, sino bajo la supervisión, vigilancia, control, dirección y órdenes que para el efecto disponga o prevea el contratante, para enrostrarle la calidad de empleador, de ahí que por previsión legal, demostrada la prestación personal del servicio, se presuma la existencia del contrato de trabajo, como lo consagra el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo.

De acuerdo con lo anterior, debe indicarse que el punto de la prestación personal del servicio no se encuentra en discusión en las presentes diligencias, como quiera que la misma pasiva la acepta no solo en el interrogatorio de parte que rinde su representante legal, sino también en la contestación presentada, no obstante, aduce que la prestación del servicio se dio por intermedio de contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, el primero de ellos a partir del 27 de diciembre



de 1998 para desempeñar el cargo de contadora y con posterioridad el 27 de diciembre de 2000 y hasta el 30 de abril de 2015, como revisora fiscal, no obstante, no le basta a la pasiva con acreditar el contrato de prestación de servicios, que se encuentra a folios 30 a 33 del cuaderno de pruebas, sino que aunado a ello, debe demostrar que tal vínculo no estuvo precedido del elemento de subordinación, que es el diferencia la existencia de una relación laboral, de una relación de prestación de servicios.

De acuerdo con lo anterior, la definición del concepto de subordinación se encuentra regulado en el literal b) del artículo 23 del C.S.T., en el que se señala:

“b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país;”.

En ese orden de ideas, se advierte que la demandada alegó junto con su contestación, cuaderno de pruebas, de los que se pueden extraer los pagos efectuados a favor de la demandante a partir del año 2002, junto con las cuentas de cobro y planillas de pago a seguridad social que presentaba la demandante para reclamar dicho pago, que se encuentran a folios 129 a 478 del mencionado cuaderno.



Así mismo, se aportó copia de pagos efectuados por parte del consorcio PYC en favor de la demandante, para los años 2008, 2009 y 2011, por la suma de \$23.200.000.

Aunado a lo anterior, se recepcionó el interrogatorio de parte de la demandante, quien indicó que se vinculó a la demandada como contadora desde el 3 de diciembre de 1989, actividad que adelantó hasta el 27 de diciembre de 2000, ya que a partir de dicha data, fue designada como revisora fiscal, sin embargo, continuó de forma esporádica realizando funciones de contadora, que presentó cuentas de cobro y realizó las retenciones respectivas en cada uno de sus pagos, ya fuere de forma directa en el cargo de contadora o verificando la misma como revisora fiscal. Que las funciones realizadas eran autónomas e independientes, que nunca se le hizo un llamado de atención, ni se solicitaron descargos, y que ella asistía diariamente a la empresa en un espacio comprendido entre las 8:30 o 9:00 a.m., pese a que los trabajadores de la compañía ingresaban a las 7:30 de la mañana. Adujo que cuando ingresó a la demandada llevó sus propios equipos de cómputo y una secretaria contratada por ella misma, para que le ayudara en las labores contables y que con posterioridad se le asignaron los equipos respectivos por la empresa y como seis meses después de ingresar, su secretaria fue contratada directamente por la empresa. Manifestó que tenía otras asesorías, pero que no las realizaba en las oficinas de la demandada, que se encuentra inscrita ante la DIAN, pero no tenía registrada calidad de asalariada.

Por su parte, el representante legal de la demandada, manifestó que en efecto la demandante prestó sus servicios para la compañía primero en calidad de contadora y de forma posterior como revisora fiscal, que contaba con un espacio físico dentro de la compañía, no obstante, ingresaba y salía en el momento que dispusiera, ya que no estaba sujeta a un horario de



trabajo. Que Corriente Alterna Ltda., celebra consorcios y uniones temporales con otras empresas, de las cuales la demandante se hacía parte en materia contable y por ello presentaba las cuentas de cobro adicionales, en especial para el Consorcio PYC, respecto del cual se le pagaron honorarios por espacio de 3 años. Que la demandante recibía visitas en las instalaciones de la empresa tanto de personas jurídicas, como naturales, a quienes les llevaba la contabilidad y que si bien se realizaron declaraciones de renta de la esposa del representante legal, esto ocurrió en dos oportunidades y no fue por alguna orden impartida.

Se escucharon las declaraciones de la señora Leidy Sarmiento Corredor en favor de la demandante, quien adujo ser compañera de la demandada por el período comprendido entre septiembre de 2012 y mayo de 2015, quien afirmó que la demandante era la revisora fiscal de la sociedad, vinculada mediante contrato de prestación de servicios, quien presentaba cuentas de cobro para el pago de sus honorarios y respecto de quien se le hacía retención del 12% de los mismos, que la actora laboraba de 8:30 o 9:00 de la mañana y hasta diferente hora de salida, dependiendo si habían cierres contables, que se le impartían órdenes e instrucciones por parte de los directivos de la empresa, no obstante, adujo que nunca se le hicieron llamados de atención. Que la demandante debía pedir permiso si llegaba tarde o si no asistía a la empresa y que se tomaba en diciembre una semana de descanso.

A su vez, en favor de la demandada se escuchó a la señora Diana Patricia Restrepo Rincón, quien informó que era cónyuge de uno de los socios, que por ello sabe que la demandante prestó sus servicios desde el año 1999y hasta 2015, que no tenía horario de trabajo; que le hizo la declaración de renta, pero que no cobró por dicho trabajo y que la demandante descansaba en semana santa, a mitad de año y en diciembre.



Por su parte, el señor Hernán Alberto Jiménez manifestó ser el abogado externo de la compañía, que conoce a la demandante desde el año 1999, primero como contadora y luego como revisora fiscal de la sociedad, que se vinculó mediante contrato de prestación de servicios y para el pago de los honorarios debía presentar cuenta de cobro y el pago de los aportes a seguridad social, que no iba a diario a las instalaciones de la empresa, pues tenía asesorías externas a otras personas jurídicas y naturales, tal como ocurrió con el Consorcio PYC, que las labores eran desarrolladas de forma autónoma e independiente y que si bien se advertían errores en la contabilidad, nunca se le hizo llamado de atención o citación a diligencia de descargos.

Zenaida Suárez afirmó que es corredora de seguros y presta sus servicios a la demandada desde el año 2001 y a partir de tal calenda, la demandante le presta los servicios contables, que acudía una vez a l mes a las instalaciones de la compañía, lugar en el cual la demandante tenía un espacio, no obstante, en algunas ocasiones no la encontró allí, que le llevaba documentos a la empresa para sus asesorías contables y que fue la deponente quien afilió a la actora a la ARL, por solicitud propia.

La señora Clara Enith Martínez Castañeda manifestó ser trabajadora de la compañía, primero como recepcionista y luego como secretaria, a partir del 8 de noviembre de 2000, no obstante, adujo que fue la secretaria de la demandante por el período comprendido entre el 3 de marzo de 1999 y el 7 de noviembre de 2000, ejerciendo el cargo de auxiliar contable, pues era quien cargaba la información de los clientes; que una vez se retiró de laborar con la señora Gloria Julieta Huertas, la misma contrató a ora secretaria por espacio de año y medio, pero que no recuerda su nombre; que por su cargo de recepcionista sabe que la demandante no asistía a diario a las instalaciones de la compañía y que recibía a empresa y



personas naturales para brindar asesorías contables, pues era la deponente quien los enunciaba y permitía su paso, ejerciendo su labor de forma autónoma tanto para la demandada, como para dichos terceros.

De igual forma, se escuchó a la señora Sandra Lucía Murillo, quien si bien realizó manifestaciones frente a la relación que sostuvieron las partes, la misma no se dio por conocimiento directo, sino por cuanto es contadora desde julio de 2015 y supo que la demandante fue vinculada mediante contrato de prestación de servicios y que para el pago de los honorarios debía presentar cuentas de cobro y pagos a la seguridad social. Que se encontraron inconsistencias en la contabilidad, debiéndose ajustar en una suma de \$2.300.000.000 y quien firmaba como revisora fiscal era la demandante. La anterior manifestación fue ratificada por el señor Héctor Enrique Forero Niño, quien adujo que fue socio fundador de la compañía y por tanto conoce a la demandante desde el año 1999, momento en el que ingresó como contadora y con posterioridad como revisora fiscal a partir del año 2000 y que el cambio se originó por unas inconsistencias en la contabilidad. Que la demandante no tenía horario, pero si un puesto de trabajo, aunado con que le hacía la declaración de renta sin ningún tipo de cobro.

Atendiendo a los medios de prueba referidos de forma anterior, se advierte que en efecto tal como lo concluyó el juzgado de primer grado, la demandada logró demostrar la falta de subordinación en el contrato de prestación de servicios, pues la labor era desempeñada de forma autónoma e independiente, tal como lo refirió la propia demandante en su interrogatorio de parte, sin que se hubieren realizado llamados de atención, llamados a diligencias de descargos, ni imposición de sanción alguna, así como, que la labor desempeñada por la señora Huertas Arciniegas no fue exclusiva para la hoy demandada, sino que por el



contrario manejaba asuntos contables tanto de personas naturales, como jurídicas ajenas a la compañía, tal como se infiere de las declaraciones de los testigos, percibiendo de honorarios por tales asesorías, tal como se demostró respecto del consorcio PYC.

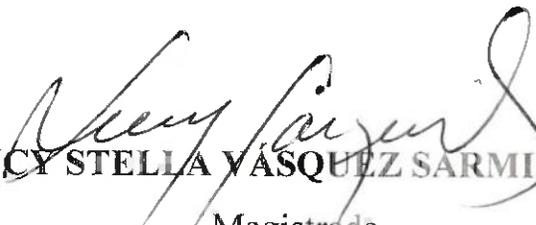
Aunado a lo anterior, causa extrañeza que siendo la propia demandante quien se efectuaba el pago de sus honorarios, en ningún momento elevó escrito alguno reclamando el vínculo laboral durante el período reclamado y por el contrario, presentó cuentas de cobro, comprobantes de pago al Sistema General de Seguridad Social y realizó las respectivas retenciones respecto de sus honorarios, de lo que se advierte que en efecto la actora tenía claridad que se encontraba frente a un contrato de prestación de servicios profesionales, más aún, cuando aduce que si bien los trabajadores de la sociedad ingresaban a las 7:30 de la mañana, no obstante, ella lo hacía a las 8:30 o 9:00 a.m.; aunado, con que tampoco se acreditó la existencia del vínculo reclamado, pues si bien menciona la actora que su labor la desempeñó desde el año 1989, también lo es, que de acuerdo con la Historia Laboral expedida por Colpensiones, se logra determinar que la demandante ostentó un vínculo de naturaleza laboral con la sociedad *LA FRAGATA SEA FOOD* por el período comprendido entre el 1º de noviembre de 1990 y el 28 de febrero de 1995, lo que denota que tampoco existiría certeza respecto del extremo inicial de la relación laboral; fundamentos por los que se confirmará la decisión proferida por el aquo.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado estarán a cargo de la demandante y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta.



DECISIÓN:

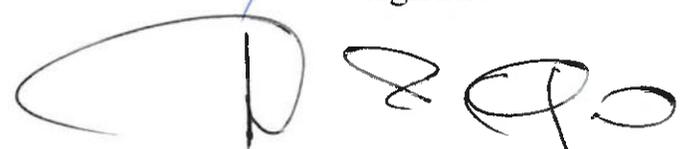
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS.** Las de primer grado estarán a cargo de la parte actora y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO

Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001310503420170036001. Proceso Ordinario de Lida Marbel Torres Garzón contra Empresa Promotora de Salud Sanitas S. A. – EPS SANITAS S. A.. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

LIDA MARBEL TORRES GARZON convocó a EMPRESA PROMOTORA DE SALUD SÁNITAS S. A. - EPS SANITAS S. A. - para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de contrato de trabajo; acoso laboral; terminación del vínculo por razones imputables al empleador: diferencias de salario y aportes a seguridad social, reliquidación de cesantías e intereses, prima de servicio, vacaciones; indemnización por despido; indemnización moratoria; perjuicios; indexación.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,



HECHOS:

Se vinculó con Colsanitas mediante contrato a término indefinido desde el 3 de julio de 2001 hasta el 31 de julio de 2003, el 1 de agosto de 2003 celebró nuevo contrato a término indefinido desde hasta el 22 de septiembre de 2014, como consecuencia de la sustitución patronal que operó con Colsanitas, desempeñando el cargo de auxiliar de cuentas médicas, desde 2009 le fueron asignadas las funciones de analista de cuentas médicas sin recibir la asignación establecida para el cargo.

Desde mediados del 2009 empezó a ser objeto de acoso sexual y laboral por parte de su jefe inmediato, situación que puso en conocimiento del área central de desarrollo humano de la convocada mediante queja radicada el 12 de mayo de 2009 y por tal razón le fue asignada otra persona como jefa inmediata, la cual tomo represalias dándole malos tratos, asignándole funciones diferentes a las de su cargo, exigiéndole trabajar sábados y domingos, y entre semana hasta altas horas de la noche, debido a las quejas contra su antiguo jefe, lo que desencadenó en problemas de salud.

Debido a los malos tratos de su jefe, el 22 de septiembre de 2014 radicó carta de terminación del contrato con justa causa atribuible al empleador, la que igualmente radicó ante el Ministerio del Trabajo, quien habiendo citado a conciliación no se llegó a un acuerdo.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 30 de enero de 2018. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderado procedió



a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos sostuvo que aceptaba unos y los restantes lo negó; propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, carencia del derecho reclamado, temeridad, mala fe, buena fe, prescripción y la genérica.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 28 de febrero de 2019, ABSOLVIENDO de las pretensiones de la demanda e impuso costas a cargo de la parte demandante.

Como la decisión fue totalmente adversa a la trabajadora y no se interpuso recurso, se procede a desatar el grado jurisdiccional de consulta.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo ya que no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

No fue objeto de controversia el vínculo que ató a las partes, por lo que se procede a resolver los puntos materia objeto de debate.

NIVELACIÓN SALARIAL:

La pretensión se erige por la asignación de funciones de “analista de cuentas médicas” desde el año 2009, sin recibir la asignación establecida para el cargo



cuando otros empleados que también lo desempeñaban recibían una asignación mayor.

El principio de “a trabajo de igual valor, salario igual” contemplado en el artículo 143 del ordenamiento positivo del trabajo, comporta varias situaciones o aspectos en aras de garantizar y efectivizar el carácter tuitivo de los derechos mínimos del empleado, siendo precisamente el salario un elemento esencial del contrato de trabajo elevado a la categoría de derecho fundamental en el ordenamiento Superior, a saber, i) identidad de puesto, jornada y condiciones de eficiencia; ii) prohibición de fijar diferencias salariales por razones de edad, género, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales; y, iii) presunción de injusticia en el trato salarial cuando el empleador no demuestre factores objetivos de diferenciación.

El desarrollo dado a ese principio ha sido prolijo no sólo por parte del máximo órgano de cierre de la especialidad sino igualmente por el máximo juez de la guarda de la constitución, quien bajo el amparo del derecho fundamental del trabajo en sentencia T-018/99 , expresó: *“En reiterada jurisprudencia de ésta Corporación, se ha señalado que el derecho a la igualdad, no plantea una igualdad matemática, sino una igualdad real, que busca un trato igual a las personas que se encuentran bajo unas mismas condiciones, y que justifica un trato diferente sólo cuando se encuentran bajo distintas condiciones. Con base en éste derecho fundamental contenido en la Carta Política es que se ha dado desarrollo al principio de "a trabajo igual, salario igual". No se puede dar un trato discriminatorio entre trabajadores, que cumpliendo una misma labor con las mismas responsabilidades, sean objeto de una remuneración diferente. Al respecto cabe señalar que no se puede dejar en manos del mismo empleador, la posibilidad de que éste desarrolle criterios, subjetivos, amañados y caprichosos que pretendan justificar un trato discriminatorio*



entre trabajadores que desarrollan la misma actividad.”. (resalto no es del texto original).

En esa orientación, amén de la protección de no discriminación salarial, habrá situaciones que la justifiquen siempre y cuando se soporte en criterios objetivos, de suerte que para reclamar nivelación salarial fundado en la misma categoría de cargo, no basta acreditar su desempeño, sino además, que las funciones ejercidas fueron permanentes no esporádicas y en igualdad de condiciones frente a quienes desempeñaron la misma actividad, sólo así puede derivarse las consecuentes repercusiones salariales, considerando que son los celebrantes del contrato de trabajo y no el juez, los llamados a estipular el salario retributivo del servicio, y solo cuando se desconoce el mínimo legal o se afecta el pactado por cualquier evento, resulta procedente y viable la interpretación judicial para corregir el desaguado que el pacto en contrario a la ley implica dado su carácter tuitivo, para el caso, deberá demostrarse que cuando menos dos personas ejecutan un trabajo con igual capacidad profesional o técnica pero con retribución diferente, carga procesal que corresponde al trabajador para que surja a su favor la presunción de trato injustificado, y será entonces el empleador quien asuma la carga de la prueba de desvirtuarla, acreditando los factores objetivos que justifiquen la retribución diferenciada del servicio.

De cara a lo anterior, la prueba obrante a los autos, valorada en conjunto como lo exige el ordenamiento procesal laboral vigente bajo los principios científicos que informan su sana crítica, permite concluir sin dubitación que la empleada no prestó la actividad de “analista de cuentas médicas” que afirma realizó, para reclamar la remuneración asignada al cargo, sino que se trató de actividades esporádicas que por diferentes eventualidades la empleadora le encargó en ejercicio legítimo del *ius variandi*, sin que exista constancia de que esa designación hubiese comprometido o quebrantando los derechos sustantivos y *Supra* que orientan el carácter tuitivo de los derechos laborales ni



la integridad del empleado como parte débil de la relación de trabajo, por el contrario, se aviene de comunicación de la accionante (fl. 13), que desde antes de esa situación se consideraba apta para asumir esas funciones sin que ello implique por haber realizado alguna gestión inherente, que efectivamente haya ejercido el cargo al cual aspiraba, ni que la empleadora estuviera obligada a hacerlo, como pretendía, y que nunca desempeñó, ya que ésta la que legítimamente determina el servicio que requiere.

Se limitó la accionante en apoyó a su pretensión, allegar las funciones para el cargo de analista de cuentas médicas (fls. 56/57), sin acreditar los presupuestos que soportan la constatación de una eventual desigualdad salarial, pues ni siquiera se planteó en el sustento fáctico de la acción, de contera no se arrimó al acervo, prueba que identifique la cuantía de la asignación para sopesar el agravio, tampoco las actividades o funciones y calidades de sus pares para derivar que fuesen iguales y que evidenciaran un trato discriminatorio.

No encontrándose acreditado que la actora haya realizado en forma habitual las funciones asignadas al cargo que reclama, y en el hipotético de considerarlo, al no existir los elementos de juicio para afirmar que estuvo sometida a desigualdad salarial en su desempeño como consecuencia de tratamiento discriminatorio, la pretensión de nivelación salarial deprecada está llamada al fracaso.

ACOSO LABORAL:

El artículo 2 de la Ley 1010 de 2006 define el acoso laboral como toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar



desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo, y para mejor protección del trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, empleados, la armonía entre quienes comparten un mismo ambiente laboral y el buen ambiente en la empresa, como lo consagra el artículo 1 ibídem, en aras de preservar la relación de trabajo que constituye para el empleado la fuente de recursos no sólo para satisfacer sus necesidades sino las del núcleo familiar del cual hace parte, de ahí su carácter tuitivo Superior, por esa razón no sólo define las diferentes conductas que lo constituyen con agravantes y atenuantes, sino además, sus autores con sus correspondientes consecuencias, los derechos para la víctima del acoso, y los procedimientos y acciones para su protección en forma ágil y expedita y los términos para ejercerlas, con el propósito de efectivizar su protección.

Para que derive la protección objeto de la normativa, es menester que quien se considere víctima despliegue los actos y procedimientos definidos con ese propósito, y lo más importante, demostrar los hechos objeto de las conductas que lo configuran, pues de una y otra situación no sólo deriva garantías adicionales, como estabilidad temporal en aras de evitar retaliación o consecuencias pecuniarias por temeridad de la denuncia, como expresamente lo consagra la misma normativa.

Al igual que para la anterior petición, la accionante se limitó para apoyar la súplica en los escritos de 12 de mayo de 2009 dirigido a la central de desarrollo humano de la convocada (fls. 9710) y carta de terminación del vínculo (fls. 1/8), sin que exista prueba alguna que respalde los hechos endilgados como conductas de acoso, al interior de la empresa para que adoptara los correctivos ni al presente trámite, lo que constituye razón suficiente para enervarlos, considerando que son los medios de convicción los instrumentos que legítima y válidamente constituyen el soporte para resolver el entuerto jurídico, a voces de lo normado en el ordenamiento procesal



jurídico y Superior, que para los intervinientes en juicio constituyen los instrumentos a través de los cuales ejercen su derecho de acción, contradicción y defensa, y para el encargado de dirimir la controversia su soporte, ya que toda decisión judicial debe sustentarse en los medios probatorios oportunamente allegados a la controversia. La prueba testimonial es contradictoria al punto, ya que si bien Liliana Herrera afirma haber conocido de trato desobligante, lo cierto es, que en la misma condición, Carlos Alberto Pulido la desmiente, además, de ser cierta su versión, no se entiende la razón porque no la solicitó como prueba ante la empleadora para el pretendido acoso.

Las apreciaciones subjetivas de la accionante sobre la condición de salud derivada del presunto acoso, carece igualmente de respaldo, ya que para esa data no presentaba ni a la fecha presenta definición proferida por profesional competente que conceptúe condición de salud derivada de ese acontecimiento, la cual no se puede establecer de la documental allegada con ese propósito, ya que nada reporta al respecto y la jurisdicción carece de conocimientos para discernirla y no existe otro medio de convicción que legítima y válidamente permita determinarlo.

La improsperidad de los cargos conlleva de suyo la de los restantes, ya que se fundan en esos dos supuestos, por lo que se aviene la confirmación de la sentencia consultada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de



Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia. Sin costas de instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-037-2018-00566-01. Proceso Ordinario de Miguel José Barros Roa contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la AFP Porvenir S.A., así como el traslado horizontal a Protección S.A., se condene a la demandada a devolver las cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos que se hubieren causado durante el tiempo en el que permaneció afiliado al fondo, y que como consecuencia de ello, se condene a Colpensiones a afiliarse a la demandante al régimen de prima media, a recibir los valores del



régimen de ahorro individual con solidaridad para consolidar la historia laboral y las costas del proceso.

En lo que interesa al trámite de la alzada, como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 19 de mayo de 1954, por lo que al momento de radicar la demanda cuenta con 64 años de edad, quien estuvo afiliado al ISS por el período comprendido entre el año 1982 y el 31 de agosto de 1997, aportando un total de 383,71 semanas; que el actor se trasladó a Porvenir S.A. el 1° de septiembre de 1997, no obstante, no se le informó información completa y comprensible de los regímenes pensionales, sin brindarle información acerca de la pensión de garantía mínima, cuál era el capital necesario para obtener el derecho pensional, las modalidades de pensión, la posibilidad de retractarse, entre otras, sino que por el contrario, se le informó que el ISS se acabaría y sus aportes se perderían; que se trasladó a Protección S.A. el en el mes de febrero de 2001, fecha en la que tampoco se brindó la debida información por parte de la administradora de pensiones; que el actor solicitó copia del formulario de afiliación y cálculos actuariales para el reconocimiento de la pensión el 13 de diciembre de 2017, obteniendo tan solo respuesta por parte de Porvenir S.A., quien le informó que se contaba con la afiliación respectiva, lo que demostraba el libre albedrío de pertenecer al RAS, no obstante, Protección no dio respuesta, pese a que se reiteró la petición el 25 de enero de 2018; que de forma verbal le informaron por Protección S.A. que su mesada pensional sería de \$1.200.000, suma inferior a la que obtendría en Colpensiones; que elevó solicitud de afiliación ante Colpensiones el 5 de marzo de 2018, la que fue desatada de forma desfavorable.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la demanda oportunamente en oposición a todas las pretensiones. Colpensiones propuso entre otras las excepciones denominadas el error sobre un punto de derecho,



no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

Por su parte la demandada Porvenir S.A. propuso entre otras las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, la genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

Finalmente, Protección S.A., adujo como medios de defensa las que denominó como inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos público y del Sistema General de Pensiones, la genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

Frente a dichas suplicas, el *aquo* absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que el actor tomó una decisión libre y voluntaria al trasladarse de régimen y el formulario de afiliación cumplió con la reglamentación vigente al momento de efectuarse la afiliación, es decir con lo normado en el decreto 692 de 1994. Aunado a lo anterior, señaló que en el interrogatorio de parte del demandante se evidenció que fue bien informado con respecto de las ventajas del régimen de ahorro individual, en especial en la realizada en el año 2001, porque en la asesoría le indicaron que podía pensionarse de forma anticipada si reunía un capital y de no alcanzarse se le reduciría el



monto ahorrado, además de considerar que como para la época no existía el deber del buen consejo, la AFP no estaba obligada a aconsejarla sobre la mejor decisión, teniendo en cuenta que no pertenecía al régimen de transición.

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación, mediante el cual solicitó se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se accedan a todas las pretensiones de la demanda, por considerar que no dio por demostrado la nulidad de traslado en septiembre de 1997, no dio por demostrado estándolo que la sociedad porvenir faltó a su deber de información y los efectos jurídicos; que el actor actuó por error en el traslado por ausencia de la información adecuada y traslado al RAIS, así como que dio por demostrado sin estarlo, que le demandante conocía los efectos del traslado. El juzgado no reparó en los hechos de la demanda, frente a la ausencia de la adecuada diligencia para recibir el traslado, valoró la contestación de la demanda, pues no se demostró la información dada al actor al momento del traslado, concerniente con el futuro del derecho pensional, fundamentando su defensa en que se suscribió el formulario de afiliación. No se le informó al demandante que no se entregaba su proyección pensional, cuál era su capital específico y la demandada Porvenir no aporta ningún comparativo y con base en la información de porvenir, fue que se dio la decisión. Ahora bien, en cuanto al traslado horizontal, la Sala Laboral de la Corte Suprema ha indicado que la nulidad no se convalida con los traslados horizontales, ya que no implica ratificación de la decisión del cambio entre las administradoras del RAIS, ello no desdibuja el acto de traslado. Ahora bien, es cierto que se le brindó una información que era posible, no se le indicaron cuáles eran los supuestos que debería acreditar para ello, esto es, falta la debida información al momento de tomar la decisión de trasladarse, que era la responsabilidad de las administradoras de pensiones que son de carácter profesional. Que la



carga de prueba para demostrar la debida afiliación, está a cargo de las demandadas y de solo tener en cuenta el interrogatorio de parte para tal decisión no es viable, pues se debe demostrar que se cumplió la obligación. Finalmente, señala que se debe acoger el precedente jurisprudencial, de que a hechos idénticos, decisiones similares, lo que no implica que le fallador no se pueda apartar del mismo, no obstante, el momento en el que nos encontramos, presupone unas resultas idénticas en los casos semejantes.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹,

¹ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."



que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad tuvo el deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y de forma posterior la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., debieron consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la



determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, por lo que se ha de revocar la decisión de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como el traslado horizontal efectuado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiaria del régimen de transición, pues la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, pues no establece alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.



Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el actor.

Así mismo, debe precisarse que no se comparte la decisión del aquo, en el sentido de indicar que por cuanto suscribió el formulario de afiliación y mencionó algunas características del RAIS convalidó la afiliación al RAIS, teniendo en cuenta que para realizarse el traslado el demandante debía tener información clara, oportuna y suficiente para tomar la decisión de traslado, la que no se configura con la suscripción de un simple documento pre impreso; aunado a lo anterior, por cuanto si bien el actor conoció algunas características del RAIS, tal como lo mencionó en su interrogatorio de parte, las mismas eventualmente se originaron en el año 2001, al momento de efectuarse el traslado horizontal, la misma no fue completa, pues no describió las posibles desventajas que implicaría mantenerse en el mismo, no obstante, la falta al deber de información se originó al realizarse el traslado primigenio, situación que no puede convalidarse con el simple paso del tiempo o con traslados a otras administradoras que pertenezcan al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.



En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que él mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Condenar en costas de ambas instancias únicamente a las demandadas Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y de forma posterior la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE 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 de primer grado para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante MIGUEL JOSÉ BARROS ROA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, celebrada con la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS PORVENIR S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO.- ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., a realizar el traslado del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, del valor de saldos, aportes y rendimientos, que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual del demandante, sin que haya



lugar a descuento alguno por concepto de gastos de administración, con destino a la historia laboral de COLPENSIONES. **TERCERO. ORDENAR** a COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante y a recibir el monto de aportes, saldos, rendimientos y gastos de administración ordenados en el numeral anterior, activando la historia laboral en tal régimen. **CUARTO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **QUINTO. COSTAS** de ambas instancias a cargo únicamente de las encartadas Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y de forma posterior la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.; para su tasación inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00, para cada una de ellas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL

Bogotá, D. C., Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05 038 2017 00364 01. Proceso ordinario de Marlene Cárdenas Cadena contra Transvitel Operador Logístico SAS (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 24 de abril de 2019.

ANTECEDENTES

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, en virtud del cual recibió un salario mensual de \$800.000; se condene a la demandada al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria e indexación.



Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que el 10 de enero de 2015 celebró contrato de trabajo con la demandada en virtud del cual se pactó la atención a clientes, con una jornada laboral de 8:30 am a 8:00 pm de lunes a viernes; y de 8:30 am a 4:00 pm los sábados con una hora de almuerzo; y un salario mensual de \$800.000,00.

Afirmó que el 17 de junio de 2015 renunció debido a las extensas jornadas laborales que debía ejecutar, y solicitó el pago de las prestaciones sociales y vacaciones a que tenía derecho, pero que a la fecha de la presentación de la demanda no le habían sido canceladas.

Finalmente indicó que a pesar de que citó a la demandada ante el Ministerio del Trabajo, no asistió.

La sociedad demandada se notificó mediante curador *ad litem* quien manifestó estarse a lo acreditado dentro del proceso y no propuso excepción alguna.

El *aquo* absolvió a la demandada de todas las pretensiones al considerar en esencia que no existe dentro del plenario medio de convicción que acredite la existencia del vínculo laboral reclamado o por lo menos la prestación personal del servicio, lo cual carga probatoria de la parte actora.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte demandante, interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita el recurrente se revoque la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado, en tanto a su juicio de los medios de prueba aportados si es posible establecer la existencia del contrato de trabajo.



Afirma en tal sentido que las pruebas que se aportaron como el certificado de existencia y representación legal de la demandada y la citación que se realizó ante el Ministerio del Trabajo, dan cuenta de ello, pues no se le iba a citar si no existiera la referida relación laboral.

Señala que la prueba testimonial no pudo de practicarse por circunstancias que le son ajenas y que se solicitaron otros medios de prueba como la citación de la demandada para que allegaron los recibos de pago de las nóminas, pero que éste no se quiso notificar y por ende no se hizo presente dentro del proceso

Sostiene que en el presente asunto sí se reúnen los requisitos jurisprudenciales para declarar la existencia de la relación laboral, como lo son la actividad personal, la remuneración o pago y la subordinación y por ende no acepta la declaratoria de la inexistencia de la relación laboral por la falta de material probatorio, pues se solicitaron, unas fueron negadas otros por circunstancias ajenas no pudieron ser practicados, pero considera que ello no puede ser excusa para declarar la relación laboral, pues como lo consagra el Código Procesal del Trabajo en el artículo 31, la no contestación de la demanda se presume como indicio grave en contra del demandado.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El conflicto jurídico que dio origen a la iniciación del presente proceso y cuyo análisis corresponde abordar a la Sala, se contrae a establecer si entre las partes existió una relación de carácter laboral, y si en virtud de la misma, la pasiva se encuentra obligada al pago de las acreencias laborales deprecadas.



En las condiciones en que se encuentra planteado el litigio, considera esta Colegiatura oportuno comenzar por señalar que de acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos se requieren para concluir la existencia de esta clase de vínculos, a saber, la prestación personal del servicio, la retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable de esta clase de contratos, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que significa, que automáticamente queda excluido el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor.

Ahora bien; cumple advertir, que si bien el contrato de trabajo se configura con la concurrencia de los tres elementos reseñados, también lo es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del C.S.T.¹ basta con la acreditación de la prestación en forma personal del servicio para que se presuma su existencia, por tanto, cumplido tal presupuesto la carga probatoria se invierte y será en consecuencia a la parte demandada, si se opone a su existencia, a quien le corresponde acreditar que no se estructuran los elementos contenidos en el artículo 23 de esta misma obra, para desvirtuar dicha presunción.

Por lo tanto, a efectos de acceder favorablemente a las pretensiones de la demanda, al tenor de lo dispuesto en el artículo 166 del CGP, le correspondía a la demandante a lo sumo acreditar la prestación personal del servicio en el periodo frente al que reclama la existencia del vínculo laboral, para que en aplicación de la presunción a la que se ha hecho alusión se entienda acreditada la relación de trabajo que reclama.

Dando alcance a las anteriores premisas al caso que ocupa la atención de la Sala, ningún reproche merece a la Sala la determinación que acogió el servidor judicial de primer grado por cuanto en realidad no existe medio de

¹ Subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990.



convicción dentro del proceso del que sea posible establecer que la accionante a lo sumo prestó sus servicios personales a favor de la sociedad demandada, para que se presuma la existencia del vínculo laboral.

En efecto, tal como lo señaló el servidor judicial de primer y no lo discute el recurrente, los únicos medios de convicción que obran dentro del proceso son el certificado de existencia y representación legal de la demandada, la citación por parte del Ministerio del Trabajo para adelantar Audiencia de Conciliación solicitada por la accionante y la constancia por parte de la Inspectoría del Trabajo de que a la referida audiencia se hizo presente la demandante, más no así nadie por parte de la demandada; documentales de las que sin dudarle no ofrecen al servidor judicial la certeza de los hechos que se alegan en la demanda, o la sumo, como se indicó, la prestación personal del servicio por parte de la demandante; aspecto que resulta necesario para la prosperidad de las pretensiones.

Ahora; aun cuando la parte actora solicitó otras pruebas que no pudieron ser prácticas, contrario a lo que plantea el recurrente, ello en modo permite al servidor judicial dar por demostrados los supuestos que se pretenden acreditar; máxime cuando el artículo 164 del CGP establece que *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”*.

Aduce el recurrente que se debe tener en cuenta que al tenor de lo dispuesto en el artículo 31 del C.P.T. y S.S. la falta de contestación de la demanda constituye un indicio grave en contra de la demandada; sin embargo, a pesar de que en el presente asunto la demandada no se hizo presente dentro del proceso, estuvo representada por curador *ad litem*, quien contestó la demanda oportunamente en representación de ésta, lo que impide dar aplicación a la referida sanción procesal, la que a juicio de la Sala en todo caso es insuficiente para dar por demostrados los supuestos sobre los que se edifican todas y cada una de las pretensiones.

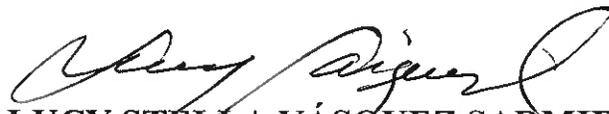


En las condiciones analizadas no resta a la Sala más que confirmar la determinación que adoptó el servidor judicial de primer grado. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia. **COSTAS.** Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05 021 2019 00427 01. Proceso ordinario de Yudy Esperanza Simbaqueba Martínez contra Troquelería ZAC SAS (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 9 de octubre de 2020.

ANTECEDENTES

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo a término fijo con la demandada del 1º de abril al 30 de noviembre de 2018 y que para el momento de la terminación del vínculo era sujeto de especial protección; se condene a la sociedad demandada a reintegrarla sin solución de continuidad al cargo que venía desempeñando al



momento de la finalización del vínculo hasta el momento en que se le reconozca pensión de vejez y se le incluya en nómina de pensionados.

En subsidio de la pretensión de reintegro solicitó el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el 1° de diciembre de 2018 hasta la fecha en que se reconozca en su favor la pensión de vejez.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que estuvo vinculada con la demandada desde el 1° de marzo de 2017 mediante contrato de trabajo a término fijo de 4 meses; que el 1° de abril de 2018 la demandada le solicitó firmar un nuevo contrato a término fijo de 4 meses.

Indicó que el cargo para el cual fue contratada fue el de Secretaria, que el último salario que devengó asciende a la suma de \$1'060.000,00 y que el vínculo finalizó por determinación de la demandada a partir del 30 de noviembre de 2018.

Señaló que para la fecha de terminación del vínculo contaba con más de 1.475 semanas de cotización, de acuerdo con la certificación expedida por el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y que previo a la finalización del vínculo laboral solicitó a la demandada le aplicara el fuero de protección laboral consistente en la condición de prepensionada.

Afirmó que adelantó acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales a una vida digna, la salud, al mínimo vital y el trabajo; y que en virtud de la misma el Juzgado 69 Civil Municipal de Bogotá ordenó a la demandada su reintegro, así como el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha del despido.

Refirió que a pesar de que la anterior determinación fue confirmada por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá, la demandada hasta el



momento no ha dado cumplimiento a dicha orden y aduce al efecto la imposibilidad de cumplir dicha orden en razón a su situación económica.

Una vez notificada la sociedad demandada dio respuesta a la acción en oposición a las pretensiones. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y actuación temeraria de la parte demandante.

La *aquo* declaró en forma oficiosa la excepción de cosa juzgada y como consecuencia de ello negó todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante.

Conclusión a la que arribó al considerar en esencia que existía identidad de partes, causa y objeto con la acción de tutela que la demandante promovió en contra de la aquí accionada; y que como la determinación que acogió el juez constitucional en amparo de los derechos fundamentales no fue de manera transitoria, de acuerdo con el criterio sentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL15882 del 20 de septiembre de 2017, no era procedente realizar un nuevo pronunciamiento al respecto.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación el cual le fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce el recurrente en esencia que no está de acuerdo con la determinación relativa a la condena en costas, en tanto con anterioridad a la fecha de la audiencia programada remitió al correo electrónico del Despacho solicitud de amparo de pobreza.



Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En los términos del recurso de apelación y, en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.PT. y la S.S., el análisis de la Sala se contraerá a definir si resulta procedente la condena en costas en contra de la demandante.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que se encuentra acreditado dentro del plenario, con la documental visible a folios 87 a 89, que el 14 de agosto de 2020, esto es antes de la fecha programada para realizar la audiencia de conciliación y primera de trámite, el apoderado de la demandante remitió por correo electrónico solicitud de amparo de pobreza suscrita por su mandante; pero que a pesar de ello la juez de primer grado no efectuó ningún pronunciamiento frente a tal solicitud en tanto que no fue incorporada oportunamente al expediente.

En tal sentido, interesa a la Sala recordar que de conformidad con el artículo 151 del C.G.P. el amparo de pobreza se concede a la persona que no se encuentre en la capacidad económica de atender los gastos del proceso, sin menoscabar su propia subsistencia y la quienes de a quienes deba alimentos, con el propósito de liberarlas de ciertas cargas económicas que demandan las actuaciones judiciales.

Así mismo, corresponde tener en cuenta, de un lado, que el Legislador no previó un requisito especial para solicitar el referido amparo, de manera que no se requiera algún tipo de prueba sino que basta para el efecto la manifestación de alguna de las partes de encontrarse en la condición económica descrita en la norma; y de otro, que de acuerdo con lo previsto



en el artículo 152 de la misma obra, puede realizarse durante el curso del proceso.

Así mismo, de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 154 del Código General del Proceso, uno de los principales efectos del amparo de pobreza es que la persona amparada con tal figura no es condenada en costas.

Bajo tal perspectiva advierte la Sala que la demandante tenía derecho a que se le concediera el amparo de pobreza solicitado, pues fue presentado antes de la audiencia programada por el despacho judicial de primer grado y si bien su apoderado en el curso de la misma efectuó algún pronunciamiento al respecto, ello no es óbice para que se extiendan los efectos de tal figura desde el momento de su solicitud y que como consecuencia, de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 154 del C.G.P. se le absuelva de la condena en costas.

En las condiciones analizadas no resta a la Sala más que revocar la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado en relación con la condena en costas en contra de la demandante, y en su lugar exonerarla de su pago.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Costas sin lugar a su imposición en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE 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 tercero de la sentencia recurrida, para en su lugar, **NO IMPONER** codena en costas, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

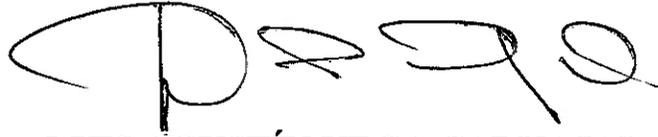
SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la providencia recurrida.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-025 2019 00365 01. Proceso Ordinario de Eduardo Sánchez Torres contra Colpensiones. (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 20 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1º de abril de 2010 junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre y los intereses de mora que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto la indexación de las mesadas adeudadas.



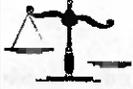
Como fundamento de las pretensiones señaló en esencia que nació el 4 de mayo de 1946, que se encuentra afiliado a la entidad demanda frente a los riesgos de la invalidez, vejez y muerte; y que el 1° de abril de 2010 cumplió 1.000 semanas de cotizaciones, de las cuales 827,83 se realizaron para el mes de julio de 2005.

Indicó que en el año 2013 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez ante la demandada, y que la misma, mediante la Resolución GNR 256731 del 11 de octubre de 2013 se la negó.

Agregó que interpuso los recursos en sede administrativa y que la entidad demandada mediante las resoluciones GNR256731 del 11 de octubre de 2013 y GNR 46663 del 20 de febrero de 2014 confirmó su decisión.

Una vez notificada la entidad accionada dio respuesta a la acción en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo en esencia que el demandante no acredita los requisitos que establece la Ley 797 de 2003 para el reconocimiento del derecho pensional que reclama y que no acumula las 750 semanas de cotización para la fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de las obligaciones, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y buena fe.

El *aquo* condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del demandante a partir del 21 de mayo de 2016 en cuantía inicial de \$689.457,00 junto con los intereses de mora, al considerar en esencia que adicionando los periodos de cotización en mora, el demandante sí es beneficiario del régimen de transición que establece la Ley 100 de 1993.



En punto a la fecha de reconocimiento del derecho pensional consideró que si bien es cierto que el accionante efectuó aportes al sistema general de pensiones hasta el año 2019, lo cierto era que las semanas adicionales las efectuó inducido al error por parte de la entidad demandada.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce la recurrente en esencia que el demandante no acreditó las 750 semanas que exige el Acto Legislativo 01 de 2005, para la fecha de su entrada en vigencia y que en razón a ello no tiene derecho a conservar el régimen de transición.

Agrega que no existe una responsabilidad automática por parte de su representada frente a los aportes en mora patronal, pues para ello se requiere de una relación laboral que los genere; por lo que a su juicio y que en razón a ello no se le puede obligar a tener en cuenta periodos sin haber corroborado que el afiliado tuviera vigente un vínculo laboral.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

De acuerdo con los motivos de inconformidad expuestos por la recurrente le corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación de vejez en condición de beneficiario del régimen de transición.



Con tal propósito corresponde tener en cuenta que, no es objeto de discusión entre las partes que el demandante nació el 4 de mayo de 1946 y que se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que en razón a ese presupuesto en principio es beneficiario del régimen de transición que la misma estableció en su artículo 36 frente a las pensiones de vejez y que en virtud del mismo tiene derecho a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990.

Al respecto corresponde a la Sala precisar que con ocasión de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, se introdujeron modificaciones al tema pensional y entre ellos, estableció en su párrafo transitorio número 4¹ un límite temporal a la vigencia del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 al señalar que no podría aplicarse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, esto es, el 29 de julio de 2005 hubieren acumulado por los menos 750 semanas de cotización, pues para este grupo de afiliados el régimen se mantiene hasta el año 2014.

Así las cosas, se ha de tener en cuenta que conforme con lo dispuesto en el artículo 12 Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, los hombres pueden acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en él establecida con 60 años de edad y la cotización de 500 semanas en los 20 años anteriores a su cumplimiento o 1000 semanas en cualquier tiempo.

En tal sentido, se advierte que al tenor de tal disposición la parte demandante cumplió la edad mínima para pensionarse el 4 de mayo de 2006 y en lo que respecta a la densidad de cotizaciones, dada la discrepancia existente entre

¹ "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".



las partes, corresponde a esta Corporación analizar el material probatorio allegado al proceso, a efectos de establecer si es procedente el cómputo de las semanas que tuvo en cuenta el servidor judicial de primer grado.

En este punto interesa advertir que dentro del cómputo de semanas cotizadas se deben tener en cuenta los aportes al sistema de seguridad social en pensiones que se causan en el marco de una relación laboral que no han sido satisfechos oportunamente a pesar de que la entidad administradora tuvo conocimiento de su causación, ello en cuanto una de las principales funciones y responsabilidades a cargo de las Administradoras de Fondo de Pensiones es la de garantizar los derechos conferidos por el sistema a sus afiliados en términos de eficiencia, eficacia y oportunidad, tal como tuvo ocasión de señalarlo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia del 22 de julio de 2008, dentro del radicado 34270 y en sentencia del 8 de octubre de 2014 dentro del radicado 46591.

Dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio, ningún reparo merece a la Sala la determinación que acogió el servidor judicial de primer grado, puesto que en el reporte de semanas cotizadas a favor del demandante visible a folios 19 a 27, se observa que, a pesar de que el demandante reporta afiliación por cuenta del empleador Industrias Decorlux Ltda., no se computan el periodos comprendido entre el 1° de julio de 1976 hasta el 31 de octubre de 1978; motivo por el que, dando alcance al criterio jurisprudencial en cita, resulta procedente su cómputo.

Por lo tanto, a las 1254,57 semanas cotizadas que reporta el demandante en su historia laboral, corresponde adicionar un total de 94,29 semanas, teniendo en cuenta para el efecto los periodos de aportes simultáneos, pues de acuerdo con lo analizado resulta procedente tener en cuenta incluso aquellos ciclos en los que no se reporta pago, pero sí afiliación al sistema en forma dependiente,



debido a que la entidad demandada tenía la obligación de propender por su pronto recaudo.

Por lo tanto, se tiene que el demandante acumula un total de 1.348,86 semanas hasta el año 2019, de las cuales 797,98 se efectuaron a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y para el 31 de diciembre de 2014 acumulaba un total de 1.214,8; motivo por el que de acuerdo con lo analizado en forma precedente tiene derecho al reconocimiento de la prestación de vejez de acuerdo con lo que al efecto establece el Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, en punto a la fecha de reconocimiento de la prestación, no comparte la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado, pues aun cuando no desconoce la Sala que de acuerdo con el criterio jurisprudencial sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral entre otras en sentencia del 20 de octubre de 2009, radicado 35.605, en la sentencia del 6 de abril de 2016, radicado 47.236; es procedente el reconocimiento de la prestación de vejez en fecha anterior a aquella en que se ha dejado de cotizar cuando los aportes adicionales se efectúan por la inducción al error por parte de la administradora de fondo de pensiones; también lo es, que en el presente asunto los aportes que se realizaron con posterioridad a la fecha de causación del derecho contribuyen a mejorar el derecho pensional, pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, la tasa de remplazo se incrementa en relación con las semanas cotizadas hasta llegar a las 1.250 semanas.

Pese a lo anterior, como la parte actora no recurrió la decisión de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta se surte en favor de la entidad demandada, se confirmará la determinación acogida por el servidor judicial de



primer grado, de acuerdo con lo que para el efecto establece el inciso 2° del artículo 87 del C.P.T. y S.S.

INTERESES MORATORIOS

En punto a la procedencia en el reconocimiento de intereses de mora, es del caso recordar que acorde con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estos se encuentran concebidos en relación con la mora en el pago de las mesadas pensionales, lo que significa que su reconocimiento pende del retardo en que incurra la entidad pagadora en la no cancelación oportuna de la prestación a la que legalmente se tiene derecho, pues su objeto es precisamente que una vez se solicite el derecho por parte de su titular y se verifiquen los requisitos que causan la prestación, el responsable u obligado la reconozca y pague dentro del término legalmente establecido a efectos de no causar al aspirante a pensionado un verdadero perjuicio por la tardanza injustificada de la entidad de pensiones.

En cuanto al momento de su causación, valga puntualizar que el derecho a recibir el pago de las mesadas no emerge del reconocimiento de la pensión por parte de la entidad que le corresponde, sino, en tratándose de la pensión de vejez, del cumplimiento legal de la edad y el tiempo de servicios o la densidad de cotizaciones.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que los intereses moratorios nazcan también a partir de ese mismo momento, por cuanto existe un punto de partida para establecer su causación, y es el hecho de que la entidad administradora cuenta con un término para resolver la petición, de modo que los intereses solamente empiezan a causarse si el pago se hace por fuera de aquel plazo.



Dando alcance a las anteriores premisas al caso que ocupa la atención de la Sala, se advierte que el demandante solicitó el reconocimiento de la prestación el 11 de octubre de 2013², cuando conforme se analizó ya cumplía los requisitos necesarios para el efecto; misma fecha en que se profirió la Resolución 256731, con la que se negó el derecho, y si bien para ese momento la entidad demandada no se encontraba obligada a reconocer el derecho pensional de conformidad con lo que al efecto establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, en la medida que aun se encontraban realizando aportes a favor del demandante; no es menos cierto que las cotizaciones que realizó el accionante, por lo menos con posterior al ciclo de abril de 2016 obedecieron a la negativa por parte de la entidad a reconocer la prestación, ello por cuanto a partir de ese momento el accionante se afilió como trabajador independiente realizando aportes sobre un ingreso base de cotización inferior, de manera que tales aportes no contribuían a mejorar el derecho pensional. Razón por la que se considera procedente el reconocimiento de intereses de mora a partir del 1° de mayo de 2016.

En lo que respecta a la prosperidad de la excepción de prescripción corresponde tener en cuenta que de una interpretación armónica de los artículos 6° y 151 del Código Procesal del Trabajo, la reclamación administrativa no sólo interrumpe el término de prescripción sino que lo suspende, de allí que una vez la entidad responda la solicitud comienza a correr un nuevo término trienal; por lo tanto dado que la demandante reclamó el reconocimiento del derecho pensional el 11 de octubre de 2013, se tiene que a partir de ese momento interrumpió el término prescriptivo, el cual estuvo suspendido hasta el 2 de marzo de 2015, fecha en la que se le notificó el acto administrativo mediante el cual se resolvió el recurso de apelación.

No obstante, dado que la presente acción judicial se presentó tan solo hasta

² Ver expediente administrativo CD fl 41. Archivo GEN-RES-CO-2013_7311502-1381502832550



el 21 de mayo de 2019, esto es más de 4 años después de que comenzó a computarse de nuevo el término prescriptivo, resulta procedente la declaratoria en forma parcial de la excepción de prescripción, conforme lo determinó el servidor judicial de primer grado; lo que de contera apareja la sentencia de primera instancia, a pesar de que a juicio de ésta Corporación el reconocimiento de la prestación de vejez y los intereses de mora se causó en fechas diferentes a las que determinó el juez de primer grado.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia ante la prosperidad del recurso.

DECISIÓN:

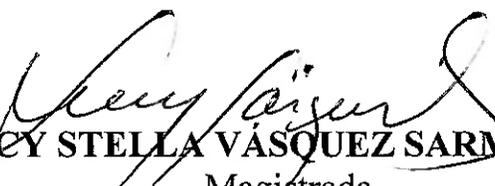
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2020 por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO.- COSTAS sin lugar a su reconocimiento en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-025-2019-00365-01. Proceso Ordinario de Eduardo Sánchez
contra Colpensiones. (Apelación Sentencias).


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado