



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GLORIA ESTELLA RODRIGUEZ ORTIZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 3105 022 2017 00543 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de noviembre de 2020.

En esta instancia se recibieron los alegatos remitidos por los apoderados de la demandante y de Colpensiones.

Colpensiones, solicitó que se mantuviera el fallo de primera instancia y en consecuencia se absolviera su representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, indicó que si bien se había

solicitado la reliquidación de la pensión de vejez en aplicación de lo dispuesto en el decreto 758 de 1990 y en consideración del artículo 36 de la ley 100 de 1993 a partir del 3 de febrero de 2016, precisó que no podría concederse el reconocimiento solicitado teniendo en cuenta que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, en razón a que de acuerdo con las normas antes señaladas y una vez revisados los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición la demandante perdió el derecho a dicho beneficio por haberse encontrado afiliada a una AFP privada y retornado al régimen de prima media administrado por Colpensiones a partir del 1° de junio de 2010; de tal suerte que los afiliados que se trasladaron acogiéndose a la sentencia C-1024 del 24 de octubre de 2004, que comprende el periodo entre el 20 de octubre de 2004 y el 2 de febrero de 2010 día anterior a la fecha de la sentencia SU 062 de 2010, no requerían del cálculo de rentabilidad para recuperar el régimen de transición, debido a que este era una exigencia previa para perfeccionar el traslado de manera que si se registraba un traslado válido por sentencia C-1024-2004, se entendía recuperado el régimen de transición siempre y cuando se acreditarán 15 años de servicio de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, indicando que para el caso concreto que al 1° de abril de 1994 la señora Gloria Estela Rodríguez acreditaba 779 semanas de cotización, recuperando así el régimen de transición y que respecto al segundo requisito referente a la edad, se tenía que la demandante nació el 3 de febrero de 1961, por lo que cumplió los 55 años de edad para pensión prevista en el decreto 758 de 1990, el 3 de febrero de 2016, esto es con posterioridad al límite temporal otorgado por el acto legislativo 01 de 2005, el cual entró en vigencia el 25 de julio de 2005 y señaló que el régimen de transición no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010 excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además tuvieran cotizada 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, para los cuales se mantendría hasta el año 2014, concluyendo que no se podía dar aplicación al régimen de transición como se solicitaba por la demandante y tampoco era procedente realizar reliquidación alguna a los derechos ya reconocidos a la demandante y que

para la aplicación del régimen solicitado no se acreditaba el cumplimiento de los requisitos exigidos en la norma.

Por su parte, el apoderado de la actora solicitó revocar en su integridad el fallo proferido, teniendo en cuenta que la demandante había nacido el 3 de febrero de 1961 y se había afiliado al sistema de seguridad social en pensiones con el Instituto de Seguros Sociales el día primero de marzo de 1979, cotizando a través de diversos empleadores hasta el 31 de diciembre de 2014, recaudando 1676 semanas cotizadas, de las cuales 787 cotizó válidamente antes del 1° de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia del actual sistema general de seguridad social en pensiones, por lo que el régimen de transición de qué trataba el artículo 36 de la ley 100 de 1993 constituía para ésta un derecho adquirido, en la medida en que se cumplía con lo dispuesto en el inciso segundo del mencionado artículo, concluyendo de esta manera que la demandante se encontraba dentro del régimen de transición y la normatividad aplicable era el Acuerdo 049 de 1990, de tal suerte que al haber cumplido más de 1000 semanas de cotización antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 la señora Gloria Estella Rodríguez tenía una expectativa de derecho o derecho eventual y por ende se debía aplicar la condición más beneficiosa.

Igualmente, refirió que el acto legislativo no era aplicable a su representada teniendo en cuenta que al 1° de abril de 1994 ésta había cotizado 787 semanas, es decir, que contaba con más de 15 años de cotización lo cual le hacía conservar el régimen de transición en cualquier tiempo en tanto constituía un derecho adquirido, significando ello que al pensionarse bajo los parámetros de la normatividad anterior era una prerrogativa que ni un acto legislativo con su fuerza constitucional podía desconocer, razón por la cual en este caso se debería inaplicar el referido acto legislativo y en su defecto ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez deprecada por ser la reclamante beneficiaria del régimen de transición, conforme lo había manifestado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral con ponencia del magistrado Jorge Mauricio

Burgos Ruiz a través de la sentencia número 42555 del 26 de junio de 2012 y la corte constitucional en sentencias T - 534 de 2001, T - 235 de 2002, T - 169 2003, C - 754 de 2004, C - 789 de 2002, C - 1024 2004, T - 324 de 2010, SU - 062 de 2010 y SU - 130 de 2013, por medio de las cuales se hacía referencia al respeto y la aplicación del régimen de transición de qué trataba el artículo 36 de la ley 100 de 1993, asimismo, mencionó la sentencia No. 265 del 21 de octubre de 2016, proferida por la sala primera de decisión laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali dentro del proceso ordinario No. 2014 - 654, oportunidad en la que se señaló que la sala inaplicó el acto legislativo 01 de 2005, teniendo como fundamento el respeto a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales el derecho a la pensión y la protección de los derechos adquiridos y al régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, en aplicación el artículo 58 de la constitución nacional.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se inaplicara el parágrafo transitorio N° 4 del Acto Legislativo 01 del 22 de Julio de 2005 y en esa medida se declarara que era beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en consecuencia se condenara a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle pensión de vejez a partir del 3 de Febrero de 2016, junto con los aumentos legales causados año tras año, de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 12 y 20 del Decreto 758 de 1990, a incluirla en nómina de pensionados a partir de la fecha señalada y a pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993

En sustento de sus pretensiones señaló que nació el 3 de Febrero de 1961, cumpliendo la edad mínima requerida dentro del Régimen de Prima Media para acceder a la Pensión de Vejez, el mismo día y mes del año 2016, que cotizó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones un

total de 1.676 semanas, desde su afiliación el 1 de Marzo de 1979 hasta el 31 de Diciembre de 2014, de las cuales 787 las había cotizado válidamente antes del 1 de Abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del actual Sistema General de pensiones, que era Beneficiaria del Régimen de Transición de que trata el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al tener más de 15 años de cotización al 1° de Abril de 1994 y que el 22 de mayo de 2017 radicó en las oficinas de COLPENSIONES los documentos necesarios para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, no obstante, le fue negada por la demandada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, manifestó que se oponía a todas y cada una de las pretensiones, en sustento trajo a colación el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el párrafo transitorio No. 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, indicando que si bien que la demandante inicialmente era beneficiaria del régimen de transición al 1° de abril de 1994, dado que contaba con más de 15 años de servicios cotizados al sistema de pensiones, también lo era que no adquirió el estatus de pensionada antes del 31 de julio de 2010, razón por la cual debía acreditar los requisitos establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, para que el mencionado régimen se le prorrogara hasta el 31 de diciembre de 2014, frente a lo cual se tenía que la accionante si acreditó las 750 o más semanas cotizadas al 25 de julio de 2005, pero no cumplió con la edad requerida para ser beneficiaria del régimen de transición al 31 de diciembre de 2014, fecha que se dio como plazo máximo para la aplicación de dicho régimen, toda vez que la demandante nació el 03 de febrero de 1961, por lo que para el 31 de diciembre de 2014 la actora contaba con 53 años y 10 meses de edad.

Adicionalmente, se señaló que en caso de poderse pensionar a la actora la ley aplicable sería el artículo 33 de la ley 100 modificado por el artículo 9 de la 797 del 2003, y que en caso de asistir derecho a la actora al reconocimiento de la pensión de vejez se debía tener en cuenta que la fecha en la cual la demandante adquiriría el estatus de pensionada era el

03 de febrero de 2018 fecha en la cual cumplía los 57 años de edad y no el 03 el febrero de 2016 fecha en la cual solicitó que se le reconociera la pensión de vejez.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de noviembre de 2020, el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante GLORIA STELLA RODRIGUEZ ORTIZ.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Incluyase en la liquidación de costas, la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente, valor en que se estiman las agencias en derecho.

TERCERO: CONSULTAR la sentencia con el superior en caso de no ser apelada.”

Como fundamento de su decisión, argumento que frente a la inaplicación del parágrafo cuarto del Acto legislativo 01 de 2005, resultaba necesario tener en cuenta que la Constitución Política de Colombia en su artículo 4 estableció que la misma era norma de normas, por lo que en caso de existir una norma que contrariara sus preceptos constitucionales debía omitirse su aplicación, aparte que era objeto de la figura conocida como excepción de inconstitucionalidad, la cual también contemplaba un deber en tanto las autoridades no podían dejar de hacer uso de ella en los eventos en que se advertía una clara contradicción entre la disposición aplicable en un caso concreto y las normas constitucionales (CC SU 132 de 2013), la cual se aplicaba con el fin de proteger, en un caso concreto los derechos fundamentales que posiblemente se pudieran ver transgredidos por la aplicación de una norma de inferior categoría a la Constitución Política.

Igualmente, indicó que el acto legislativo 01 de 2005, reformó el artículo 48 de la Carta Política, por lo que, al tratarse de un acto reformativo de dicha disposición en el marco de las facultades que traía consigo el artículo 375 de la norma constitucional, confirió al legislador la facultad de reformarla y en consecuencia adquirió el estatus de normas supra legal, cuyo control de constitucionalidad estaba establecido a la luz del artículo 248 como competencia única y exclusiva de la Corte Constitucional y sobre el particular debería limitarse a lo prescrito por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación laboral dentro de la sentencia SL 2943 de 2020, de lo que resultaba evidente la imposibilidad de inaplicar las normas que se acusaban por cuanto se carecía de competencia para resolver conflictos de constitucionalidad de una norma supra legal y porque la corporación judicial competente para ello que era la Corte Constitucional, ya había realizado el estudio de la Constitucionalidad del acto legislativo tal y como se colegía del contenido de la sentencia C – 178 de 2007 en la que se aceptó la sustitución del texto de la Carta Política y se convalidó la validez del acto cuestionado.

Acto seguido, se indicó que se procedió a revisar si se cumplían los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que contemplaba el régimen de transición, el cual permitía pensionarse a la luz de la legislación anterior, señalándose que la demandante para el 1° de abril de 1994, aunque contaba con 33 años al contarse la densidad de las semanas cotizadas al sistema se advirtió que para dicha fecha contaba con 786,86 semanas cotizadas, quedando superado el tiempo de servicio exigido en la norma, no obstante, debía remitirse a lo preceptuado por el parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, precisando que de acuerdo con éste el régimen de transición no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010 y quien estuvieran expectativas pensionales debían acreditar tanto la edad como el tiempo de cotización a dicha data, excepto aquellos a quienes para la entrada en vigencia del acto legislativo tuviesen más de 750 semanas o su equivalente en tiempo al 22 de julio del dos mil cinco, a quienes el régimen de transición se les extendería hasta el 31 de diciembre de 2014, de acuerdo con esto, al verificar la historia laboral allegada se determinó que la demandante contaba con

total de 1237,29 semanas cotizadas al 22 de julio de 2005, por lo que, en consecuencia, el Régimen de Transición inicialmente le había sido extendido hasta el 31 de diciembre del dos mil catorce, sin embargo, como no se logró cumplir el requisito de la edad ordenada en el acuerdo 049 de 1990 antes del 31 de diciembre de 2014, ya que se arribó a los 55 años el 3 de febrero de 2016, lo cual aunado a que a la demandante ya le estaba siendo pagada la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, mediante Resolución No. 61474 del 03 de marzo de 2018, en cuantía inicial de \$6.211.872, generó que no salieran avantes las pretensiones.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante solicitó la revocatoria de la sentencia, en la medida en que existía un precedente en el que se inaplicaba el Acto Legislativo 01 de 2005, correspondiente a la sentencia expedida el 30 de octubre de 2020 por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala laboral dentro del expediente 242017151 siendo ponente el magistrado Luis Alfredo Barón Corredor en donde un caso similar al caso objeto de estudio se inaplicó el acto legislativo 01 de 2005, concediéndose la prestación económica a una persona que estaba disfrutando la pensión del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la cual se concedió atendiendo lo normado en los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, para el efecto trajo a colación apartes de la sentencia mencionada.

Atendiendo el precedente citado y lo expuesto en los alegatos de instancia, solicitó la inaplicación del acto legislativo 01 de 2005, considerando la condición más beneficiosa habida cuenta que al momento en que entró a regir el acto legislativo 01 de 2005 como lo había advertido el a quo en la sentencia la demandante contaba con más de 1250 semanas de cotización, por lo que al tener el requisito de las semanas, solo se estaba a la espera del cumplimiento de la edad

para que pudiera disfrutar de su derecho pensional, razón por la cual, solicitó salieran avante las pretensiones de la demanda en la medida en que la demandante al momento de solicitar su prestación económica contaba con más de 750 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994, lo cual le permitía conservar el Régimen de Transición y que se pudiera pensionar bajo el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, precisando que aunque su representada estaba disfrutando de la pensión de vejez dicha prestación se reconoció al partir del 3 de febrero del año 2018, es decir, a partir del momento en que la misma cumplió los 57 años de edad y con una tasa de reemplazo del 70.35%, y lo que se pretendía en la demandante era que la prestación se reconociera a partir del 03 de febrero del año 2016, fecha en que cumplió los 55 años de edad, lo cual daba lugar a un retroactivo pues se reliquidaría la pensión con una tasa de reemplazo del 90%.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará sobre la viabilidad de la reliquidación de la pensión de vejez otorgada a la Señora GLORIA STELLA RODRIGUEZ ORTIZ, atendiendo lo señalado en los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) la demandante GLORIA STELLA RODRIGUEZ ORTIZ, nació el 3 de febrero de 1961 y era beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para el 1° de abril de 1994, contaba con 786 semanas cotizadas, es decir, con la densidad de suficientes requeridas por la norma; ii) durante toda la vida laboral la demandante acreditó un total de 1675 semanas, de las cuales 1.237 anteceden al 25 de julio de 2005, por lo que para la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 la actora tenía más de las 750 semanas requeridas para preservar el beneficio del régimen de transición hasta el 2014; iii) la actora cumplió la edad de 55

años el 3 de febrero de 2016, esto es, después de haber fenecido el régimen de transición que le había sido extendido hasta el 2014 en atención a lo dispuesto en el parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005 y iv) a la demandante se le reconoció pensión de vejez por parte de Colpensiones¹, con fundamento en lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, a partir del 3 de febrero de 2018 en cuantía inicial de \$6.211.872.

La discusión se centra en establecer si es viable la inaplicación del acto legislativo 01 de 2005, atendiendo la condición más beneficiosa como quiera que refiere el recurrente que cuando entró a regir el mencionado acto legislativo la demandante contaba con mas de 1250 semanas cotizadas y solo se estaba a la espera del cumplimiento de la edad, por lo que tenía derecho a conservar el mismo en cualquier tiempo.

Sobre el particular, lo primero que resulta relevante precisar es que acuerdo con lo señalado en diversos pronunciamientos jurisprudenciales, entre ellos, la Sentencia de radicación n° 40662 del 15 de febrero de 2011, expedida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, la condición más beneficiosa opera en el tránsito legislativo en materia pensional en donde se advierte que la nueva ley contempla unos requisitos más gravosos que el anterior y ante la ausencia de un régimen de transición, situación que no es la que se presenta en este caso.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que para aplicar el régimen de transición se deben cumplir a cabalidad los requisitos en vigencia del mismo, ya que la noción de derecho adquirido se predica respecto de la pensión de vejez pero no del régimen de transición. Para el caso la actora cuenta que los 55 años de edad los cumplió el 3 de febrero de 2016, data para la cual ya había expirado el régimen de transición en atención a lo dispuesto en el parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005.

¹ Resolución No. 61474 del 03 de marzo de 2018 "POR LA CUAL SE RESUELVE UN TRÁMITE DE PRESTACIONES ECONÓMICAS EN EL RÉGIMEN DE PRIMERA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (VEJEZ – ORDINARIA)" ver fl. 107 del expediente.

Al respecto conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en pronunciamiento realizado en la sentencia No. SL4285-2018 radicación No. 79487, en donde se indicó:

“En este orden, la controversia que propone el recurrente, se contrae dilucidar si el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93, es un derecho adquirido como él lo sostiene, frente a lo que cabe recordar, que esta Sala en múltiples oportunidades ha puntualizado, que se entiende que « hay un derecho adquirido cuando una persona ha satisfecho la totalidad de los requisitos que establece la ley, es decir, es aquél que ha entrado en el patrimonio de aquella», tal y como se sostuvo en las sentencias CSJ SL4650-2017 y SL7781-2017, lo que trasladado al caso de la pensión de vejez, se traduce en tener cumplidas las dos exigencias para alcanzar ese derecho, como son edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas, acorde con lo que la ley que gobierne el asunto, establezca para el caso en particular.

En ese horizonte, debe indicarse, que si bien el actor en principio acredita los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, previstos tanto en el artículo 36 de la Ley 100/93, como el consagrado en el Acto Legislativo n.º 01 de 2005, lo cual no es objeto de controversia, resulta relevante tenerse en cuenta que esta última disposición modificó los alcances de esa prerrogativa transicional, estableciendo unos límites temporales al mismo.

En efecto, dicho Acto Legislativo, dispuso que la vigencia del régimen de transición previsto en el precepto 36 de la Ley 100/93, iría hasta el 31 de julio de 2010; pero de igual forma, previó la posibilidad de que quienes a la fecha en que entró a regir – 25 de julio de 2005-, tuviesen 750 semanas cotizadas o un tiempo de servicios equivalente, se les extendiera hasta el 31 de diciembre de 2014, cuyo objetivo era amparar aquellos afiliados que tenían expectativas próximas para alcanzar el derecho a la pensión de vejez.

Conforme a lo anterior, el hecho de poner un límite temporal al régimen de transición, que como su nombre lo indica, es transitorio, en manera alguna puede constituir una transgresión de derechos de los afiliados a alcanzar la pensión por vejez, dado que no fue una modificación intempestiva, sino que por el contrario, dio la oportunidad a aquellos asegurados que tenía la expectativa legítima de pensionarse en el periodo que consagró, y de acuerdo a las reglas que allí fijó, de conservar los beneficios que las normas anteriores al referido Acto Legislativo les otorgaban para acceder a esa prestación.

En punto del debate, se pronunció recientemente la Sala en la sentencia CSJ SL2109-2018, en donde reiteró la SL7040-2017, asentando:

(...)

Salta de bulto que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 perdió su vigencia el 31 de julio de 2010. Esa fue la regla general constitucional, respecto de la cual en ningún yerro de aplicación o interpretación incurrió el Tribunal, dado que de ella nada distinto es posible concluir, pues su tenor literal no deja asomo de duda sobre su contenido.

Y la sub regla prevista como excepción a la disposición de fenecimiento del régimen de transición al 31 de julio de 2010, es una y solo una: que de la fatal fecha se exceptúan quienes al 25 de julio de 2005 –fecha de publicación de la disposición en el diario oficial– contaren con 750 semanas de cotización, pues a ellos se les extenderá el régimen de transición hasta el año 2014 –31 de diciembre, entiende la jurisprudencia–, de manera que si alguno de los requisitos les faltare por cumplir, ese será el plazo con el que contarán para obtener el derecho pensional. (Negrillas y subrayado fuera de texto original).

(...)

La expectativa legítima pensional que debe entenderse protegido el legislador es la recogida en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, frente a la cual, sin lugar a dudas, por el mero hecho de contarse con una determinada edad se podía durante su vigencia alcanzar el derecho pensional, pero el citado Acto Legislativo fue el que dio precisión al término de vigencia del régimen de transición, dejando claro que éste fenecía el 31 de julio de 2010. Sin embargo, habilitó la fecha del 31 de julio de 2014 como término último de adquisición del derecho, pero para quienes frente a este nuevo plazo contaban al momento de su vigencia --25 de julio de 2005-- con 750 semanas de cotización.

(...)

Ahora bien, no debe olvidarse, que el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CN, elevó a rango constitucional la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, buscando con ello garantizar a los administrados el derecho de alcanzar una pensión, dando así prevalencia al interés general, cuyo objetivo no es otro que prevenir que los regímenes pensionales sean financieramente sostenibles, a fin evitar un colapso económico de los mismos, y en esa medida, surge coherente la eliminación del régimen de transición y que no se mantuviera de manera indefinida.

Sobre la sostenibilidad del sistema, la Sala en Sentencia CSJ SL, 2 may, rad. 41695, precisó: «El llamado principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social fue instaurado por el Acto Legislativo número 1 de 2005, al ordenar que “Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas” (el subrayado no hace parte del texto original). Es evidente que, más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas. Dicho con otras palabras, la Constitución prohíbe al Congreso establecer sistemas de pensiones financieramente insostenibles. Esta obligación para el órgano legislativo opera a partir de la vigencia del citado Acto Legislativo, o sea, a partir del 29 de julio de 2005».

Bajo este derrotero, resulta entonces de vital importancia el principio de la sostenibilidad del sistema pensional, y el interés general que este protege, el que en últimas debe prevalecer, sin que ello signifique desconocer el mandato de progresividad, no obstante, el mismo no es absoluto, por cuanto no puede responder a un beneficio individual sino a una colectividad, como se aseveró por esta Sala de la Corte en la sentencia CSJ SL, 23 sep. 2008, rad. 35229, en la que puntualizó:

Por último, a fin de dar respuesta a la oposición en lo referente a la progresividad, se ha de rememorar lo anotado en la sentencia de rad. N° 32765 ya citada, donde enseñó la Corte:

“... no desconoce la Sala la obligación de progresividad con que el Estado debe ofrecer la cobertura en la seguridad social, la cual como ya lo ha dilucidado la jurisprudencia constitucional, no es un principio absoluto sino que debe estar sujeto a las posibilidades que el sistema tenga de seguir ofreciendo unas prestaciones sin que se afecte la sostenibilidad financiera del sistema. (Negritillas fuera de texto original).

“El juicio de progresividad comparando lo que ofrece la legislación nueva respecto a la anterior, no puede responder a una mera racionalidad del interés individual que se examina, sino que en correspondencia con la naturaleza de la seguridad social, debe atender la dimensión colectiva de los derechos tanto de los que se reclaman hoy como de los que se deben ofrecer mañana.

“Según señalan los convenios internacionales que fundan la seguridad social, ésta debe entenderse como una economía del bienestar justa que comprenda a las generaciones presentes, pasadas y futuras. A manera de ilustración, el numeral 3°

del artículo 12 del Código Iberoamericano de Seguridad Social aprobado por la Ley 516 de 1999 establece que "3. Los Estados ratificantes recomiendan una política de racionalización financiera de la Seguridad Social basada en la conexión lógica entre las diferentes funciones protectoras de ésta, la extensión de la solidaridad según sus destinatarios, y la naturaleza compensatoria o sustitutiva de rentas de sus prestaciones, que guarde la debida concordancia con las capacidades económicas del marco en que debe operar y basada en el adecuado equilibrio entre ingresos y gastos y la correspondencia, en términos globales, entre la capacidad de financiación y la protección otorgada".

En esa medida, el Acto Legislativo, no se advierte regresivo, como tampoco que transgreda convenios internacionales, pues se itera, el cambio normativo fue mediato, dándose un lapso de tiempo a los afiliados, a fin de protegerles el principio de confianza legítima y salvaguardar sus expectativas, previendo un régimen de transición para los afiliados que cumplieran el 75% de la densidad de cotizaciones o de tiempo de servicio, pero que en todo caso tenía como hito final el 31 de diciembre de 2014, y como para esa calenda el actor no tenía consolidado su derecho pensional, como ya se ha dicho, no se le vulneraron derechos ni principios constitucionales.

Cabe traer a colación aquí, lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002, en la que asentó:

Con todo, la Corte también ha sostenido que el legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado. Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece su potestad configurativa, la cual le permite al legislador darle prioridad a otros intereses que permitan el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho. (Negrillas fuera de texto original).

Aun así, esta Corporación ha sostenido que cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad, y que, como toda actividad del Estado, está sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad."

De conformidad con la sentencia citada, se tiene que el hecho imponer un límite en el tiempo para la aplicación del régimen de transición no acarrea la vulneración de los derechos de los afiliados al régimen de prima media con prestación definida en tanto que la limitación establecida en el párrafo transitorio no impedía a los afiliados alcanzar la pensión de vejez, ya que la modificación no fue intempestiva, sorpresiva ni arbitraria, sino que procuró que todos aquellos que tuvieran una expectativa legítima de pensionarse por vejez pudieran hacerlo, asimismo, se tiene que la aplicación del párrafo 4 transitorio no desconoce el principio de progresividad en la medida en que por su intermedio se elevó a rango constitucional el principio de sostenibilidad financiera en salvaguarda del interés general, en virtud del cual el régimen de transición se limitó hasta el 2010 y por excepción se extendió hasta el 2014, dado que este no tenía el carácter absoluto, sino que su aplicabilidad dependía del interés general o colectivo que prevalecía sobre el individual.

Así las cosas y aunque el demandante trae a colación una sentencia que refiere fue expedida el 20 de octubre de 2020, por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en la que se indica que fue acogida la pretensión por dicho juzgador, este fallador acoge el precedente del órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral correspondiente a la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, máxime cuando se advierte que la inaplicación que se solicita es de una norma supra legal “Constitución Política de Colombia” la cual en su artículo 4 dispone “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)” y frente al tema la Corte Suprema de Justicia ha decantado que la disposición contenida en el parágrafo transitorio No. 4 no vulnera los derechos de los aliados ni atenta contra el principio de progresividad, en la medida en que el régimen de transición no es absoluto y depende del interés colectivo, y que “(...) no está en el marco de sus competencias examinar la sujeción a la normativa superior del acto en comento y proceder a inaplicarlo, máxime cuando el órgano jurisdiccional encargado de ese cometido, conforme la estructura de la Rama Judicial en Colombia, ya lo hizo en la sentencia CC C-178-2007 (...)”, tal y como se señaló en Sentencia SL2943-2020, radicación 80621.

De conformidad con lo antes anotado y al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por el Juez de primer grado se procederá a confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 4 de noviembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.


SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSK

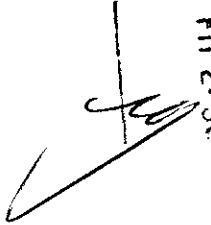

MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LABORATORIO DE INVESTIGACIONES
Secretaría de Gobernación

21 SEP -2 PM 2:32

RECEIVED FOR



000000



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR EDILBERTO BRICEÑO
QUINTERO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 006 2018 00784 01

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

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 31.486.436 y tarjeta profesional No. 303.924 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demanda COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de diciembre de 2020.

En esta instancia se recibieron los alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

El apoderado del demandante indicó que no existía duda en que a su representado le asistía el derecho a la pensión de vejez por alto riesgo al haber cotizado 1466 semanas y 1217 en alto riesgo, a la fecha de la solicitud primigenia, esto es, el 13 de abril de 2018 con lo que se demostró el cumplimiento de los requisitos determinados por la ley 100 del 93, ley 797 de 2003 y decreto 2090 de 2003, para adquirir el derecho especial de vejez por alto riesgo, señalando que si bien el a quo falló a favor del demandante no determinó la fecha en la cual se debía reconocer la pensión, por lo que se debía reconocer el pago a partir de abril de 2018, data para la cual contaba con 50 años 3 meses y 1466 semanas cotizadas y 1217 en alto riesgo, cuando solo requería 1000 semanas de exposición en alto riesgo y 1300 semanas de cotización total según la ley para el año 2018, por lo que COLPENSIONES había colocado cargas adicionales al demandante.

Por su parte, COLPENSIONES, indicó que no se cumplían los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición y por tanto el estudio debía efectuarse de acuerdo con el Decreto 2090 de 2003, artículos 2, 3 y 4, destacando que no todos los trabajadores de una empresa catalogada como de alto riesgo, le eran aplicables los presupuestos del mencionado decreto en cuanto no todos desarrollaban ese tipo de actividades y por tanto al solicitar el reconocimiento de una pensión especial de alto riesgo era indispensable, allegar el certificado de ARL en que se precisara la categorización de la empresa y el certificado laboral de todos los empleadores con los cuales se hubieran desempeñado actividades de alto riesgo pues sin dicha documentación no era posible determinar si a un afiliado le era aplicable o no los postulados del Decreto 2090 de 2003 y que conforme a ello, el demandante no acreditaba el estatus pensional toda vez que debía cumplir 62 años de edad y 1300 semanas cotizadas, de manera que al contar con 53 años de edad y 1466

semanas cotizadas no se cumplieran los presupuestos de la Ley 797 de 2003.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declarará que estuvo expuesto a sustancias cancerígenas como el asbesto entre el 8 de marzo de 1995 y el 30 de julio de 2018, así como, que cotizó al sistema de seguridad social con cotizaciones en alto riesgo antes de julio de 2013 y cotizó más de 437 semanas en vigencia del decreto 2090 2003, que había cotizado 780 semanas en alto riesgo, que durante toda su vida laboral cotizó 1466,71 semanas y que solicitó pensión especial de vejez por alto riesgo la cual le fue negada por COLPENSIONES sin tener en cuenta lo establecido en las normas vigentes, en consecuencia se condene a la demandada a conceder la pensión especial de vejez por alto riesgo, en razón a que cuenta con más de 1466 semanas de cotización general y 1217 semanas de cotización de alto riesgo por exposición a sustancias como el asbesto, a partir del 13 de abril de 2018 por haber cotizado más de 517 semanas adicionales a las 700 exigidas en el decreto 2093 de 2003, en cuantía de \$1.182.206, y al pago intereses moratorios de qué trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a los derechos ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que qué había cotizado 1481,57 semanas al 31 de julio de 2018; que inició a laborar con INCOLBESTOS S.A. en marzo primero de 1995, por lo que al 31 de julio de 2018, sumo 1217,45 semanas de cotización especial a pensión en alto riesgo por exposición a sustancias cancerígenas; presentó solicitud de reconocimiento de pensión especial de vejez por alto riesgo a COLPENSIONES el 13 de abril de 2018, no obstante, el 19 de julio de 2018, fue expedida la resolución sub-18 5687 del 12 de julio de 2018 en la cual se negó la solicitud de reconocimiento de pensión especial con sustento en el Decreto n° 2090 de 2003 y la circular interna 15 de 2015 de COLPENSIONES y por cuanto el solicitante contaba con 1466 semanas de cotización general; el 1° de agosto de 2018, radicó reposición y en subsidio apelación frente a la resolución que negó la prestación y se

expidió resolución SUB 2144 24 del 13 de agosto de 2018, por la cual resolvió desfavorablemente la reposición presentada argumentando las mismas razones aducidas en la resolución anterior y agregando que las certificaciones allegadas al expediente aunque indicaban que el solicitante desempeño trabajos con exposición a factores de algo riesgo, no se hacía claridad a qué si los mismos eran comprobadamente cancerígenos ni se determinaba bajo qué periodo se había realizado dicha actividad y sobre cuales se había afectado cotización especial, indicándose que si bien se acreditaba un total de 1471 semanas ordinarias, no se tenía certeza cuales eran de desempeño de alto riesgo pues la certificación que había sido allegada no era clara en establecer los extremos del desempeño de actividades de alto riesgo. El 21 de septiembre de 2018, COLPENSIONES expidió la resolución DIR 16934 del 18 de septiembre de 2018, en la que no se hizo mención estricta de las razones por las que se negaba la prestación salvo la exigencia de 1600 semanas de cotización en el régimen general.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 4, 6, 13, 29, 47, 48, 53, 84, 93, 241 y 243 de la Carta Política, los artículos 13, 14, 21, 48, 74 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 142 y 289 de la Ley 100 de 1993, así como, el Decreto 1281 de 1994 y el Decreto 2090 de 2003. De igual forma trajo a colación las sentencias expedidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral con radicación 35595 del 18 de marzo de 2019 y la sentencia SL13995 del 7 de septiembre de 2016.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda (fl. 57-97), en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, señalando que el demandante no podía ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el decreto 1281 de 1994, ni el establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues tratándose del primero, se tenía que el demandante al 24 de junio de 1994, contaba con 27 años de edad y con 159.8 semanas de cotización, por lo que no se cumplían con los requisitos

124
130

allí señalados, respecto al artículo 36 de la ley 100 del 93 se indicó que el señor Linares al 1° de abril de 1994 contaba con 27 años de edad y 148,56 semanas cotizadas por lo que se entendía que no era beneficiario del régimen de transición, ya que no contaba ni con 40 años de edad ni con 15 años de servicio o semanas cotizadas al primero de abril de 1994, subsiguientemente, indicó que el demandante cumpliría 55 años de edad en el año 2022, por lo que la norma aplicable será el Decreto 2090 de 2003 y que al verificar la historia laboral del mismo, este contaba con 769,85 cotizadas en alto riesgo, mencionando que la circular 15 de 2015 y los artículos 3 y 4 del Decreto 2093 de 2003, establecían los requisitos para el reconocimiento, concluyendo que de acuerdo con estas como el demandante contaba con 51 años de edad y 1420 semanas cotizadas de las cuales 769 eran de alto riesgo y toda vez que para poder reconocer la prestación en la edad mencionada debería contar con un total de 1540 semanas cotizadas, de las cuales 940 deberían ser en alto riesgo, aun no se había adquirido el derecho a la pensión reclamada; adicionalmente, se mencionó que realizado el estudio con la Ley 797 de 2003, aunque el demandante cumplía con la densidad de semanas requeridas aun no contaba con los 62 años de edad, por lo que no había adquirido el estatus pensional y no procedía condena por ningún concepto.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de diciembre de 2020, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“CONDENAR a la administradora colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante señor **ÁLVARO ENRIQUE LINARES GARZÓN**, la pensión especial de vejez de alto riesgo de conformidad con el valor de la mesada que se liquide al retiro del sistema del accionante en aplicación de lo normado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, junto con los aumentos legales y la mesada adicional.

Costas a cargo en la parte demandada vencida en el proceso, se fija la suma de tres millones de pesos (\$3.000.000) por concepto de agencias en derecho”

Como fundamento de su decisión, argumentó que el acto de reconocimiento pensional que se aludió por la apoderada judicial de

Colpensiones no se aportó al proceso, y por tanto continuo con el análisis, señalando que para dirimir el conflicto debía tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 2093 de 2003, no obstante, como quiera que entre la vigencia del Decreto 1281 de 1994 (22/06/1994) y la vigencia del Decreto 2090 de 2003 (28/06/2003), no era posible que en ese tiempo se cumpliera con las 500 semanas de cotización especial que regulaba el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, correspondía considerar las semanas laboradas por el accionante en actividades de alto riesgo bajo la egida del Decreto 1281 de 1994.

Acto seguido mencionó que el demandante prestó sus servicios a INCOLBESTOS S.A., mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el día 8/03/1995 hasta 24/07/2018 (fl. 24), acreditando un total de 1399 semanas de cotización especial por razón de estar expuesto a trabajo con sustancias comprobadamente cancerígenas como el ASBESTO CRISOLITO, trayendo a colación que en relación con las cotizaciones especiales por alto riesgo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia explicó el criterio orientado a habilitar los soportes en caso de actividades de alto riesgo, así no se hubiese cotizado el porcentaje adicional previsto por el Decreto 1281 de 1994 y 2093 de 2003 que derogó el anterior, porque no era el trabajador quien debía correr con las consecuencias adversas del incumplimiento del empleador, si se había demostrado que efectivamente desempeñó esa clase de labores especiales (Sentencia SL1398 citada en la sentencia SL4616-2016).

Subsiguientemente, se indicó que como el accionante acreditó que a la edad de cincuenta años que cumplió el día 29/11/2017, acreditó 1200,28 semanas de cotización especial contabilizadas desde el 1/03/1995 al 31/08/2018, según consta a folios 44-46, la súplica de la demanda estaba llamada a prosperar, en consecuencia, se condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión especial de alto riesgo de conformidad con el valor de la mesada que se liquidara al retiro del sistema.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora, presentó recurso de apelación a efectos que se concediera la pensión a partir de abril de 2018, fecha en la cual había cumplido el señor Álvaro Enrique Linares los requisitos especiales de pensión de vejez por alto riesgo y toda vez que no era posible retirarse del Sistema General de Pensiones, dado que no le fue concedida la pensión sin justificación legal.

Por su parte, la apoderada de COLPENSIONES solicitó la revocatoria de la sentencia teniendo en cuenta que si bien no se aportó en debida forma la resolución de reconocimiento, tampoco lo hizo la parte actora y con ello se demostraba la mala fe con la que ésta actuaba dentro del presente proceso, refiriendo que mediante la Resolución No. SUB 81532 del 27 de marzo de 2020, COLPENSIONES reconoció una prestación de vejez por actividad de alto riesgo a favor del demandante con una mesada pensional inicial de \$1.136.868 pagadera a partir del 1° de abril del 2020, la cual se reconoce a corte de nómina por cuanto el demandante había realizado aportes hasta el mes de febrero del año 2020, resaltando que la resolución fue debidamente notificada al demandante y soporte de ello era que mediante solicitud radicada bajo el No. E_2020_1684081 del 23/10/2020 se solicitó una reliquidación de la prestación pensional reconocida, documental que permitía entrever que el demandante conocía la resolución y que no se encontraba conforme con la mesada pensional que le reconoció en su momento COLPENSIONES, solicitando que se tuviera en cuenta la documental que se aportaría en debida forma la cual permitiría identificar la resolución y solicitud de reliquidación mencionada.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará sobre la viabilidad del reconocimiento y pago de la pensión de vejez por el ejercicio de actividades de alto riesgo y en caso afirmativo si su reconocimiento procede desde el 18 de abril de 2018.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no existe controversia en los siguientes puntos: i) el Señor ALVARO ENRIQUE LINARES GARZÓN nació el 29 de noviembre de 1967, tal y como se desprende de la Resolución SUB 214424 de 2018 fl. 28-35; ii) desempeñó actividades desde el 8 de marzo de 1995, como operario de producción en INCOLBEST S.A., en ejercicio del cual ha estado expuesto a material de alto riesgo “ASBETO CRISOTILO” fl. 24 y iii) que tiene 1497,72 semanas cotizadas ante COLPENSIONES según se desprende del reporte de semanas cotizadas actualizado al 19 de febrero de 2019, obrante en el expediente administrativo allegado por COLPENSIONES.

Para resolver debe tenerse en cuenta que en el sistema general de pensiones las actividades de alto riesgo que acarreen el reconocimiento de pensiones especiales han sido reguladas inicialmente por el Decreto 758 de 1990, posteriormente por el Decreto 1281 de 1994 y finalmente por el Decreto 2090 de 2003 “Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades”.

Ahora bien, a efectos de revisar cual es la norma aplicable al asunto, debe tenerse en cuenta que aunque en principio se tendría que la norma aplicable por ser la vigente para la época de los hechos es el Decreto 2090 de 2003, no puede pasarse por alto que, dicha normativa en el artículo 6, contemplo lo siguiente:

“ARTÍCULO 6o. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

PARÁGRAFO. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.”

Conforme se desprende de la norma citada para ser beneficiario del régimen de transición y que le resultare aplicable lo dispuesto en la norma anterior, esto es, el Decreto 1281 de 1994, se debía contar con 500 semanas de cotización especial a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, esto era, al 28 de julio de 2003, debiéndose tener en cuenta que si bien tal y como lo refiere el a quo uno de los aspectos que se cuestionó frente a la referida norma era la exigencia de las 500 semanas de cotización ya que la acreditación de las semanas referidas era imposible de realizar por razones cronológicas si se tomaban las fechas de vigencia de los decretos, no puede pasarse por alto que la referida norma fue objeto de análisis de constitucionalidad, siendo declarado condicionalmente exequible en sentencia C-663 de 2007, bajo el siguiente entendimiento:

"(...)

7.1. La Corte procederá, por las razones anteriores, a declarar la exequibilidad condicionada del artículo 6° del Decreto Ley 2090 de 2003 acusado con el fin de remover este obstáculo al acceso al régimen de transición pensional. Para ello se tomará en cuenta la interpretación más favorable a los trabajadores, que es aquella que les permite acreditar el número de semanas de cotización para mantenerse en el régimen de transición, con las semanas cotizadas en los diferentes regímenes previos donde tales actividades hayan sido jurídicamente calificadas como de alto riesgo, así tales cotizaciones no tuvieran el carácter de "especiales" al momento de entrar a regir el Decreto 2090 de 2003. De esta manera, no serán exigibles 500 semanas de "cotización especial" ni un mínimo de semanas de "cotización especial". Dicho de otro modo, en atención a la perspectiva naturalista y jurídica descritas previamente sobre el límite establecido por el legislador con el régimen de transición fijado en el artículo 6° del decreto acusado, es claro que para permitir el acceso de los trabajadores de alto riesgo al régimen de transición descrito, deben valer dentro de las 500 semanas de cotización especial aquellas semanas de cotización que pueda acreditar el trabajador efectuadas en cualquier actividad previa a ese decreto, que hubieren sido calificada jurídicamente como de alto riesgo y no sólo las cotizaciones de carácter "especial" derivadas del Decreto 1281 de 1994. Dicha calificación jurídica puede haberse plasmado en diferentes tipos de regulación especial en materia pensional en razón del riesgo asociado a la actividad efectuada, v.gr, (i) regulaciones que establecían una cotización especial, (ii) normas que clasificaban la actividad como de alto riesgo, (iii) o un régimen especial de orden pensional justificado por la necesidad de protección especial de la actividad y del trabajador que la realiza exponiéndose a riesgos. Así también se acoge la interpretación más favorable al trabajador.

En ese sentido se declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, por el cargo analizado, en el entendido de que para el computo de las "500 semanas de cotización especial", también se podrán acreditar aquellas semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo.

(...)"

Así las cosas, se procederá a revisar si el demandante para el 28 de julio de 2003 contaba con 500 semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiese sido calificada jurídicamente como de alto riesgo, evidenciándose que de las documentales allegadas al plenario solo es posible establecer como se profundizará más adelante que este tipo de cotizaciones se efectuaron a partir del 8 de marzo de 1995, por lo que para el 28 de julio de 2003 (entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003), no se contaba con las semanas necesarias para conservar el régimen de transición, por lo que el asunto debía analizarse a la luz de lo contemplado en el Decreto 2090 de 2003 y no como se señaló por el a quo, debiéndose precisar que la vigencia del referido Decreto fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2024, por lo que, para pensionarse conforme a lo dispuesto en el mismo, debe acreditarse el cumplimiento de los requisitos antes de dicha data.

Así, se tiene que el artículo 2° del Decreto 2090 de 2003, considera como actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores, dentro de otras la siguiente:

4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.

Por su parte, el artículo 3° de la referida normatividad, establece que los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades allí indicadas, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos contemplados en el artículo 4°, que a saber, son:

1. Haber cumplido 55 años de edad.
2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el

158
B

artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

La edad para el reconocimiento de esta prestación se disminuirá en 1 año por cada 60 semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.

De conformidad con el anterior marco normativo, pasa la Sala a verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos a efectos de establecer si al actor le asiste el derecho que reclama. Para ello, se verificará en primer lugar si el actor desempeñó actividades de alto riesgo por lo menos durante 700 semanas. Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien la norma exige efectuar la cotización especial por dicho período de tiempo, el reiterado criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sentado que el alcance de ese precepto implica la verificación de que la actividad cumplida por el trabajador corresponda a las catalogadas como de alto riesgo, así el empleador haya incumplido con el deber de esa cotización adicional, pues no puede ser el afiliado quien corra con las consecuencias negativas de tal omisión, por lo que la administradora de pensiones una vez satisfechos los demás requisitos legales, debe proceder al reconocimiento de la prestación. Ello, sin perjuicio de que la entidad de seguridad social pueda reclamarle al empleador que no satisfizo la obligación del aporte especial o que el juez lo imponga por tratarse de una obligación legal (sentencia SL 585-2013). Por tanto, no resulta pertinente que el juzgador verifique en el proceso si en efecto el empleador realizó la cotización especial a la entidad de seguridad, pues la omisión en su pago no puede ser un obstáculo ante un eventual reconocimiento de la pensión especial de vejez.

Atendiendo el anterior criterio, se advierte que de los certificados que obran de folio 24 a 25 del expediente, se desprende que el demandante prestó sus servicios a INCOLBEST S.A. desde el 8 de marzo de 1995 y por lo menos hasta el 24 de julio de 2018 (fecha de expedición de la certificación), desempeñándose como operario de producción y

refiriéndose que "(...) el empleado en el desempeño de su cargo ha desarrollado los siguientes roles polivalentes en los procesos de la planta, todos con exposición al material de alto riesgo ASBESTO CRISOTILO", así mismo, en la certificación expedida por la ARL SURA, el 19 de diciembre de 2017, se indicó "(...) se evidenció que esta en el cargo de operario de Producción, Planta Materiales de Fricción, estando en exposición a polvo asbesto crisotilo – ARL SURA certifica que la clase de riesgo cotizado por INCOLBEST S.A. para el cargo fue clase V con un porcentaje del 6.960%".

Respecto a la condición de cancerígeno del ASBESTO, la organización mundial de la Salud, en informe del año 2015, indicó "El Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer ha clasificado el asbesto (actinolita, amosita, antolita, crisotilo, crocidolita y tremolita) en la categoría de sustancias carcinógenas para el ser humano. La exposición al crisotilo, la amosita y la antolita, así como a mezclas con crocidolita, aumenta el riesgo de desarrollar cáncer de pulmón. Se han detectado casos de mesotelioma tras la exposición laboral a la crocidolita, la amosita, la tremolita y el crisotilo, así como en poblaciones residentes en las cercanías de fábricas y minas de asbesto, y en personas que conviven con trabajadores que manipulan estos minerales.", con lo que se acredita la actividad de alto riesgo desplegada por el demandante al laborar con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.

Ahora bien, como el actor nació el 29 de noviembre de 1967, se tiene que cumplirá los 55 años de edad el 29 de noviembre de 2022 y dado que cuenta con 1497,72 semanas cotizadas de las cuales 1.218 serían de alto riesgo, atendiendo la normativa que regula la materia por cada 60 semanas de cotización adicional a las mínimas requeridas se disminuirá en un año la edad, sin que la misma pudiera ser inferior a 50 años, se tendría lo siguiente:

SEMANAS MÍNIMAS (Art. 9 Ley 797/03)	SEMANAS CON COTIZACIÓN ESPECIAL	REDUCCIÓN
1300	700	55
1360	760	54

¹ Asbesto Crisotilo. Organización Mundial de la Salud 2015. Recuperado de: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/1178803/97892243564814_spa.pdf?sequence=1

1420	820	53
1480	880	52
1540	940	51
1600	1000	50

Por lo que se entiende que la fecha de causación del derecho lo fue el 27 de noviembre de 2019 *-fecha en que probó la edad de 52 años-* no obstante, como para la calenda en que se profirió la sentencia de primera instancia, el afiliado aún continuaba cotizando ya que no se aportó soporte que acreditara su desafiliación del sistema, máxime que en el reporte de semanas cotizadas actualizado a 2019 se registró en el estado de afiliación “Activo Cotizante”, el disfrute de la pensión, tal como lo consideró el juez de primera instancia, será partir de la fecha en que se desafilie del sistema, teniendo en cuenta para hallar el Ingreso Base de liquidación, lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con los últimos diez años o las cotizaciones realizadas durante toda la vida laboral, según le sea más favorable, sin que la cuantía sea inferior al salario mínimo y percibiendo 13 mesadas anuales.

En conclusión, el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por actividad de alto riesgo, desde el preciso momento en que se desafilie del sistema, ello por cuanto la norma que regula la causación y disfrute de la pensión de vejez es el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, siendo pertinente precisar que si bien esta normatividad no fue en virtud de la cual le fue realizado el reconocimiento al demandante, la misma le es aplicable al regular aspectos generales sobre esta prestación y sigue vigente en tanto no se entiende derogada por la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, como quiera que el artículo 31 de la mencionada ley dejó vigentes las disposiciones regulatorias de los seguros de invalidez, vejez y muerte, así se tiene que la norma en comento señala:

“ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ.
La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”

Igualmente, conviene recordar lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL281-2020 de Radicación No. 72149, en donde sobre el requisito de desafiliación se indicó:

(...)

De manera reiterada esta corporación ha dicho que el disfrute de la pensión de vejez está condicionado, en principio, a la desafiliación formal del sistema, tal y como se señaló en la sentencia CSJ SL15091-2015:

En ese orden, es evidente y surge nitidamente del precepto en comentario (artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990) que, para poder entrar a disfrutar de la pensión de vejez, es necesaria la desafiliación del sistema, lo que consecuentemente indica que mientras no exista esa desafiliación, el pensionado no puede recibir el importe de la mesada. Y la censura, en este punto, sostiene que la dicha situación no tiene cabida cuando se trata del reajuste de una pensión ya reconocida, pero si cuando se solicita el reconocimiento de una pensión de vejez desde una fecha anterior a la desafiliación y posterior a la estructuración de la pensión. Sin embargo, para la Sala tal distinción es irrelevante, porque en cualquier caso se necesita la desafiliación para entrar a disfrutar de la pensión de vejez. Si el Instituto reconoce una pensión desde su causación y sin mediar la desafiliación del sistema del pensionado –que continúa cotizando– la empieza a pagar, sin duda contraviene el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

Con base en lo anterior, no puede deducirse del cumplimiento de los requisitos la desafiliación del sistema, pues el afiliado cuenta con la posibilidad de seguir cotizando, toda vez que esos aportes adicionales pueden tener como propósito completar el requisito de semanas exigido para adquirir el derecho o incrementar el monto pensional cuya cuantía queda determinada en el momento de dicha causación.

En consecuencia, la cesación de pagos no supone per se la desafiliación del sistema, pues son dos instituciones jurídicas diferentes, tal y como se expresó en la sentencia CSJ SL5515-2016, que reiteró lo dicho en la SL 6035-2015:

[...] no es exacto afirmar que la desafiliación del sistema de pensiones pueda presentarse de manera tácita, como que supone un acto de declaración de voluntad, bien sea del empleador o del afiliado, que, desde luego, debe ser conocido por la entidad de seguridad social respectiva, que habrá de tomar las medidas administrativas correspondientes para que el afiliado pueda considerarse excluido del sistema.

Por otra parte, la falta de cotizaciones no supone necesariamente la desafiliación, porque la afiliación al sistema se mantiene así no existan cotizaciones, de modo que se trata de figuras jurídicas que, aunque íntimamente vinculadas y complementarias, son distintas.

(...)

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, esta sala ha admitido algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, como es el caso en que el afiliado continúa cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo; por lo que se ha indicado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han

15

completado los requisitos (CSJ SL 34514, 1 sep. 2009; SL 39391, 22 feb. 2011; SL 38558, 6 jul. 2011; SL 37798, 15 may. 2012).

En el caso en que el afiliado no continúe cotizando y su empleador no presente la novedad de retiro, solo en razón de esa conducta omisiva, no se puede negar la prestación, ella debe concederse desde el momento mismo del cumplimiento de la totalidad de los requisitos. Así lo ha señalado esta sala en sentencias como la CSJ SL 35605, 20 oct. 2009, SL4611-2015, SL5603-2016 y SL1744-2019, en la que se señaló:

(...)

En este orden y sin perjuicio de que el retiro del sistema sea una condición necesaria para el disfrute de la pensión, en la práctica esa voluntad puede manifestarse de diversas maneras y no simplemente con la prueba formal de la novedad de retiro. Pero tampoco es admisible que el demandante pretenda beneficiarse de su inactividad, pues, como lo resaltó Colpensiones, que desde el cumplimiento de los requisitos (30 de abril de 2010, toda vez que la última cotización la efectuó en el ciclo de octubre de 2009) hasta la fecha de la solicitud pensional (20 de junio de 2013), transcurrieron más de 3 años, sin ninguna razón válida.

(...)"

De conformidad con la normatividad y jurisprudencia citada se tiene que tal y como lo señaló el a quo, la regla general para empezar a recibir la pensión es la desafiliación del sistema, sin embargo, de manera excepcional pueden existir situaciones especiales que conducirían a realizar el reconocimiento sin que esto hubiese operado, por ejemplo, cuando el afiliado continúa cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocerle la pensión.

No obstante, la anterior situación no es la que se presenta en el caso que nos ocupa en la medida en que para la fecha en que se presentó la reclamación pensional no se reunían los requisitos para acceder a la pensión especial de alto riesgo, pues como quedó sentado en líneas anteriores, ello solo fue posible para el momento en que el demandante cumplió con 52 años, data para la cual contaba con 1497, 72 semanas cotizadas de las cuales 1218 eran cotizaciones especiales, de lo que se colige que no existió conducta renuente de COLPENSIONES en reconocerle la pensión, pues por el contrario ello permitió que se cumplieran con los requisitos con posterioridad.

Finalmente y respecto al reparo presentado por la apoderada de COLPENSIONES, en donde indicó que su representada ya había realizado el reconocimiento pensional al demandante e incluso que el mismo había

solicitado reliquidación de la prestación, no puede pasarse por alto que este aspecto tan solo se señaló en los alegatos presentados antes de la sentencia de primera instancia y sin embargo, no se allegó soporte del mismo tal y como dejó constancia por el a quo en la sentencia, aspecto que si bien se reitero en el recurso planteado en donde además se adujo que se allegaría el soporte, ello tampoco ocurrió y por el contrario se advierte que en los alegatos presentados en esta instancia, sobre el particular nada se menciona recogiendo los argumentos expuestos en el libelo de contestación inicial, en ese sentido y toda vez que solo es posible fallar atendiendo lo que resulte acreditado en el expediente, no resulta procedente lo solicitado por Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

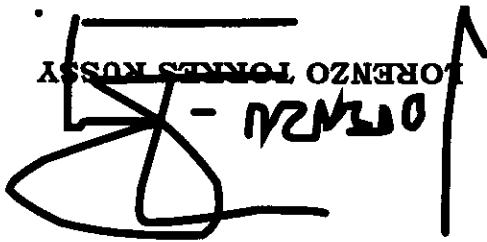
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 11 de diciembre de 2020, pero de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

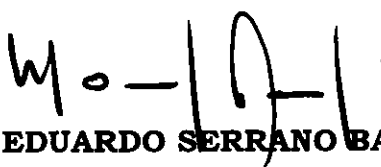
Los Magistrados,


LORENZO TORRES KUSSY

146
143



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

000000

YERONAI SUTTOROF 000000
Secretaria de la Leboral

21 DEC 15 PM 3:38

1000 0000

ef



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA ELINA HERNANDEZ MEDINA contra JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II.

RADICADO: 11001 3105 001 2016 00806 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el curador ad-litem contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de marzo de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por la apoderada de la demandante en donde solicitó despachar desfavorablemente las suplicas de su contraparte como quiera que la JUNTA DE ACCION COMUNAL PROTECHO BOGOTA II fue notificada dentro del término establecido en el artículo 94 del Código General del Proceso, teniendo en cuenta las notificaciones establecidas por los artículos 291, 292 y 293 del mismo código con el auto admisorio de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió que se declare que entre ella y la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II, existió un contrato de trabajo a término indefinido sin solución de continuidad desde el 22 de junio de 2012 hasta el 31 de agosto de 2015, el cual terminó por voluntad del trabajador, en consecuencia, se condene a la demandada a pagar las cesantías, prima de servicios y vacaciones causadas por los años 2012, 2013, 2014 y 2015, así como, se cancele la indemnización moratoria por no consignación de cesantías en las siguientes sumas: \$27.200.000 por el año 2012, \$19.600.000 por el año 2013 y \$9.600.000 por el año 2014 y a pagar la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del código sustantivo de trabajo por no habersele cancelado a la terminación del contrato los salarios y prestaciones debidas.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que el 22 de junio de 2012, celebró contrato de trabajo verbal a término indefinido con la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II, para desempeñar el cargo de controladora y auxiliar de parqueo con manejo de dinero de los garajes 1 y 2 operados por la junta en el sur de la ciudad, que se pactó como salario la suma de \$800.000 pagaderos mensualmente, que el turno de trabajo era de 12 horas de 6:00 am a 6:00 pm o de 6:00 pm a 6:00 am de lunes a domingo, que sin dar por terminado el vínculo laboral el patrono le hizo suscribir contratos de prestación de servicios para los periodos del 1° de abril de 2013 al 30 de junio de 2013 y otro de 4 meses en 2014, que la relación contractual se mantuvo sin solución de continuidad por un término de 3 años 2 meses y nueve días hasta el 31 de agosto de 2015, fecha en la cual decidió renunciar al cargo y que durante la relación laboral el patrono no consignó cesantías a fondo alguno ni le pagó las prestaciones de ley.

Como fundamento normativo, citó el artículo 53 de la Constitución Nacional, los artículos 22, 57, 65, 249 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 74 y ss del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, así

como, la Sentencia de la Corte Constitucional C- 555 del 6 de diciembre de 1994.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El curador ad litem, dio contestación (fl. 69-74), en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, refiriendo que nunca existió un contrato de trabajo entre la demandante y su representada con los extremos cuya declaración se pretende, igualmente, señaló qué se encontraba prescrita cualquier acción atendiendo a lo dispuesto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo, 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y 94 del Código General del Proceso, como quiera que habían transcurrido más de 3 años desde la supuesta terminación del contrato de trabajo cuya existencia se reclamaba, sin qué tal afirmación constituyera allanamiento a las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones previas de prescripción y caducidad y como excepciones de fondo el cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, prescripción y caducidad, compensación, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de marzo de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de una relación laboral celebrada entre la demandada JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II y la demandante MARÍA ELENA HERNÁNDEZ MEDINA identificada con C.C. No. 51.922.235 con vigencia entre el 23 de julio de 2012 y el 13 de agosto de 2015 conforme lo motivado.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II pagar a la demandante MARÍA ELINA HERNÁNDEZ MEDINA identificada con la C.C. No. 51.922.235 las siguientes sumas de dinero por los conceptos que se indican a continuación:

- La suma de un millón ochenta y tres mil novecientos catorce pesos moneda legal (\$1.083.914) por concepto de auxilio de cesantía.*
- La suma de un millón ochenta y tres mil novecientos catorce pesos (\$1.083.914) por concepto de prima de servicios.*
- La suma de quinientos cuarenta y un mil novecientos cincuenta y siete moneda corriente (\$541.957) por concepto de vacaciones.*

-La suma de Trece millones seis mil novecientos sesenta y ocho pesos moneda corriente (\$13.006.968) por concepto de indemnización por no consignación a fondo de cesantías
-La suma de Veintitán mil cuatrocientos setenta y ocho PESOS MONEDA CORRIENTE (\$21.478) daños a partir del 13 de agosto de 2015 y hasta que el pago se verifique, por concepto de indemnización moratoria.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda según lo expuesto.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada en el presente asunto."

Como fundamento de su decisión, argumentó que existió un contrato de trabajo entre las partes, en virtud del cual la demandante desplegó funciones en el parqueadero de propiedad de la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II, lo cual coligió de las planillas allegadas a folios 19 a 93 del expediente, documentos que no habían sido tachados ni desconocidos, encontrando probado la relación laboral entre el 23 de julio de 2012 al 13 de agosto de 2015, sin embargo, precisó que como no se había encontrado acreditado el salario que adujo la actora (\$800.000), se tendría como devengado el salario mínimo mensual legal vigente.

Respecto a la prescripción indicó que como la relación laboral terminó el 13 de agosto de 2015 y la demanda se presentó el 18 de noviembre de 2016, no habían acaecido los 3 años contemplados en los artículos 151 del C.P.T. y S.S. y 488 del C.S.T., no obstante, se declararía parcialmente probada la excepción con anterioridad al 18 de noviembre de 2013, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda.

Finalmente, respecto a las indemnizaciones moratorias ambas surgían por el incumplimiento y gozaban naturaleza sancionatoria por lo que estaban condicionadas a la valoración de la buena fe o mala fe en la conducta desplegada por el empleador, en consecuencia, como no se advirtió la consignación de las cesantías ni el pago de las acreencias laborales y no se desvirtuó la mala fe, se procedió a su reconocimiento.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El curador ad – litem de la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II, solicitó la revocatoria en su integridad de la sentencia al considerar que no se habían probado los extremos de la relación laboral con los documentos que se aportaron, ya que ninguno de los documentos aportados se encontraba suscrito, adicionalmente , señaló que ninguno de los testigos ni la propia demandante dio cuenta de las fechas exactas del inicio y presunta terminación de la relación y que las actas aportadas no eran pruebas, que tampoco existía prueba alguna sobre el monto del presunto salario acordado, igualmente, destacó debía darse plena aplicación a la prescripción, ya que esta no fue debidamente interrumpida, como quiera que al presentarse la demanda en el año 2016 no fue notificada, tal como exige el Código General del Proceso dentro del año siguiente a la interposición de la demanda sino en data posterior, finalmente, respecto a la imposición de la sanción moratoria, argumentó que no existía mala fe de su representada y que si bien la demanda se contestó curador teniendo en cuenta que no fue posible la notificación de la misma, dicho hecho no conducía necesariamente a considerar que existía una mala fe de parte de su representada.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba viable determinar que, entre las partes, existió contrato de trabajo desde el 23 de julio de 2012 hasta el 13 de agosto de 2015, como se determinó por el a quo, y en caso afirmativo estudiar si resulta procedente acceder a las condenas pretendidas con la demanda.

Para resolver lo pertinente, se debe considerar que el Código Sustantivo del Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio*

personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”.

A su vez el artículo 23 de la referida norma, subrogado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, 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 y c) un salario como retribución del servicio.

El artículo 24, subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 2º, establece una presunción según la cual, toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo. La jurisprudencia y la doctrina han aceptado al respecto, que si concurren los elementos de actividad personal y remuneración, el otro elemento que contempla el literal b) del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación, se debe presumir salvo prueba en contrario. Por ello, si se acredita que hubo un servicio personal y remunerado, debe quien pretenda desconocer la presunción legal del citado artículo 24, probar que no existió el elemento subordinación en esa relación.

Es preciso señalar que, como es bien sabido y según el principio de la carga probatoria, corresponde a quien es demandado en calidad de empleador por incumplimiento de obligaciones a su cargo, contraprobar las omisiones que niega que, al no desvirtuar, se dan por ciertas. De igual forma, que los hechos declarados que no tengan esta característica de negaciones indefinidas son susceptibles de probarse por quien los interpela y que al hacerlo asume tal carga, por lo cual deviene la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de los efectos jurídicos que persiguen.

95

En este caso, la parte demandante con miras a probar la existencia del contrato de trabajo, allegó 2 contratos de prestación de servicios de fechas 1 de abril de 2013 (fl. 9-11) y otro del año 2014¹ (fl. 12 -17), los cuales carecen de suscripción y/o firma por las partes, así mismo, se allegaron unas páginas de lo que parece ser una bitácora de control de vigilancia de unos parqueaderos en la que se reportan las novedades a la entrega y/o salida del turno (fl. 19 -93).

También se recibió el interrogatorio de parte de la demandante, en el que la misma señaló que ejecutó las funciones como controladora consistentes en recibir y despachar los carros de un parqueadero, así como manejar dinero, que tuvo un contrato verbal con la demandada desde junio de 2012 y terminó por renuncia en agosto de 2015, que la persona que la contrató fue el señor JORGE PATIÑO (Presidente de la JAC PROTECHO BOGOTÁ II), que prestó su servicios en los parqueaderos 1,2 y 4 del barrio Protecho del cual no tenía la dirección pero era en el barrio de la Junta de Acción Comunal del barrio Protecho, que dejó de prestar los servicios para la demandada porque el señor JORGE PATIÑO, le hizo un contrato de 3-4 meses y además un documento donde decía que tenía que hacer un empalme con otra empresa, que a los 2 meses ella pidió la liquidación y no se le dio nada, aclaró que inicialmente tuvo un contrato verbal y luego un contrato por prestación de servicios, que en ese contrato de prestación de servicios se comprometió a tener un horario de 12 horas, que quien verificaba y controlaba el cumplimiento del horario de 12 horas era el Señor JORGE PATIÑO, al cuestionársele por las razones de su renuncia reiteró que por mala fe del Señor JORGE PATIÑO en hacerle firmar unos contratos y un documento dónde decía que ella estaba a paz y salvo con él.

Igualmente, se recibieron los testimonios de los señores ARQUÍMEDES MORENO DÍAZ, quien refirió conocer a la demandante hacia 15 años por vivir en el barrio Protecho y porque en esa época se contrataba a la misma gente del barrio para hacer la vigilancia, que él fue tesorero de la JAC PROTECHO II en periodo anterior al que la

¹ Sin fecha específica.

demandante trabajó para la JAC, en su declaración dicho testigo aunque dio cuenta que la Señora MARÍA ELINA HERNÁNDEZ, prestó sus servicios como vigilante de parqueadero durante muchos años (cuidando los carros del parqueaderos) y contaba con un horario de 6:00 am a 6:00 pm o de 6:00 pm a 6:00 am, una semana de día y otra de noche, no tiene conocimiento de como fue la vinculación de la demandante o si suscribió contrato, ni tiene precisión de las fechas en que la demandante trabajó al servicio de la demandada, así como tampoco supo quien la contrató o el monto del salario, ni tiene conocimiento del motivo por el que ésta dejó de prestar servicios.

Por su parte, MIREYA PULIDO SANABRIA, indicó haberse desempeñado como Presidente de la JAC PROTECHO II, que conocía a la demandante desde hacía 11 años, que la labor que prestaba la demandante al servicio de la JAC cuando ella (testigo) ingreso a la JAC, consistía en unos turnos porque no tenía ningún tipo de contrato, precisando que la demandante inicialmente laboró como un apoyo en las horas pico del parqueadero de 6:00 pm a 10:00 pm y posteriormente se le cambió el contrato y se le hicieron las afiliaciones de ley y cumplía labores de 6:00 am a 6:00 pm y se intercambiaba, al preguntársele a partir de qué fecha había sido cambiada la modalidad del contrato y quien dio la autorización para el mismo, manifestó que no recordaba las fechas que lo que estaba narrando era del 2012, que ella se posesionó para la fecha en que se posesionaban todas la juntas que cree que fue el 20 de julio y que solo recordaba que le cambiaron al personal el contrato en la medida de las posibilidades económicas del barrio, que como habían pasado tantos años no recordaba el valor con el que se le remuneraba, pero que esos documentos debían reposar en los archivos de la junta, que ella estuvo aproximadamente un año en la presidencia de la JAC, no obstante, la fechas tampoco las recuerda porque una fecha era en la que se renunciaba y otra en la que se entrega como tal el cargo, entonces solo recordaba que estuvo hasta el año 2013 posiblemente hasta agosto-septiembre de dicho año, que no sabía hasta que momento prestó sus servicios la demandante, que solo podía decir que después de ella, hubo 3 administraciones hasta la actual, que vio a la demandante trabajando

con la actual administración pero que debía precisar que la misma llevaba 6 años, siendo el actual presidente el Señor JORGE PATIÑO, pero que desconocía si este señor contrató o no a la demandante máxime que ella tenía conocimiento que se hacían 2 contrataciones una con empresa de vigilancia y otra con particulares.

Finalmente, se recepcionó el testimonio del señor DANIEL GUIZA, quien manifestó haber sido compañero de trabajo de la demandante durante 1 año, que trabajaron como vigilantes, que la demandante trabajaba en el parqueadero dos (2) y él en el uno (1) de PROTECHO, que no recuerda la fecha en que él había sido contratado, lo que recuerda era que trabajaban en el parqueadero 12 horas de día y 12 de noche y cambiaban, que los contrató la Junta, que a él lo contrato directamente el presidente MIGUEL AVENDAÑO, pero a la demandante no sabía que presidente la había contratado y que cuando entró JORGE PATIÑO como presidente de la Junta los retiró porque contrató vigilancia privada y no les pagó nada, que no tiene presente la fecha de terminación solo recuerda que cuando entró el nuevo presidente los retiró, respecto al salario indicó que en este entonces cuando el trabajaba recibían \$760.000, al preguntársele porque le constaba ello, refirió que les pagaban por igual, porque al compañero de él de nombre Luis también le pagaban lo mismo y les pagaban en efectivo.

Así las cosas, del acervo probatorio recaudado en el expediente, lo primero que debe señalarse es que no obra documental alguna de la que pueda determinarse o inferirse la existencia de una relación laboral entre la JUNTA DE ACCION COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II y MARIA ELINA HERNANDEZ MEDINA, pues respecto de los contratos de prestación de servicios allegados, no existe certeza sobre su elaboración y por tanto no pueden ser atribuibles a ninguna de las partes, en tanto, no se encuentran firmados y como la demandada se encuentra representada por curador no le era dable hacer alguna manifestación ante estos, frente a las páginas de la bitácora aunque es posible leer el nombre de la demandante en algunos apartes, no es posible establecer que la actividad desplegada fuera en favor de la demandada pues esta bitácora

no cuenta con sello, membrete, firma y/o recibido alguno de la demandada ni es posible establecer el lugar de ubicación de los parqueaderos a los que se hace alusión, ya que algunas páginas tan solo cuentan con un sello “REVISTA SUPERVISOR BMA 3666” lo cual en forma alguna puede asociarse con la demandada.

Ahora bien, de los testimonios vertidos por los señores ARQUÍMEDES MORENO DÍAZ, MIREYA PULIDO SANABRIA y DANIEL GUIZA, se desprende que en efecto había una prestación personal del servicio de la señora MARIA ELINA HERNANDEZ para la demanda JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II, pues estos fueron claros en señalar que la demandante prestaba sus servicios como vigilante en los parqueaderos de propiedad de la Junta de acción comunal, con lo que se activa, la presunción de existencia de un contrato de trabajo.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la parte actora no puede aspirar al reconocimiento de un contrato laboral, solamente con la presunción legal prevista en el art. 24 del C.S.T. subrogado por la Ley 50 de 1990, art. 2°, por cuanto la misma, puede ser desvirtuada con el acervo probatorio que legalmente se practica en el juicio ante el juez laboral, pero en todo caso, se debe partir de la existencia de un hecho probado, el de la prestación del servicio, su remuneración o salario y sus extremos temporales, para que en esa medida, cobre vigencia la aplicación de las presunciones, sobre la base de ese hecho conocido.

En este sentido se ha manifestado la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, así:

“La presunción legal a que se refiere el artículo 24 no define necesariamente la contienda, con imposición de derecho. Su virtud consiste en relevar al trabajador de toda otra actividad probatoria, en torno a la existencia del vínculo contractual; pero si la única que está obligado a desplegar conlleva la negación de la subordinación, mal puede lograrse el reconocimiento de un contrato de trabajo. Todavía más: si la presunción resulta desvirtuada por cualquier otra probanza, así provenga ella del propio trabajador, el resultado desestimatorio será el mismo, pues una cosa es la ventaja probatoria que implica la presunción legal y otra muy distinta la definición de la litis por el

mérito de las pruebas". (Ver entre otras, CSJ, Cas. Laboral, sentencia abr. 9/65, Rev. D. del T. N° 244-46, pág. 163.)

De igual forma, debe tenerse en cuenta que la Jurisprudencia ha sido reiterativa y pacífica en señalar, entre otras en la SL676-2021 10/02/2021, que enuncia:

"Quien pretenda la declaratoria de un contrato de trabajo, debe acreditar, por lo menos la prestación personal del servicio y los extremos temporales en los cuales afirma se desarrolló la labor, para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del CST".

De acuerdo con lo anterior, se tiene que en el caso bajo estudio se encontraría pendiente acreditar el extremo inicial y final de la relación laboral, porque en este caso particular se tiene que los testigos ARQUÍMEDES MORENO y DANIEL GUIZA, desconocen cuándo empezó a prestar sus servicios MARIA ELINA HERNANDEZ, para la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II y en qué momento dejó de prestar los servicios para la misma, pues así se señaló expresamente en sus declaraciones en donde si bien dan cuenta de los servicios prestados por la demandante como vigilante de parqueadero de la JAC de Protecho, el primero al indicar que era residente del barrio y la vio prestar los servicios y el segundo al haber sido compañero de trabajo, sin que en todo caso, dichos extremos pudieran colegirse de las vinculaciones que tuvieron los testigos con la demandada, pues el señor MORENO refirió haber prestado sus servicios como tesorero para la junta de acción comunal durante 6 años en periodo anterior al que la demandante prestó servicios para la demandada sin señalar concretamente cuando había dado dicha vinculación y el señor GUIZA no recordaba cuando se había dado su propia vinculación, solo que había prestado sus servicios por un año y que cuando entró a la presidencia el señor Jorge Patiño retiró al personal por cambio a contratación de vigilancia privada.

En igual, sentido se rindió declaración por la señora MIREYA PULIDO, de cuya declaración se desprende que desconoce los extremos de la relación laboral sostenida por la demandante con la demandada en tanto que cuando ella ingreso a la presidencia de la JUNTA DE ACCIÓN

COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II la demandante ya prestaba servicios para la junta y cuando ella terminó la presidencia la señora MARIA ELINA HERNANDEZ, continuó prestando servicios para la junta, adicionalmente, los extremos tampoco pueden determinarse de la vinculación que la testigo sostuvo con la demandada en la medida, en tanto que refirió que cuando ella ingresó a la presidencia de la JAC la demandante venía prestando unos turnos de apoyo durante las horas pico del parqueadero de 6:00 a 10:00 pm y posteriormente se le cambió el contrato prestando los servicios de 6:00 am a 6:00 pm y viceversa, sin embargo, refirió que no recordaba con exactitud cuando se había hecho ese cambio, que lo que ella narraba era del 2012, pues se posesionó para la fecha en que se posesionaban todas la juntas que creía que ello había ocurrido el 20 de julio y en todo caso refirió haber prestado sus servicios por aproximadamente un año que las fechas tampoco las recordaba pero posiblemente había sido hasta agosto-septiembre de 2013, enfatizando no saber hasta cuando se habían prestado los servicios por la demandante, pues si bien la había visto prestando servicios para la actual administración ésta llevaba 6 años y desconocía si el actual presidente de la JAC señor JORGE PATINO la había o no contratado, ello aunado a que la demandante en el interrogatorio de parte vertido puntualizó que quien la había contratado había sido el señor JORGE PATINO (presidente de la JAC PROTECHO), quien además era quien verificaba y controlaba el cumplimiento del horario y al que le presentó su renuncia con ocasión de decisiones adoptadas por el mismo tales como que la hizo suscribir un contrato de prestación de servicios, un documento de empalme con otra empresa y un paz y salvo, de lo que pareciera que el reproche de la relación laboral que se reclama sería respecto del periodo en que la demandante prestó servicios para la demandada cuando fungió como presidente de la JAC el Señor JORGE PATINO (que de acuerdo con lo señalado por los testigos fue la última administración), extremos que tampoco resultan acreditados.

Al confrontar esta Sala la decisión adoptada por el Juez de primer grado, con lo que acreditaron los medios probatorios que se practicaron a lo largo del proceso, se observa que la misma, no se ajusta a los

108

presupuestos facticos, pues no existe en el plenario, elemento de convicción alguno de donde se puedan establecer los extremos de la presunta relación laboral sostenida entre la JUNTA DE ACCION COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II y MARIA ELINA HERNANDEZ MEDINA, lo cual de manera inexorable conduce a la absolución de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y en consecuencia se procederá a revocar la sentencia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia expedida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C y en su lugar absolver a la demandada JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II, de las pretensiones incoadas en su contra por la Señora MARIA ELINA HERNANDEZ MEDINA.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

0000000

SECRETARÍA DE JUSTICIA
SECRETARÍA DE LA LEY

21 OCT 12 AM 11:31

RECIBIDO
2012

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

40-191