

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE YILDA PONCE YANCI contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **YILDA PONCE YANCI** se declare la nulidad del traslado efectuado el día 30 de diciembre de 1998 con la AFP PROTECCIÓN S.A. toda vez que la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de su situación personal y concreta, se **declare** la nulidad de la afiliación que se efectuó el 24 de enero de 2002, con la AFP COLFONDOS S.A. por existir engaño y asalto de su buena fe para que se trasladará del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, se **declare** la nulidad de la afiliación que se efectuó el 1° de diciembre de 2007 con el fondo OLD MUTUAL S.A. por existir engaño y asalto de su buena fe para que se trasladará del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual. Como consecuencia, de la declaratoria de nulidad de dichos traslados se **retrotraigan** las cosas a su estado anterior y se **ordene** a COLPENSIONES a tenerlo entre sus afiliados en el régimen de prima media como si nunca ese hubiera trasladado en virtud del regreso automático, se **condene** al pago de costas y agencias en derecho; y se **condene** ultra y extra petita (fl. 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 a 5), señaló en síntesis que se trasladó al fondo privado de pensiones y cesantías COLMENA hoy PROTECCIÓN el día 30 de diciembre de 1998, oportunidad en la cual el asesor no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual, en especial no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen pensional, que se trasladó a OLD MUTUAL el día 1° de diciembre de 2007, que nació el 21 de mayo de 1960, que la AFP OLD MUTUAL le realizó una simulación pensional dentro del plan de vida bajo la modalidad de retiro programado en la cual proyectó el valor de su mesada pensional para el año 2017 en la suma de \$2.360.000, que al realizarse la simulación pensional en el régimen de prima media conforme a lo contemplado en la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta los aportes efectuados durante los últimos 10 años aplicando una tasa de remplazo equivalente al 60,31% causada al 1° de agosto de 2017, obtendría una mesada de \$7.071.144, de lo cual se puede observar que la pensión le es ostensiblemente mayor en el régimen de prima media, que reclamó ante COLPENSIONES el 2 de octubre de 2018.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

OLD MUTUAL contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 5 y 6, parcialmente cierto el numeral 8, no ser cierto el numeral 7 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica (fls. 108 a 113).

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser cierto el numeral 6, no ser cierto el numeral 4 y 7; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (fls. 148 a 161).

PROTECCIÓN S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos admitió los numerales 1 y 4, no ser ciertos los numerales 2, 3 y 7, y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo validez de la

afiliación a PROTECCIÓN S.A., buena fe, inexistencia de vicio de consentimiento por error de derecho, prescripción e innominada o genérica (fls. 163 a 169).

COLPENSIONES igualmente se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos señaló ser ciertos los numerales 1, 4 a 6 y 12, no ser cierto el numeral 13 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos e innominada o genérica (fls. 178 a 191).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de julio de 2020 (CD – fl.222), **declaró** la ineficacia de la afiliación que hiciera la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad que su caso administra PROTECCIÓN S.A. para tenerla como válidamente afiliada a COLPENSIONES, **condenó** a OLD MUTUAL a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante con todos sus rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, **ordenó** a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante y se **abstuvo** de condenar en costas.

Fundamentó su decisión, la *a quo* hizo referencias a los diferentes pronunciamientos de la CSJ Sala Laboral relacionadas con el deber de información inicial por parte de las AFP al momento del traslado, arguyó que revisada la documental obrante dentro del proceso no se había podido concluir que POVENIR S.A. le otorgó un información suficiente, pues tan solo existen los formularios de afiliación a los distintitos fondos privados, lo cual no es prueba suficiente como bien lo ha establecido la CSJ Sala laboral.

Refirió que dentro del proceso se practicó interrogatorio de parte a la demandante, observándose que existieron varias contradicciones, pero dentro del mismo confesó que el asesor de ese entonces le habló sobre lo relacionado con el bono pensional y le hicieron análisis financiero, se le preguntó si le habían dicho cuánto iba a recibir en el entonces ISS y cuánto en el fondo privado, frente a lo cual contestó que sí, razón por la cual había decidido trasladarse de fondo, sin embargo, dichas confesiones no tiene la calidad de acreditar el resto de la información que se le dejó de brindar, por

ejemplo; no se le informaron los requisitos para pensionarse en uno u otro régimen, se le preguntó si se le había dicho algo respecto de la edad o porcentaje y dijo que no, tampoco de qué iba a depender de que se pensionará a una menor edad y menos aún se le mencionó el régimen de transición y su incidencia en el traslado de régimen, si bien también existieron contradicciones con la declaración extra juicio y lo confesado en audiencia, lo fue únicamente respecto de las preventas que ofrecía el fondo para el traslado, en lo demás sí fue coincidente como que el ISS se iba acabar, que no la acompañaron durante todos estos años y que no le otorgaron información diferente a la ya confesada, no siendo cierto como lo dice la parte demandada que la actora le informaron todas las características del RAIS, pues tampoco se le habló del capital que debía acumular, no se le dio ninguna característica adicional al análisis financiero, motivo por el cual la Juez declaró la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

OLD MUTUAL interpuso recurso de apelación indicando que el acto de afiliación que se llevó a cabo entre la demandante y PORVENIR S.A. es un acto sobre el cual no consta ninguna irregularidad de acuerdo al debate probatorio, tanto del interrogatorio de parte como de las documentales aportadas al proceso, era claro que a la demandante en la afiliación inicial se le brindó una información suficientemente amplia para que tomará la decisión más acertada respecto de su situación pensional o lo que ella pretendía de su situación pensional, pues como ella misma lo confesó el asesor de dicha entidad le mostró financieramente como se comportaría eventualmente tanto el RAIS como el régimen de prima media, motivo por el cual se puede inferir que además de esa información que se le brindó, hubo también más información adicional como respecto del bono pensional, si bien manifestó que no se informó sobre las modalidades de pensión y pensiones anticipadas, también es claro que en su interrogatorio de parte existen varias contradicciones.

En cuanto a los gastos de administración se indica que los mismos no se presentan o generan como una decisión caprichosa de la entidad, sino que se trata del cumplimiento y del deber que la misma norma le impone, pues el artículo 20 de la ley 100 de 1993, por una parte esos gastos se destinarán a cubrir eventualmente alguna situación de invalidez y muerte de la afiliada, por otra parte, generar rendimientos que efectivamente se generaron como se puede ver de la cuenta individual de la demandante, razón por el cual estos gastos no deberían ser retribuidos a COLPENSIONES pues sería un enriquecimiento ilícito más aun cuando SKANDIA al afiliarse a la demandante ante la apariencia de un negocio cobijado por la buena fe y

permeado por los principios constitucionales, toma y actúa conforme la norma la obliga, por lo tanto, solicita se revoque el fallo apelado.

COLPENSIONES argumenta su recurso señalando que debe tenerse en cuenta que la demandante guardó silencio por más de 22 años respecto de la información que le fue otorgada por parte de la AFP PROTECCIÓN el 30 de diciembre de 1998, lo que permite denotar un abandono respecto de su asunto pensional, tal y como puede verificarse del interrogatorio de parte, igualmente es claro que la demandante efectuó el traslado de régimen de pensional de manera libre y voluntaria, tal como también lo expresó en el interrogatorio de parte, pues indicó que nunca se había sentido coaccionada para efectuar el traslado de régimen pensional, en lo que respecta al abandono de su asunto pensional debe tenerse en cuenta que la la demandante faltó a su deber de diligencia y cuidado como consumidora financiera dada la naturaleza de los fondos en los cuales se afilió tal como lo precisa el Decreto 2241 de 2010 en su artículo 4°, por lo que no debió haber recaído responsabilidades a las demandadas, sino que de lo contrario debió haberse hecho pronunciamiento alguno respecto de esta situación por parte del despacho.

Debe tenerse en cuenta el interrogatorio de parte absuelto por la demandante ya que existieron varias contradicciones y confesiones por parte de ella que permiten inferir que sí tuvo asesoría por parte de los fondos privados, igualmente la juez hace mención que no haría pronunciamiento alguno respecto del régimen de transición y la expectativa legítima de la demandante, sin embargo, en las consideraciones indica que figuras como el régimen de transición no se le indicaron a la señora demandante al momento del traslado, lo cual en su sentir impulso a que se produjera la ineficacia del traslado, por lo tanto, solicita se haga un pronunciamiento sobre ello, por cuanto en lo que se refiere al régimen de transición claramente la demandante no es beneficiaria dado que al 1° de abril de 1994, contada con 33 años de edad y 152 semanas de cotización, también se tenga en cuenta la carga dinámica de la prueba.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y posteriormente a las AFPS COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar

a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

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

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

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

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora YILDA PONCE YANCI el 30 de diciembre de 1998 (fl.171), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A, posteriormente, se afilió a COLFONDOS S.A. el 7 de febrero de 2002 (fl.170) y el

10 de octubre de 2007, se afilió a SKANDIA hoy OLD MUTUAL en donde se encuentra actualmente, aportó también al régimen de prima media con prestación definida a través COLPENSIONES entre el 5 de mayo de 1991 al 31 de enero de 1999 (fl.23).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a las AFPS demandada se denota que la accionante al momento de suscribirlas dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de las Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento debieron informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

No siendo cierto como lo manifiestan los recurrentes que la demandante confesó en su interrogatorio que recibió la asesora exigida jurisprudencialmente, pues si bien manifestó que recibió por parte del asesor información financiera, es decir, se le hizo una proyección de la mesada pensional que obtendría en uno u otro régimen como también se le habló del bono pensional, lo cierto es que no le dijo bajo que modalidad sería como tampoco si para lograrlo debía realizar aportes adicionales, incluso manifestó la demandante que se le informó que se podía pensionar más joven pero no bajo que condiciones, tampoco se observa contradicciones con lo manifestado en la declaración extra juicio, pues ambos relatos coinciden en que una mejor mesada pensional, con menor edad y que el ISS se iba acabar fueron los motivos que la llevaron a tomar la decisión de trasladarse, situaciones que en realidad no sucedieron de la manera como le fue informado en su momento, observándose más de su confesión que verdaderamente desconoció y desconoce cómo verdaderamente se maneja su mesada pensional en el RAIS.

Nota también la Sala que la demandante indicó también en su interrogatorio que durante las veces que se cambio de fondo dentro del mismo RAIS le ofrecieron acceso a vivienda, lo cual conlleva a determinarse que los fondos solamente se limitaron a dar una información parcial enfocados más en los beneficios, sin dar pronunciamientos claros y certeros de como podía acceder a ellos para obtener una mejor mesada pensional, téngase en cuenta que la información que se da al momento del traslado debe ser total incluyéndose todos las menoscabos que ello implica.

Respecto del régimen de transición la Juez no se pronunció sobre ello, por cuanto para declararse la ineficacia del traslado no es un tema sobre el cual debe incidir y si bien para el momento en que se efectuó el traslado inicial la demandante no contaba con ese beneficio, por lo que el hecho de que el asesor no le hablado sobre ello, no incide en que no deba declararse la ineficacia solicitada, pues se reitera el asesor pasó por alto varia información importante para una decisión clara y certera.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP, pues era ella quien tenía que demostrar que tipo de información le brindó al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, tampoco era obligación del actor buscar a la entidad para que lo ilustrara sobre las distintas modalidades pensionales o para que le indicará sobre las diferencia de ambos regímenes, pues este deber le correspondía directamente a la AFP quien debió informarle desde el momento de la suscripción del formulario como durante su permanencia y el hecho de hubiera pasado 20 años para reclamar la ineficacia del traslado no implique que existió un descuido de su parte, de lo contrario, confirman que verdaderamente no conocía sobre las implicaciones del cambio de régimen y que tan solo las vino a conocer una vez llegada a la edad pensional.

Ahora, en cuanto a que la entidad no tenía la obligación del deber de información para el momento en que surtió el traslado, por cuanto se encontraba amparado por el Decreto 663 de 1993, el cual no plasmaba dicha obligación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, también se ha pronunciado al respecto, señalando que no puede alegarse *“que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito”* (CSJ SL12136-2014- reiterada en sentencia SL 1467 de 2021).

Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”*.

Finalmente, aludió a que Ley 795 de 2003, “*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*» recalcó en su artículo 21 este deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de “*poder tomar decisiones informadas*”.

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público (SL 1467 de 2021), de ahí que el traslado se torne ineficaz.

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 1688-2019, SL 2877-2020 y SL 1467-2021), entendiéndose que tal obligación está a cargo de cada uno de los fondos en que estuvo afiliado la demandante, tal y como lo sostuvo, en sentencia más reciente con radicado SL 1715 del 26 de abril de 2021, en la cual textualmente indicó:

*“Finalmente, en sede de consulta, se adicionará la sentencia, en el sentido de **ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, las sumas de dinero percibidas por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración,***

debidamente indexados, por el periodo en que ésta permaneció afiliada a esas administradoras.

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado”.

De ahí que, no resulta dable desconocer los criterios ampliamente reiterados por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo pretende la entidad accionada.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a OLD MUTUAL S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas OLD MUTUAL S.A. y COLPENSIONES, como quiera que sus recursos de alzada no salieron avante.

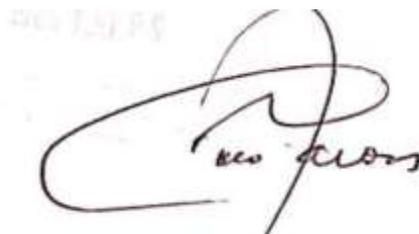
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP OLD MUTUAL S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP OLD MUTUAL S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

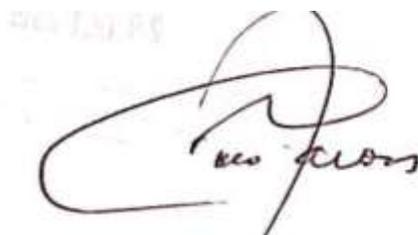


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP OLD MUTUAL y COLPENSIONES en la suma de \$1.000.000., para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ MARINA PARRA SALAMANCA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, DAISSY BENAVIDES DE ESTEPA y JOSÉ LUIS ESTEPA
PARRA como terceros ad excludendum**

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **LUZ MARINA PARRA SALAMANCA** se **declare** que en su calidad de compañera permanente tiene derecho al reconocimiento de la sustitución de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del causante ESTEPA GUERRERO ODILIO DE JESÚS. En consecuencia, se **condene** al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 23 de noviembre de 2012, se **condene** al pago de mesadas pensionales adicionales causadas dejadas de percibir, se **condene** a reajustes anuales hasta la fecha en que se realice el pago de conformidad con la Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, se **condene** al pago de intereses moratorios, se **condene** al pago de costas y se **condene** ultra y extra petita (fl. 4).

Pretende la señora **DAISSY BENAVIDES DE ESTEPA** se **declare** que convivió de manera permanente como cónyuge sobreviviente con el señor OIDILO DE JESÚS ESPETA GUERRERO desde el 26 de junio de 1941 y durante los últimos 5 años hasta el día de su fallecimiento 22 de noviembre de 2012, se **condene** a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle su retroactivo correspondiente desde su fallecimiento en cuantía del 100% del valor de la prestación que percibía el causante al momento de su deceso, se **condene** a que las sumas reconocidas sean debidamente indexadas y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho (fl.136 a 144).

JOSÉ LUIS ESTEPA PARRA solicita se **declare** que en su calidad de hijo del causante tiene derecho a que se le reconozca la pensión de sobrevivientes en un 50% (fls. 204 a 206).

Como hechos fundamento de las pretensiones, la señora **LUZ MARINA PARRA SALAMANCA** manifestó que nació el 18 de octubre de 1941, que el causante contrajo matrimonio con la señora DAISSY BENAVIDES DE ESTEPIA el 26 de junio de 1965 el cual se mantuvo hasta que el causante abandonó el hogar, iniciando una convivencia con ella el 1° de mayo de 1980 el cual perduró hasta su deceso, que a partir del 6 de mayo de 2002 la sociedad conyugal que existía entre el señor ODILIO DE JESÚS ESTEPIA y DAISSY BENAVIDES fue disuelta y liquidada, que el causante falleció el 22 de noviembre de 2012, que mediante resolución GNR 205519 del 14 de agosto de 2013 COLPENSIONES negó la pensión de sobrevivientes, que al causante se le reconoció pensión post mortem mediante resolución GNR 147509 del 20 de mayo de 2015 en cuantía de \$46.067.988 en favor de la señora MARÍA ESPERANZA BENAVIDES, que COLPENSIONES mediante resolución GNR 262979 del 28 de agosto de 2015, modificó la resolución 147509 del 20 de mayo de 2015 y reconoció un pago único a herederos, que el 24 de febrero de 2017, la señora DAISSY BENAVIDES DE ESTEPIA solicitó de nuevo la pensión de sobrevivientes y COLPENSIONES mediante resolución SUB 105094 del 22 de junio de 2017 negó el reconocimiento, frente a la cual se interpuso recurso de apelación el cual fue resuelto en resolución DIR 16871 del 2 de octubre de 2017, en el cual se confirmó la negativa pensional.

Por su lado, la señora **DAISSY BENAVIDES DE ESTEPA** relató que contrajo matrimonio con el causante el 26 de junio de 1965, en la Parroquia María Reina de Bogotá registrado ante la Notaria Tercera del Círculo de Bogotá, que de dicha unión procrearon 3 hijos todos mayores de edad, que la sociedad conyugal se disolvió y liquidó mediante escritura pública No. 556 del 6 de mayo de 2002, pero sin efectuarse la cesación de efectos civiles del matrimonio católico, que extramatrimonialmente el señor ODILIO DE JESÚS ESTEPIA y la señora LUZ MARINA PARRA SALAMANCA procrearon tres hijos todos mayores de edad, que el causante falleció el 22 de noviembre de 2012, en su lugar de residencia en la calle 34 sur No. 78 C-23 Blq. 17 entrada 5 y 6 apt. 205 Spmz 7 del barrio Kennedy de Bogotá, que era ella la beneficiaria en salud del causante y fue quien estuvo al cuidado del señor ODILIO DE JESÚS ESTEPIA por más de 1 año y medio anteriores a su muerte conviviendo en la misma residencia en donde habían vivido juntos durante 15 años, que la pensión le fue negada mediante resolución SUB 105094 del 22 de junio de 2017, que el día 4 de mayo de 2017, COLPENSIONES realizó una visita domiciliaria por intermedio de sus funcionarias LIZETH RAMIREZ con el fin de comprobar el domicilio y residencia del señor ODILIO DE JESÚS ESTEPIA en la carrera 78 G No. 7 B -20 Barrio Castilla, sin lograr verificar el mismo, puesto que allí funciona un jardín infantil el cual era de propiedad de la familia ESTEPA BENAVIDES durante 13 años y no en el verdadero domicilio y residencia donde convivió con ella durante 15 años, que fue ella quien siempre veló por su esposo hasta el día de su muerte (fls. 56 a 59).

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la actora, frente a los hechos dijo ser ciertos los numerales 1, 2, 6, 7, 9, 11 a 13, y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones

administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica (fls.29 a 44).

En relación a DAISSY BENAVIDES DE ESTEPA y JOSÉ LUIS ESTEPA PARRA contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas por ellos, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 3, 5, 7, 8, 11 a14, no ser cierto el numeral 2 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria y prescripción (fls. 227 a 243).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 11 de agosto de 2020, **condenó** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a favor de la señora DAISSY BENAVIDES DE ESTEPA, una pensión de sobrevivientes a partir del 23 de noviembre de 2012, en proporción al 58% de la mesada pensional que le correspondía al señor ODILIO DE JESUS ESTEPA GUERRERO, junto con los reajustes legales, mesada 14 adicional y debidamente indexada hasta el momento del pago, **condenó** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a favor de la señora LUZ MARINA PARRA SALAMANCA, la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor ODILIO DE JESUS ESTEPA GUERRERO, a partir del 23 de noviembre de 2012, en proporción al 42% de la mesada pensional que le correspondía al señor ODILIO DE JESUS ESTEPA GUERRERO, junto con los reajustes legales, mesada 14 adicional y debidamente indexada hasta el momento del pago, **condenó** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a favor del señor JOSÉ LUIS ESTEPA PARRA, una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su padre ODILIO DE JESUS ESTEPA GUERRERO, a partir del 23 de noviembre de 2012, y por los siguientes periodos; 23 de noviembre de 2012 al 31 de diciembre de 2013, enero 1° a junio 30 de 2015 y julio 1° a 31 de diciembre de 2016, pensión que corresponde al 21% y será compartida con

la correspondiente a su señora madre LUZ MARINA PARRA SALAMANCA. Así, por estos periodos, compartirán ese 42% LUZ MARINA PARRA SALAMANCA y JOSÉ LUIS ESTEPA PARRA, en los periodos no indicados la señora LUZ MARINA PARRA SALAMANCA devengará el 42% total, condenó que a partir del 1° de enero de 2017 la señora LUZ MARINA PARRA SALAMANCA devengará de forma permanente el total del 42%. Y, esta prestación acrecerá a la señora DAISSY BENAVIDES DE ESTEPA o LUZ MARINA PARRA SALAMANCA en caso de que se extinga el derecho de una de ellas y en favor de la otra y absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda **(CD fl. 260)**.

Fundamentó su decisión, el *a quo* manifiesta que conforme a la documental adjunta se podía observar que la pensión del causante había estado en discusión teniendo en cuenta que había existido controversia de si había dejado causado o no el derecho pensional, que en varias ocasiones la pensión había sido negada y con ocasión del fallo proferido por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá se reconoció un retroactivo pensional en favor de los herederos que lo fue la señora María Esperanza Estepa Benavides (hija del causante), pero no se reconoció pensión de sobrevivientes, de ahí que surgía el conflicto sobre el derecho pensional, recalcando que no prosperaba la excepción de prescripción toda vez que el derecho de la pensión de vejez se hizo exigible después del fallo del Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá y ahí nacía el derecho a la pensión de sobrevivientes, siendo que la demanda se instauró el 23 de marzo de 2018.

Paso seguido, se pronunció respecto de las reclamaciones de la señora DAISSY BENAVIDES DE ESTEPA indicando que había estado casado por los ritos católicos con el causante y posteriormente, se dio la liquidación de la sociedad conyugal, frente a lo cual debía traerse a colación la sentencia de CSJ SL 1391 de 2018 Rad. 45779, en la que la Sala hace referencia: *“por otra parte, la Corte ha aclarado que el referente funcional para el cónyuge supérstite es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial, por lo tanto; otras figuras como la separación de bienes, o disolución de la sociedad no son relevantes para la adquisición del derecho”*, en razón a ello, consideró el *a quo* que lo importante era el vínculo matrimonial como lazo de convivencia socorro, apoyo mutuo, fidelidad, búsqueda de proyecto en común, etc.

De manera que, al escucharse el interrogatorio de parte de la señora DAISSY BENAVIDES DE ESTEPA ella había sido clara en señalar que se había separado de cuerpos con el causante y liquidaron la sociedad conyugal por temas de protección del patrimonio familiar debido a temas económicos, se aceptó que desde 2002, momento en que se dio la liquidación de la sociedad conyugal; el causante se fue a vivir a otro apartamento quedando con el causante en una relación cordial y no de pareja, en tal sentido, la convivencia se dio del 26 de junio de 1965 hasta el año 2002, tomándose como fecha final el 31 de diciembre de 2001, para un total de 36 años y 6 meses.

En relación a la señora LUZ MARINA PARRA, adujo el sentenciador que de acuerdo con la prueba testimonial de SOLEDAD GUERRERO se advertía la relación sentimental se dio a partir de 1986, momento en que se da el nacimiento de su hija Angélica, también indicó que no se discutía que a señora LUZ MARINA PARRA admitía que se había separado de cuerpos por problemas de alcohol, económicos y celos, razón por la cual habían decidido que el causante se fuera a vivir a la casa de su hija Esperanza, sin embargo, la relación sentimental se mantuvo como lo había confesado la señora DAISSY BENAVIDES DE ESTEPA, algunos testigos también habían confesado que los motivos por los cuales se había ido el causante había sido por comodidad, pero se continuaban viendo 3 o 4 días a la semana como lo indicaba la señora LUZ MARINA PARRA, por lo que el causante nunca dejó dicho hogar, explicaciones que habían sido reafirmadas por GERMAN FORERO y SOLEDAD quienes daban cuenta de una ausencia del señor ODILIO pero continuaban en contacto con su familia en la casa de Puente Aranda, situación que corroboraba el hijo de la pareja quien también es demandante dentro del presente proceso y quien dijo tener recuerdos de la compañía de su padre y la convivencia con su madre con la ausencia de éste pero que de todas formas continuaba en compañía y yendo al hogar prestando auxilio y socorro, conforme a ello el Juez declaró la convivencia desde 1986 hasta el día de la muerte del señor ODILIO, para un total de 25 años y 10 meses, correspondiéndole un porcentaje del 58%.

En cuanto a JOSÉ LUIS ESTEPA PARRA, arguyó el *a quo* que fue aportado certificación de la Universidad Francisco José de Caldas en la que constaba

estudios desde el año 2012, por tanto, los periodos a los que le asistía derecho es del 23 noviembre de 2012 al 31 diciembre de 2013, del 1° de enero al 30 de junio de 2015 y del 1° julio a diciembre 31 de 2016, periodos en los que se acreditó dicha intensidad horaria, debiéndose ser compartida con la madre, por lo que de ese periodo deberá recibir el 21% y el otro 42% a favor de la señora LUZ MARINA PARRA mientras cese su condición de beneficiario.

Finalmente, respecto de los intereses moratorios señaló que en este tipo de casos en donde se ventilaba la condición de beneficiarios la entidad de Seguridad Social no tenía otra decisión más que negar la prestación y que la justicia ordinaria definiera el derecho pensional en tal sentido no había lugar al pago de intereses moratorios.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **JOSÉ LUIS ESTEPA** interpuso recurso de apelación indicando que de conformidad artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el literal C, establece que en los periodos en que se acredita la condición de estudiante tiene derecho al 50% de la pensión que le correspondería a su padre y el otro 50% debe dividirse entre las otras dos demandantes. Además, teniendo en cuenta que se demostró la calidad de estudiante y hubo mora en el pago solicita se adicione la sentencia en el sentido de reconocer el pago de los intereses moratorios en virtud del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

La entidad demandada **COLPENSIONES** también interpuso recurso de apelación argumentando que no se daba cumplimiento a lo señalado artículo 13 Ley 797 de 2003, toda vez que la norma es clara y expresa señalando los parámetros de cumplimiento los beneficios de la pensión de sobrevivientes, igualmente para las demandantes es claro lo indicado en sentencia T-425 de mayo 2004, en donde se señala que la exigencia de demostrar la convivencia efectiva con el causante en los años anteriores al causante es necesaria para tener el derecho a la sustitución pensional y una convivencia efectiva requiere compartir con la pareja pero eso no se probó, por su parte, con la señora DAISSY se liquidó la sociedad conyugal y con la señora LUZ se evidenció que no se dio la convivencia en los últimos 5 años.

C O N S I D E R A C I O N E S

Conforme a los antecedentes enunciados corresponde a esta Sala de Decisión determinar si efectivamente las señoras LUZ MARINA PARRA y DAISSY BENAVIDES DE ESTEPA acreditaron los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor ODILIO DE JESUS ESTEPA GUERRERO, la primera en calidad de compañera permanente y la segunda, en calidad de cónyuge. Así mismo, se analizará si JOSÉ LUIS ESTEPA acreditó los requisitos para la pensión de sobrevivientes en calidad de hijo del causante, por su condición de estudiante. En caso positivo, se analizará si operó o no el fenómeno prescriptivo y si procede el reconocimiento de intereses moratorios.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

No son materia de controversia los siguientes aspectos: **1.)** que el señor ODILIO DE JESÚS ESTEPA GUERRERO falleció el 22 de noviembre de 2012 (fl.10), **2.)** que mediante resolución GNR 77865 del 10 de marzo de 2014, COLPENSIONES dio cumplimiento al fallo proferido el 30 de noviembre de 2011, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá en donde se le reconoció la pensión de vejez al señor ODILIO DE JESÚS ESTEPA GUERRERO a partir del 1° de enero de 2010, mediante resolución GNR 147509 del 20 de mayo de 2015, COLPENSIONES en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá reconoció la suma de \$46.067.988 a favor de la señora MARÍA ESPERANZA ESTEPA BENAVIDES en calidad de heredera del causante (hija) (fl.12), acto administrativo que fue modificado a través de la resolución GNR 262979 del 28 de agosto de 2015, reconociendo postmortem un pago único a favor de los herederos por concepto de retroactivo, **3.)** que el señor ODILIO DE JESÚS ESTEPA GUERRERO y la señora DAISSY BENAVIDES DE ESTEPA contrajeron matrimonio el 26 de junio de 1965 bajo los ritos católicos (fl.78 a 80), **4.)** que mediante escritura pública No. 556 de la Notaria Tercera de Bogotá se disolvió y liquidó la sociedad conyugal (fl.81 a 82), **5.)** que JOSÉ LUIS ESTEPA PARRA es hijo del causante y la señora LUZ MARINA PARRA quien nació el 20 de enero de 1992 (fl.209), **6.)** que JOSÉ LUIS ESTEPA PARRA para el fallecimiento de su padre contaba con 20 años de edad y estaba cursando

estudios universitarios (fls. 210 a 212), **7.)** que mediante resolución GNR 102321 del 12 de abril de 2016, COLPENSIONES negó el reconocimiento de una sustitución pensional a JOSÉ LUIS ESTEPA PARRA, por no acreditar los requisitos mínimos, **8.)** que la pensión de sobreviviente a favor de DAISSY BENAVIDES DE ESTEPA y LUZ MARINA PARRA fue negada mediante resoluciones GNR 205519 del 14 de agosto de 2014, SUB 105094 del 22 de junio de 2017 y DIR 16871 de 2 de octubre de 2017 (fls. 119 a 121, CD fl. 50 expediente administrativo).

Planteadas, así las cosas, debe comenzar la Sala por señalar, que la norma que gobierna la situación pensional aquí debatida, no es otra que la Ley 797/2003, art. 13, que modificó la Ley 100/1993, art. 47 teniendo en cuenta que el señor ODILIO DE JESÚS ESTEPA GUERRERO falleció el 22 de noviembre de 2012 (*fl. 10*). Dicha preceptiva reguló íntegramente lo referente a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

“Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte”;

Ahora, frente al **requisito de convivencia**, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha señalado que este requisito es indispensable para otorgar la prestación de sobrevivientes, la cual comprende aspectos que van más allá del meramente económico, pues implica el acompañamiento espiritual permanente, proyecto familiar común, apoyo económico, el compartir la vida de pareja y la cohabitación bajo el mismo techo, que es la regla. Es cierto, que la jurisprudencia en casos excepcionalísimos ha eximido del requisito de la cohabitación, pero siempre y cuando el concepto de pareja, con vocación verdadera de conformar una familia y proyecto de vida en común en los términos del artículo 42 superior, subsista (**CSJ SL rad. 42792 del 22 de noviembre de 2011**).

También ha recalcado la CSJ Sala de Casación Laboral que, no es el simple hecho de la residencia en una misma casa lo que la configura, sino otras circunstancias que tienen que ver con la continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y afectivo, y en general el acompañamiento espiritual permanente que den la plena sensación de que no ha sido la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial, sino que por situaciones ajenas a su voluntad que en muchos casos por solidaridad, familiaridad, hermandad y diferentes circunstancias de la vida, muy lejos de pretender una separación o ruptura de la pacífica cohabitación, hacen que, la unión física no pueda mantenerse dentro de un mismo lugar.

Precisa y reitera que, la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen **pero que no den a entender que el vínculo matrimonial o de hecho ha finalizado definitivamente**, el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho **(CSJ SL14237-2015, SL6519-2017)**.

Así mismo, en su último pronunciamiento, la CSJ SL estableció que, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pasos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, **excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida (sentencia SL 1399 del 25 de abril de 2018)**.

En cuanto a la **compañera permanente**, la providencia antes citada, estableció que es **indispensable la convivencia dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento cuando se trata del pensionado fallecido**, teniendo en cuenta que, al no cumplirse dicho requisito, no puede considerarse como miembro del grupo familiar, considerando que en el caso de la o él compañero permanente, por tratarse de una situación de facto, derivada de la decisión libre y espontánea, es necesario el cumplimiento de tal requisito previo al fallecimiento.

En último pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia **SU 149 de 2021**, se reiteró el requisito de 5 años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante que debe acreditar la compañera permanente, independientemente si el *cujus* era afiliado cotizante o pensionado, precisando lo siguiente:

“Pese a que la legislación contempla, por igual, al grupo familiar del pensionado y del afiliado fallecidos como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003) y que, de cara al principio de igualdad, la protección derivada del requisito de convivencia es necesaria para asegurar que personas distintas a los miembros del grupo familiar no obtengan indebidamente reconocimientos pensionales a su favor, la sentencia cuestionada introdujo una diferenciación en la materia. En particular, dispuso que la exigencia al cónyuge o la compañera o compañero permanente de acreditar el mínimo de cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante solo era aplicable cuando estos fueran pensionados, mas no en el caso de los afiliados.

La Sala Plena considera que esta distinción no corresponde con los propósitos de la pensión de sobrevivientes en general ni con los del requisito de convivencia, en particular. Así mismo, esa diferenciación no obedece a una justificación objetiva que atienda al principio de igualdad. Sobre este aspecto, debe tenerse en cuenta que cualquier distinción entre sujetos que acceden a la misma posición jurídica, en este caso la sustitución pensional o la pensión de sobrevivientes, según el caso, debe responder a una razón verificable y que suponga la atención de derechos, bienes o valores constitucionales significativos. De lo contrario, se estará ante una distinción arbitraria y, por ende, que vulnera el principio de igualdad.

La argumentación de la Sala de Casación Laboral no justifica este trato desigual entre los beneficiarios del pensionado y del afiliado. Contrario a lo que sostuvo la Corte Suprema de Justicia, el hecho de que en el caso del afiliado no se haya causado el derecho pensional antes de su fallecimiento no es óbice para que sus familiares requieran las mismas protecciones ante la eventualidad de que personas ajenas al grupo familiar obtengan artificialmente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Esto bajo el entendido de que la concesión de esa prestación económica se fundamenta en la dependencia con el afiliado o causante, la cual es análoga en ambos casos y según se ha insistido en los argumentos anteriores.

En este sentido, la Sala Plena comparte el argumento según el cual esta protección también es necesaria para la familia del afiliado, pues las pensiones de sobrevivientes causadas en este supuesto también son susceptibles de situaciones fraudulentas y, sin la exigencia de un mínimo de convivencia, personas que no integraban el grupo familiar del afiliado podrían obtener exitosamente el reconocimiento pensional.

Nótese que, de acuerdo con los órdenes con base en los cuales se reconoce la pensión de sobrevivientes, estos reconocimientos afectarían los derechos de otros miembros del grupo familiar, concretamente, de los hijos, los cuales se encuentran en el mismo orden de prelación y, más aún, de quienes se encuentran en los órdenes sucesivos que solo serían beneficiarios en el caso de que no existan cónyuges, compañeros permanentes e hijos con derecho. Esta consideración es relevante en el caso concreto que resolvió la Corte Suprema de Justicia, pues su

postura condujo a que la pensión de sobrevivientes fuera compartida entre los hijos del afiliado y la compañera permanente, quien no demostró convivir con el causante en el tiempo mínimo establecido por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Así mismo, el trato diferenciado carece de una justificación objetiva porque desatiende que, sin importar si se está ante una prestación causada por la muerte del afiliado o pensionado, la finalidad de la pensión de sobrevivientes es la protección del grupo familiar. Al eximir al cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite del afiliado de demostrar los cinco años de convivencia, la Corte Suprema de Justicia inaplica el requisito que el Legislador, en ejercicio de su margen de configuración en materia de seguridad social, estimó adecuado para determinar que el beneficiario, en efecto, pertenece al grupo familiar del causante. De la misma manera, esta interpretación es problemática respecto de la noción misma del matrimonio o de la unión marital de hecho, las cuales tienen dentro de sus elementos definatorios la convivencia estable y singular de los integrantes de la pareja. Es a partir de esa convivencia que se generan deberes jurídicos de solidaridad y mutuo socorro, con base en los cuales válidamente el Legislador previó determinados requisitos y plazos predicables al caso examinado. En este sentido, el Legislador, dentro de su amplio margen de apreciación en materia de diseño de las prestaciones en materia de seguridad social, impuso el requisito de convivencia como un medio adecuado para garantizar que la pensión de sobrevivientes se reconozca a los beneficiarios a partir de sus finalidades, sin que lo dicho constituya un juicio abstracto sobre la constitucionalidad del requisito de convivencia o la imposibilidad de que posteriormente el Congreso de la República pueda variar dichos requisitos.

57. Las anteriores razones evidencian que la sentencia de casación del 3 de junio de 2020 desplegó una interpretación del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993 que no es conforme con el principio de igualdad. Por el contrario, de una interpretación compatible con este principio constitucional, se deduce que la exigencia de los cinco años de convivencia con el causante responde a la finalidad de que sea el grupo familiar el que acceda a la pensión de sobrevivientes y de proteger a este grupo de solicitudes artificiosas o ilegítimas. Por esta razón, debió considerarse que la compañera permanente del afiliado debía demostrar este tiempo de convivencia con su causante”.

En relación a la **cónyuge**, dicha Corporación ha defendido que la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir *en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto* (SL 1399/2018-SL 4047/2019), al considerar que la separación de cuerpos solo extingue el deber de cohabitación, más no es un obstáculo para que él o la cónyuge que haya convivido durante 5 años con el causante, acceda a la prestación, por cuanto, no extingue de suyo los deberes recíprocos de los cónyuges de entrega mutua, apoyo incondicional y solidaridad, los cuales perviven hasta tanto se disuelva el vínculo matrimonial. Entendiéndose que con tal aspecto se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (**SL 5169 del 27 de noviembre de 2019**).

Ahora, respecto a la **cónyuge separada de hecho o de cuerpos**, la alta Corporación ha clarificado que para que pueda acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial, que otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho.

Refiriendo, que no es adecuado atar el derecho a la pensión de sobrevivientes a la pervivencia de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes, figuras que responden a contenidos netamente económicos, sino más bien a la vigencia del contrato matrimonial, dado que es esta unión la que confiere derechos y asigna obligaciones personales y subjetivos a los consortes, y, por consiguiente, permite incluirlos como *miembros de su grupo familiar* (**SL 1399/2018 reiterada en sentencia SL 5141 del 16 de octubre de 2019**).

No obstante, la Corte Constitucional declaró exequible lo dispuesto en el inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en la sentencia **C-515 del 30 de octubre de 2019**, señalando:

“ En primer lugar, señala la Corte que estos dos grupos de sujetos están en un diferente plano jurídico y fáctico. Por un lado, el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente mantiene en su totalidad los efectos de orden patrimonial. Si bien existe una ruptura de la cohabitación o convivencia y apoyo mutuo -a pesar de haber existido por lo menos 5 años-, los cónyuges no han expresado su deseo de dar por terminada su sociedad conyugal, al punto que preservan el vínculo económico y los derechos que de este se derivan. Por otro lado, en el caso del cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal disuelta, por decisión libre de los cónyuges se extinguen los efectos patrimoniales del vínculo matrimonial, aunado a la separación de hecho, por lo que, no existen en este caso vínculos afectivos o económicos que permitan inferir su calidad de beneficiario.

*En segundo lugar, los grupos cuya comparación se propone no pueden ser considerados equiparables en el supuesto previsto en la disposición acusada – convivencia no simultánea-, en razón a que el requisito de la vigencia de la sociedad conyugal tiene la finalidad de concretar el objeto de la pensión de sobrevivientes, esto es, proteger el núcleo familiar del causante que resulta afectado por su deceso (ver supra, numerales 54 y 55). La configuración normativa de esta prestación económica tiene como base el requisito de convivencia efectiva con el causante. **Sin embargo, en los supuestos de convivencia no simultánea entre el cónyuge y la compañera o compañero permanente, la ausencia de una convivencia efectiva dentro de los 5 años anteriores a la muerte del causante, justifica que el legislador, en ejercicio del amplio margen de configuración en materia pensional (ver supra, numerales 56 y 57), establezca la vigencia de la***

sociedad conyugal como una condición necesaria para reconocer este derecho pensional al cónyuge supérstite, que separado de hecho, mantuvo el vínculo patrimonial con el causante, guiada por los principios que definen la pensión de sobrevivientes. Por lo anterior, es dado concluir que le asisten razones al legislador para distinguir en situaciones donde no es posible que el cónyuge acredite la convivencia hasta la muerte del causante –convivencia no simultánea-, que el cónyuge supérstite acredite la vigencia del vínculo patrimonial –sociedad conyugal-, que de manera voluntaria decidieron mantener con el causante, pese a la separación de hecho”. (subrayado y negrilla fuera del texto original)

Concluyendo la Corte Constitucional, lo siguiente:

“Sobre la base de los anteriores fundamentos abordó el estudio del caso concreto. Al respecto, la Sala constató que los argumentos expuestos por los demandantes no demostraron la existencia de un grupo comparable (tertium comparationis), que comprobara que son asimilables los grupos de cónyuges con convivencia simultánea, con cónyuges sin convivencia simultánea al momento de la muerte del causante. En opinión de la Sala Plena, dichos grupos se encuentran en situaciones de hecho y de derecho diferentes, debido a la inexistencia de vínculos afectivos o económicos entre cónyuges separados de hecho y con sociedad conyugal disuelta. Por lo cual, el requisito de existencia del vínculo patrimonial (sociedad conyugal vigente) hasta el fallecimiento del causante es el criterio relevante en el contexto de convivencia no simultánea, y el mismo corresponde con: (i) la amplia potestad de configuración del legislador en materia pensional; y (ii) los efectos que se derivan de la Constitución y la disolución de la sociedad conyugal, sobre las pensiones como derecho a suceder del cónyuge supérstite”. (subrayado y negrilla fuera del texto original)

De los apartes jurisprudenciales precitados pasa la Sala analizar el caso de la señora **DAISSY BENAVIDES DE ESTEPA** frente a cuál y contrario a lo manifestado por el *a quo* no acredita los requisitos para acceder al derecho pensional en calidad de cónyuge supérstite como quiera que se encuentra demostrado que existió disolución y liquidación de la sociedad conyugal mediante escritura pública No. 556 de la Notaria Tercera de Bogotá de fecha 6 de mayo de 2002. Adicionalmente, de su relato en interrogatorio de parte quedó demostrado que desde el momento en que se realizó dicha disolución y liquidación de la sociedad conyugal no volvieron a vivir como pareja y que la relación se mantuvo más como el padre de sus hijos y de trabajo, ya que el causante trabajaba en el jardín infantil de propiedad de la familia, además de que el señor ODILIO DE JESÚS ESTEPA GUERRERO se fue a vivir en la casa de su hija Esperanza donde vivieron juntos para el año 2004, pero durmiendo en habitaciones diferentes, en tales circunstancias no resulta admisible el reconocimiento pensional a su favor al no haberse dado las condiciones señaladas en la norma en la jurisprudencia vigente.

Ahora, en lo que respecta a la señora **LUZ MARINA PARRA** tampoco se reúnen los requisitos para acceder al derecho pensional en calidad de compañera permanente, pues como bien lo manifestó la señora DAISSY BENAVIDES DE ESTEPA en su declaración el causante vivió sus últimos años de vida en el apartamento de su hija Esperanza, relato que corroboró la señora LUZ MARINA PARRA quien dijo: *“en el 2001 o 2002 se fue a vivir con nosotros, en el 2008 ya fue cuando nosotros arreglamos porque se había vuelto muy celoso y me acompañaba a puente Aranda y ahí decidimos que se fuera a vivir con ustedes, porque estaba muy incómodo, entonces, le dije váyase para donde Esperanza y hablo con los chicos y dijo que no nos iba a abandonar, nosotros todos los días nos veíamos con él, porque él llegaba a veces temprano y me acompañaba a las cabinas, y llevaba el almuerzo para él o para mí o a veces almorzábamos en el restaurante o yo sacaba y almorzábamos juntos, cuando cumplían años los niños nos invitaba a comer, si tenía mucho que hacer pues se iba... pero siempre estábamos juntos y en la noche únicamente era que se iba para la casa de Esperanza, eso sí sábados y domingos se quedaba conmigo”*.

Al preguntársele por qué tomaron la decisión de que el señor ODILIO DE JESÚS ESTEPA GUERRERO dejara de dormir todos los días en su casa, ella contestó: *“porque mi casa era rentada y como ya eran los 3 niños, luego llegó la nieta y con el tiempo se enfermó, incluso cuando se enfermó pusimos una varilla para que subiera las escaleras de mi casa porque eran muy empinadas, pero siempre fue constante que nos veíamos... nosotros tomamos esa decisión mientras se mejoraban las cosas ahí en la casa”*. También se le preguntó si ella lo acompañaba a las citas médicas, contestando: *“yo le pregunte varias veces a esperanza para ir, pero ella no quería que yo fuera y ella quería hacer todo y a la hora final no hizo nada porque cuando murió el murió solo”*.

En interrogatorio de parte el demandante **JOSÉ LUIS ESTEPA PARRA** al referirse sobre la relación que tuvo su madre con el causante durante sus últimos años de vida, precisó: *“ahí en Puente Aranda teníamos dos habitaciones, yo dormía en una cama sencilla y mis papas en un sofá cama y eso fue en 2003 o 2004 que se decidió que él se fuera a vivir a otro lado, cuando se decidió que se fuera a vivir con esperanza mi papá en ocasiones*

se quedaba en la casa, a él le gustaban sus novelas y se quedaba viéndolas ahí y eso eran a veces hasta 2 o 3 veces por semana como novios y los otros días se iba a donde Esperanza”.

Como prueba testimonial se trajo a la señora **MARÍA SOLEDAD GUERRERO** quien frente a la relación entre la señora LUZ MARINA PARRA y el causante expuso: **“pregunta:** *recuerda si en algún momento ellos se separaron,* **Rta:** *cuando ya estaba muy enfermo acordaron que mejor se iba donde esperanza porque era más cómodo la bajada y la subida eso fue en el 2011 que se fue a donde esperanza”.* De otro lado, el señor **GERMÁN FORERO HERNÁNDEZ** también en calidad de testigo dijo: **pregunta:** *usted sabe o le consta que la señora Luz y Odilio se hubieran separado,* **Rta:** *si, ya hace como 10 años de resto no supe que se hubieran separado,* **pregunta:** *tuvo conocimiento si después de la separación el señor Odilio siguió frecuentando su casa con Luz y sus hijos,* **Rta:** *si, ella decía que él iba y yo iba a charlar con él y nos encontrábamos”.*

De los relatos antes dicho, no cabe duda que el causante dejó de convivir con la señora **LUZ MARINA PARRA** a partir del año 2008, frente a 3 situaciones puntuales: comodidad, celos de él hacía su pareja y enfermedad, de manera, que no se trató de una separación que se dio por cuestiones ajenas a su voluntad que impidiera la cohabitación bajo el mismo techo, sino que se trató de una decisión de mutuo acuerdo frente a las circunstancias antes anotadas, las cuales consisten en razones propias de una separación, si bien la demandante en su relato trata de dar a entender que a pesar de dicha separación siguieron manteniendo su relación como pareja, lo cierto es que de su declaración no se observa con claridad que ello fuere así, de lo contrario lo que se detalla es que con posterioridad a la ruptura las visitas del pensionado fallecido lo fueron de manera esporádica y más por compartir con sus hijos y nieta, más no porque aun se mantuviera esa vocación de familia y proyecto de vida en común, ni siquiera se nota ese acompañamiento espiritual permanente de la demandante para con el causante durante su enfermedad, pues como bien lo dijo en su declaración quien lo acompañaba a las quimioterapias que se le hacían por su enfermedad era su hija Esperanza, si bien dijo que ella era quien le impedía acompañarlo, lo cierto es que sí manifestó que uno de los motivos para

separarse fue por su enfermedad, momento importante en la relaciones de pareja, pues es allí en donde se encuentra inmerso ese apoyo moral, afectivo y espiritual, de manera que al no encontrarse acreditado la cohabitación bajo el mismo techo durante los últimos 5 años de vida del causante, que es el requisito fundamental que debe acreditar la compañera permanente, no resulta procedente el reconocimiento pensional.

Finalmente, en relación a **JOSÉ LUIS ESTEPA PARRA** quien para el momento del fallecimiento del causante contaba con 20 años de edad cumplidos, al haber nacido el 20 de enero de 1992, asistiéndole el derecho pensional hasta el cumplimiento de los 25 años de edad, siempre y cuando se acreditará que se encontraba incapacitado para trabajar por razón de sus estudios y dependiera económicamente del causante al momento de su muerte, tal y como lo establece el literal C.) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en razón a ello, el *a quo* señaló que fue aportado certificación de la Universidad Francisco José de Caldas en la que constaba estudios desde el año 2012, por tanto, los periodos a los que le asistía derecho es del 23 noviembre de 2012 al 31 diciembre de 2013, del 1° de enero al 30 de junio de 2015 y del 1° julio a diciembre 31 de 2016, periodos en los que se acreditó dicha intensidad horaria, debiéndose ser compartida con la madre, por lo que de ese periodo deberá recibir el 21% y el otro 42% a favor de la señora LUZ MARINA PARRA mientras cese su condición de beneficiario, al revisarse la documental anexa, se encuentra que en efecto a folios 210 a 212 obra el certificado aludido con la intensidad horaria señalada, asistiéndole el derecho al actor al reconocimiento de las mesadas durante dicho lapso, el cual deberá ser sobre el 100% de la mesada que le correspondía al causante, al no haberse acreditado por parte de las otras demandantes el derecho a acceder a las mismas.

Intereses moratorios

Solicita el demandante **JOSÉ LUIS ESTEPA PARRA** le sea reconocidos intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ante la mora en el pago de las mesadas pensionales, revisada la resolución GNR 102321 del 12 de abril de 2016, en la cual le fue negado el derecho

pensional, se tiene que para dicho momento había aportado como pruebas las siguientes:

*“Formato solicitud de prestaciones económicas
Registro civil de defunción del causante
Documento de identidad del solicitante
Formato información Eps
Certificado de Estudios SENA
Registro civil de nacimiento del solicitante
Declaraciones extrajuicio
Certificación de No pensión Edicto No. 69”.*

Indica también COLPENSIONES en dicho acto administrativo, lo siguiente:

*“como se menciona en los antecedentes del presente Acto Administrativo, obra en el expediente certificación emitida por la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS, en la cual hace constar que: Que ESTEPA PARRA JOSE LUIS (...) Proyecto curricular: **Tecnología en Electricidad, Periodo Académico: Primer semestre del año 2013, nivel: Cuarto semestre, Intensidad semanas: 22 horas, Jornada: Diurna. Es estudiante regular del mencionado proyecto curricular (...).***

*Así mismo, obra en el expediente certificación emitida por el SEVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA – REGIONAL DISTRITO CAPITAL, CENTRO DE ELECTRICIDAD, ELECTRÓNICA Y TELECOMUNICACIONES, en el cual certifica que: Que JOSE LUIS ESTEPA PARRA Identificada (o) con Cédula de Ciudadanía No. 1022373142 de BOGOTÁ se encuentra realizando el programa de TECNÓLOGO EN ELECTRICIDAD INDUSTRIAL el cual inició el **28 de SEPTIEMBRE de 2015 y finalizará el 16 de DICIEMBRE de 2017 (...)***

De acuerdo con lo anterior, COLPENSIONES manifestó como sustento de la negación que de acuerdo con la Ley 1574 de 2012, en la cual se define las condiciones mínimas que se deben reunir para acreditar la condición de estudiante por parte de los hijos del causante mayores de 18 años y hasta los 25 años, **“la duración en la cual conste que el estudiante cumplió con la dedicación a las actividades académicas curriculares con una intensidad académica que no puede ser inferior a 160 horas, del respectivo periodo académico, el número y la fecha del registro del programa”.**

Por lo tanto, de las certificaciones aportadas por el solicitante, no se podía establecer que, para la fecha de fallecimiento del causante, 22 de noviembre

de 2012, el joven se encontraba incapacitado para trabajar en razón de sus estudios, y no obraba prueba de la dependencia económica del mismo hacia el causante, razón por la cual no era procedente realizar el reconocimiento de la prestación deprecada. Al verificarse la documental anexa en esta oportunidad y de la cual ya se hizo referencia, se tiene que la misma supera las 160 horas señaladas en la Ley 1574 de 2012, de manera que fue en este momento procesal que el actor realmente demostró los requisitos para acceder al derecho pensional, pues al momento de agotar la etapa administrativa no aportó de manera correcta la certificación de estudiante dependiente del causante, por lo tanto, no le asiste derecho a los intereses moratorios solicitados.

Prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción le asiste razón a la Juez en que la misma no operó, teniendo en cuenta que la pensión de vejez del causante se hizo exigible 10 de marzo de 2014, a través de la GNR 77865 cuando COLPENSIONES dio cumplimiento al fallo emitido por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, naciendo para dicho momento el derecho de los demandantes para reclamar, lo cual se hizo por parte de JOSÉ LUIS ESTEPA PARRA el 7 de octubre de 2015, resolviéndose su solicitud el 12 de abril de 2016, mediante resolución GNR 102321 y la demanda se instauró el 23 de marzo de 2018 (fl.24).

COSTAS

Sin **COSTAS** en esta instancia, como quiera que los recursos interpuestos prosperaron de manera parcial.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los ordinales primero y segundo de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de las señoras LUZ MARINA PARRA SALAMANCA y DAISSY BENAVIDES DE ESTEPA por no reunir los requisitos de beneficiarias sobrevivientes del causante ODILIO DE JESÚS ESTEPA GUERRERO, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

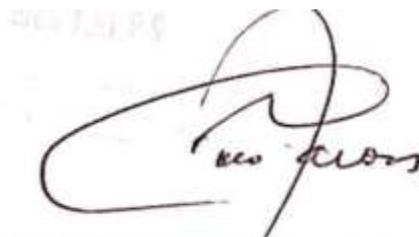
SEGUNDO: MODIFICAR y REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal tercero en cuanto al porcentaje que le corresponde a COLPENSIONES reconocer a JOSÉ LUIS ESTEPA PARRA en calidad de hijo estudiante dependiente del causante, estableciéndose que el mismo corresponde a un 100% de la mesada pensional, sin que deba reconocerse porcentaje alguno a la señora LUZ MARINA PARRA SALAMANCA.

TERCERO: REVOCAR el ordinal cuarto de la sentencia, al no tener derecho a la pensión las señoras LUZ MARINA PARRA SALAMANCA y DAISSY BENAVIDES DE ESTEPA.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,

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

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.**

1

SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MANUEL FERNANDO SALAS
CONTRA COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **MANUEL FERNANDO SALAS**, se **condene** a COLPENSIONES a pagar el disfrute de la pensión de vejez a partir del 1° de marzo de 2017, día siguiente a la fecha en la cual realizó el último aporte al sistema de pensiones, periodo en el que reportó la novedad de retiro “R”, se **condene** a COLPENSIONES a reconocer y pagar el retroactivo pensional generado por las mesadas pensionales completas dejadas de cancelar entre el 1° de marzo de 2017 al 30 de mayo de 2017, se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1° de marzo de 2017 hasta la fecha en que se verifique el pago, generados por la demora injustificada en el reconocimiento del retroactivo de la pensión de vejez, se **condene** a COLPENSIONES a reliquidar y pagar la pensión de vejez teniendo en cuenta los aportes simultáneos efectuados durante los últimos 10 años, se **condene** a la demandada a pagar las sumas adeudadas actualizadas de conformidad

con certificación del DANE, se **condene** en costas y agencias en derecho y se **condene** ultra y extra petita (**fls. 2**).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 4 a 5), señaló en síntesis que el día 27 de febrero de 2017, radicó solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez ante COLPENSIONES, que mediante resolución SUB 67426 del 17 de mayo de 2017, COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez, bajo los parámetros y condiciones de la Ley 797 de 2003 a partir del 1° de junio de 2017, en cuantía inicial de \$6.564.115, que la pensión fue liquidada teniendo en cuenta 2,187 semanas cotizadas aplicando una tasa de remplazo del 74,53% del IBL, que el día 11 de julio de 2018, radicó derecho de petición ante COLPENSIONES solicitando el retroactivo pensional junto con los intereses moratorios, que mediante resolución SUB 192124 del 18 de julio de 2018, COLPENSIONES dio respuesta en el sentido de reliquidar la pensión de vejez, en cuantía de \$6.898.143, que nació el 25 de febrero de 1955, cumpliendo los 62 años de edad el mismo día y mes del año 2017, que la última cotización efectuada al sistema general de pensiones en calidad de trabajador dependiente fue el 28 de febrero de 2017, que el 20 de septiembre de 2018, radicó petición ante COLPENSIONES solicitando la reliquidación de la pensión de vejez, frente a la cual no se ha pronunciado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (**fls. 52 a 61**), en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 10, 13 a 14, parcialmente el numeral 11, negando únicamente el numeral 12 el cual tiene relación con que liquidó la mesada pensional de la actor teniendo en cuenta las semanas debidamente cotizadas, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho al retroactivo, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, prescripción e innominada o genérica (fls. 52 a 61).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 15 de abril de 2020 (CD – fl. 4 cuaderno 2), **declaró** que al demandante se le debió reconocer la pensión de vejez a partir del 1° de marzo de 2017, con un IBL de los últimos 10 años con una tasa de remplazo del 80%, reconociéndose como primera mesada pensional a partir del 1° de marzo de 2017 la suma de \$7.125.289, conforme a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, reconociéndose la tasa de remplazo legal forma las facultades ultra y extra petita, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer a favor del demandante el retroactivo de las mesada completas causadas entre el 1° de marzo de 2017 al 31 de mayo de 2017, que equivalen a la suma de \$21.375.868, **condenó** al pago de las diferencias de mesadas pensionales causadas entre el 1° de junio de 2017 y liquidado al 30 de junio de 2020, por la suma de \$45.047.646, **ordenó** a COLPENSIONES que a partir del 1° de julio de 2020, debe reconocer una mesada pensional al demandante equivalente a \$7.943.352 suma que deberá incrementarse año a año conservando el poder adquisitivo de dicha prestación, **condenó** al pago de intereses moratorios en la suma de \$16.381.291, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a cargo de COLPENSIONES.

Fundamentó su decisión, el *a quo* indicó que en la resolución SUB 67426 del 17 de mayo de 2017 y en resolución SUB 1924 del 18 de julio de 2018, respecto de la fecha del disfrute de la pensión de vejez concedida al demandante estableció: *“si bien el asegurado acreditó su status jurídico para acceder a la pensión de vejez el 25 de febrero de 2017 y teniendo en cuenta que la última cotización fue realizada para febrero de 2017, se debe verificar que repose dentro de la historia laboral la novedad de retiro con los últimos empleadores dentro de los 4 años anteriores al cumplimiento de la edad o de la última cotización, una vez verificado el aplicativo de historia laboral se puede evidenciar que aparece con su último empleador la novedad “E” y no se evidencia novedad de retiro “R” con el empleador SEGUROS BETA S.A. corredores para el periodo 201701. De acuerdo con lo anterior, es claro para esta administradora que el señor SALAS MANUEL FERNANDO no acredita el retiro del sistema General de Pensiones, razón por la cual mediante resolución*

SUB 67426 del 17 de mayo de 2017, se reconoció la prestación a corte de nómina”.

Conforme a lo anterior, estableció el sentenciador que para resolver era importante tener en cuenta el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, que dispuso y reguló la causación y disfrute de la pensión de vejez, normativa que como lo señaló la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia con radicado 6159 de 2016 y 1168 de 2019, es actualmente aplicables a las pensiones de prima media donde se establecen otras reglas para la causación y disfrute de la pensión de vejez como cumplimiento de los requisitos, desvinculación del sistema y el retiro del servicio, siguiendo dicho lineamientos se tenía que la fecha de causación de la pensión de vejez se refiere al día en que afiliado cumple la edad y días cotizados; y en lo que se refiere al disfrute de la pensión cuando se da la desafiliación al sistema, obligación que esta a cargo de empleador quien deberá reportarlo, por lo tanto, el argumento dado por COLPENSIONES para negar el retroactivo al demandante era abiertamente contrario a derecho e inconstitucional, pues vulnera de forma flagrante el derecho a la seguridad social y debido proceso del demandante que una vez causó los requisitos para el derecho pensional acudió en febrero de 2017, a reclamar su pensión quien debió reconocer la pensión a partir de esa fecha sin exigirse más requisitos para el disfrute de su pensión, pues la desafiliación se dio de manera tacita cuando el trabajador cesó sus cotizaciones y solicitó el reconocimiento de su derecho pensional.

En cuanto a la reliquidación de aportes simultáneos, arguyó el *a quo* que COLPENSIONES realizó la liquidación en sentencia SUB 192124 del 18 de julio de 2018, observándose que el IBL de los últimos 10 años arrojó la suma de \$8.899.013 suma a la que se le aplicó una tasa de remplazo de 74.47% para conceder como mesada para junio de 2017, la suma de \$6.624.095, que con apoyo del grupo liquidador se realizó la liquidación del IBL de los últimos 10 años el cual arrojó la suma de \$8.906.611,51, suma que al aplicársele la tasa de remplazo del 74.47%, equivaldría a una mesada de \$6.632.753 existiendo una diferencia de \$5.658, respecto a la concedida por COLPENSIONES siendo inánime la condena sobre dicho concepto, sin embargo, al revisarse el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, normativa que establece los parámetros que se deben tener en cuenta para liquidar el monto

de la mesada pensional dispuso que a partir de 2005, por cada semana adicional cotizada a las mínimas requeridas en porcentaje se incrementará en 1,5 del IBL llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y 70.5% de dicho ingreso de forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización calculada en la forma establecida en el presente artículo, frente a lo cual el despacho no deducía la razón por el cual COLPENSIONES había establecido una tasa de remplazo del 74.47%, incluso menos a la reconocida en la resolución inicial que equivalía a 74,53%, cuando al realizarse el conteo de semanas se tenía que cotizó 2,187 semanas en total, es decir, 850 semanas adicionales a las requeridas lo cual daba la posibilidad de aplicar como tasa de remplazo el máximo establecido en la Ley esto es el 80%.

Resaltó que si bien en la demanda no se había hecho inconformidad alguna respecto de la tasa de remplazo, el despacho conforme a las facultades conferidas ultra y extra petita, fallaba de tal manera dicho punto disponiendo la reliquidación de la mesada pensional teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años la suma de \$8.906.611,51 que al aplicarse una tasa de remplazo del 80% se debía reconocer como mesada pensional al 1° de marzo de 2017, la suma de \$7.125.289, suma superior a la reconocida por COLPENSIONES.

En cuanto a la excepción de prescripción adujo que teniendo en cuenta que el demandante causó el derecho a la pensión de vejez el 28 de febrero de 2017 y solicitó el retroactivo; y liquidación de su pensión el 11 de julio de 2018, la cual se resolvió el 18 de julio de 2018 y la demanda se presentó el 29 de octubre de 2018, no había transcurrido el término trienal. Sobre los intereses moratorios condenó a los mismos por cuanto COLPENSIONES incurrió en mora de las mesadas completas entre el 1° de marzo de 2017 al 31 de mayo de 2017, los cuales fueron liquidados a la fecha de la sentencia en la suma de \$16.381.291, advirtiéndole que dicha suma se incrementará hasta que se realice el pago del retroactivo, en cuanto a la reliquidación de las mesadas no condenó al pago de intereses.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque el retroactivo objeto de condena teniendo en cuenta que la entidad mediante la resolución SUB 7426 del 17 de mayo de 2017, reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia a partir del 1° de junio de 2017, una vez presentada la solicitud el 27 de febrero de 2017, donde se tuvo en cuenta todas las cotizaciones efectuadas por el actor y el último periodo de cotización que fue el 25 de febrero de 2017, reflejándose novedad distinguida con la letra “P” que significa que el afiliado suspendió las cotizaciones efectuadas a pensión, pero no fue así en salud, es decir, que esa novedad no implica el pago del retroactivo pensional por cuanto seguiría vinculado laboralmente a la empresa percibiendo un salario, razón por la cual se reconoció la prestación con corte de nómina teniendo en cuenta los artículos 13 del Acuerdo 049 de 1990 y 36 de la Ley 100 de 1993.

Que la entidad podría solicitar incluso cuando lo estime conveniente la comprobación de la supervivencia del pensionado para la condición del pago de la pensión, por lo tanto, la entidad dio estricto cumplimiento normativo respecto del disfrute de la pensión, trayendo a colación lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia T 026 de 2014, en donde se refiere a la fecha y disfrute de la pensión; y establece que se deben ver dos circunstancias temporales planteadas en la norma, esto es, causación y disfrute de la mesada pensional. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no es dable que las mismas sean confundidas, por cuanto la primera corre a partir de que el afiliado cumple los requisitos de edad y densidad de las cotizaciones exigidas, mientras que el disfrute de la pensión y cuantía definida una vez causada la pensión está en función del momento en que lo solicita el afiliado cuando haya solicitado su desafiliación al seguro de vejez, por lo tanto, son dos eventos claramente diferenciales que acarrea consecuencias diferentes lo cual se puede colegir que en aquellos casos en que el afiliado sea dependiente y a cumplido los requisitos para adquirir el derecho a la pensión, pero no aparece la novedad de retiro el reconocimiento deberá hacerse a partir de la inclusión en nómina, verificada la historia laboral del demandante se observó que el último periodo cotizado al sistema general de pensiones con el empleador SEGUROS BETA sin que medie

novedad de retiro, por lo tanto, el reconocimiento de la pensión se encuentra conforme a derecho.

También se encuentra inconforme en cuanto al cambio de la tasa de remplazo teniendo en cuenta el criterio de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 913 del año 2013, en donde se ha dicho que dichas facultades extra petitas no son absolutas, tiene un límite respecto de pretensiones que no fueron objeto de reclamación administrativa, igualmente en relación con el principio de consonancia, solicita también se revoque la condena en costas teniendo en cuenta que se ha actuado siempre en cumplimiento al orden legal y al demandante no le asiste derecho fáctico ni jurídico, por lo tanto; solicita sean revocadas y se condene a la otra parte de conformidad con el artículo 48, inciso 5° de la Constitución Política y el artículo 365 numeral 5° del CGP, también de revoque respecto a intereses moratorios por cuanto COLPENSIONES no adeuda valor alguno por mesadas pensionales a parte que es excluyente a la pretensión de indexación, tampoco se condene a la actualización de acuerdo al IPC ya que no le asiste reconocimiento y pago de ningún tipo de pago monetario.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

En consonancia con los recursos de alzada, corresponde a esta Sala de decisión determinar si la fecha de efectividad de la prestación debe ser a partir del último aporte al sistema, si hay lugar a reliquidar la mesada pensional teniendo como tasa de remplazo el 80%, si debe reconocerse intereses moratorios e indexación y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor MANUEL FERNANDO SALAS, tal y como se corrobora con la copia de la Resolución SUB 67426 del 17 de mayo de 2017 (fls.15 a 19), mediante la cual COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de junio de 2017, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, en cuantía de \$6.564.115, posteriormente, el valor de la mesada fue reliquidada

mediane resolución SUB 192124 del 18 de julio de 2018, en la suma de \$6.898.143 (fls. 20 a 25).

Retroactivo pensional

Solicita la parte actora le sea reconocido el disfrute de la pensión otorgada por COLPENSIONES a partir del 1° de marzo de 2017, momento en que acreditaba la edad y semanas requeridas para acceder al derecho pensional, además de haberse presentando novedad de retiro, revisada la historia laboral del actor, encuentra la Sala que para el mes de febrero de 2017, aparece aportes simultáneos uno como independiente con la novedad “R” y otro como dependiente del empleador SEGUROS BETA S.A. CORREDORES DE SEGUROS con la novedad “P”.

Sobre tal situación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha estimado, que por regla general, la desafiliación al sistema es la determinación que debe tener en cuenta el *a quo* para el otorgamiento de la pensión y solamente ha acudido a soluciones diferentes como en los casos en los que el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el **cese de las cotizaciones** (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, **el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen de pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez** (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.° sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017).

Siguiendo los parámetros enunciados y de acuerdo a las novedades registradas en la historia laboral, claro está que se demuestra la novedad de retiro pensional exigida en la norma, pues si bien el recurrente manifiesta que la novedad “P” hace referencia a que suspendió las cotizaciones a pensión, pero no a salud, ello lo que determina es que efectivamente se cumple con la obligación del retiro del sistema pensional, que finalmente es lo que establece el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, pues dicha normatividad no hace referencia alguna en cuanto a que también debe

retirarse del sistema general en salud, aunado a que una vez el demandante dejó de cotizar procedió a presentar la solicitud pensional, esto es, el 27 de febrero de 2017, lo cual demuestra aún más su intención de no seguir cotizando a pensión para poder acceder a la misma, por lo tanto, le asiste razón al Juez en cuanto a que la mesada deberá reconocerse a partir del 1° de marzo de 2017.

Reliquidación mesada pensional

Se tiene que el actor dentro de las pretensiones de la demanda solicitó la reliquidación de su mesada pensional teniendo en cuenta las semanas cotizadas de manera simultánea, frente a lo cual consideró el *a quo* que realizados los cálculos aritméticos la diferencia arrojada con la otorgada por COLPENSIONES no era tan relevante como para ordenar lo solicitado, sin embargo, haciendo uso de las facultades ultra y extra petita procedió a verificar la tasa de remplazó que tomó la entidad accionada para la liquidación de la mesada pensional, encontrando que la misma debió ser superior.

En cuanto a las facultadas ultra y extra petita la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL 3980 del 25 de agosto de 2021, resaltó:

“Ahora, si bien es cierto que en materia laboral, se permite que los juzgadores de única y primera instancia fallen en torno a súplicas distintas a las pedidas, haciendo uso de las facultades extra y ultra petita que consagra el artículo 50 del CPTSS, cuando los hechos que las originen hayan sido discutidos en el proceso y están debidamente probados, ello no implica que por el hecho de que el objetivo principal del proceso hubiese sido el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, era suficiente para que el Tribunal pudiera válidamente entrar a modificar el petitum de la demanda inicial y fallar por fuera de lo pedido inobservando el principio de congruencia al que se ha hecho mención en párrafos precedentes”.

Así mismo, en sentencia SL 4398 del 20 de octubre de 2020, la alta Corporación Ordinaria Laboral, señaló:

“Considerando que el cargo se construye a partir de la infracción del artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, es relevante tener presente que esta disposición establece, en cabeza del juez laboral de única, primera y segunda instancia, la facultad de apartarse de la regla de congruencia, establecida por el artículo 305 del Código de

Procedimiento Civil – vigente en el Distrito Judicial de Santa Marta al momento en el que se profirió la sentencia impugnada – y actualmente regido por el 281 del Código General del Proceso, de modo que puede

[...] ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.

10

De acuerdo con la sentencia CC C-662 de 1998 de la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 50 referido señaló:

*Dentro de la potestad integradora de esta Corte para revisar la totalidad de la preceptiva legal demandada, conforme a la jurisprudencia de la Corporación, la Sala estima que la misma no contradice el ordenamiento superior, salvo en la expresión "de primera instancia", como así se declarará en la parte resolutive del presente fallo. **En consecuencia, los jueces laborales de única instancia en adelante están facultados para emitir fallos con alcances extra o ultra petita, potestad que se ejerce en forma discrecional, con sujeción a las condiciones exigidas, esto es, que los hechos en que se sustenta el fallo con esos alcances se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y que los mismos estén debidamente probados.***

Así pues, el Tribunal, en tanto juez laboral de segunda instancia, está facultado legalmente para proferir sentencias con efectos ultra o extra petita, siempre que las decisiones se sustenten en hechos debatidos en las instancias, y que estén debidamente probados.

Ahora bien, el ejercicio de estas facultades, está condicionado al ámbito de competencia funcional que le haya sido fijado por el apelante, en virtud de lo dispuesto por el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual «La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación».

Así pues, la segunda instancia, no tiene una competencia plena para resolver el pleito, de modo que sólo podrá pronunciarse respecto de aquellos asuntos que el apelante identificó y sustentó en su impugnación, derivados de los hechos expuestos en la demanda, controvertidos en la contestación y que sustentan las pretensiones y excepciones formuladas por las partes. Distinto es el caso de la competencia derivada del grado jurisdiccional de consulta, puesto que en éste no se propone una pretensión, sino que se ejerce un control de legalidad cuya causa es el ordenamiento jurídico procesal.

En ese sentido, por aplicación de la regla de congruencia, el juez laboral debe proferir una sentencia mediante la cual resuelva el conflicto puesto ante su conocimiento, con fundamento en los hechos propuestos por las partes en las oportunidades procesales correspondientes, y pronunciándose acerca de las pretensiones y

excepciones formuladas por los litigantes. *Por efecto de la regla de consonancia, el apelante determinará la competencia funcional del Tribunal, al sustentar el recurso de apelación, de modo que la decisión de segunda instancia deberá observar ese derrotero; y en ejercicio de las facultades ultra y extra petita, tanto el juez de primera, como el de segunda, podrán imponer condenas por más o además de lo pedido, siempre que se sustenten en hechos controvertidos y probados. De este modo, la consonancia configura una adevuación de la congruencia, derivada de la sustentación del recurso de apelación". (subrayado y negrilla fuera del texto original).*

Sostiene la entidad demandada que no existió reclamación administrativa respecto de la tasa de remplazo, de manera que el Juez de primera instancia no estaba facultado para fallar ultra y extra petita, pues tal elemento no fue objeto de debate durante el proceso, en relación a dicha advertencia se procedió a verificarse la reclamación administrativa presentada por el actor ante la entidad demandada el día 20 de septiembre de 2018 (fl.12), en la cual se señala textualmente: *“por medio del presente escrito solicitó se me reliquide y pague la pensión de vejez a partir del 1° de marzo de 2017, día siguiente a la fecha en la cual realice el último aporte al sistema general de pensiones, **teniendo en cuenta los aportes efectuados durante los últimos diez (10) años cotizados, debidamente actualizados con lo establecido en la Ley 797 de 2003”** (subrayado fuera del texto original).*

Como bien se puede apreciar del texto en cita, si bien no se solicitó de manera textual la verificación de la tasa de remplazo, el actor sí pidió de manera clara que la entidad demandada procediera a reliquidarle su mesada pensional de acuerdo a lo cotizado en los 10 últimos años y teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 797 de 2003, ampliando de tal manera la revisión de su mesada pensional, lo cual incluye en efecto la tasa de remplazo, además como lo indicó el *a quo* COLPENSIONES incluso en la resolución SUB 192124 del 18 de julio de 2018, disminuyó la tasa de remplazo inicialmente reconocida pasando del 74,53% al 74,47%, sin que ello hubiere sido solicitado por el demandante, de manera que al ser pedida la reliquidación pensional de manera general, se entiende que la misma debe ser analizada bajo todos los parámetros establecidos por Ley para su cálculo, tomando como análisis también la tasa de remplazo, concluyéndose entonces que el operador judicial de primer grado fallo bajo las facultadas ultra y extra petita de manera correcta, permitiéndole a esta Corporación pronunciarse sobre el asunto.

Cálculos mesada pensional y retroactivo en esta instancia

Dispone el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10° de la Ley 797 de 2003, los siguiente:

“El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima”.

Verificada la historia laboral se tiene que el actor cotizó un total de 2,187 semanas durante toda su vida laboral, es decir, cotizó 887 semanas adicionales a las mínimas requeridas, que para la fecha del reconocimiento

pensional era de 1,300, por lo tanto, la tasa de remplazo corresponde a 80% teniendo en cuenta la formula decreciente antes señalada, por lo que, teniendo en cuenta lo cotizado durante los últimos 10 años, arroja un IBL de \$8.906.611,51 que al tomarse la tasa de remplazo aquí referida corresponde una mesada pensional para el **1° de junio de 2017 de \$7.125.289,21**, la misma que tuvo en cuenta el sentenciador de primera instancia y la cual efectivamente resulta superior a la otorgada por COLPENSIONES que ascendió a la suma de \$6.898.143, por lo tanto, deberá la entidad demandada reconocer las diferencias entre la mesada reconocida el 1° de junio de 2017 a la fecha 28 de febrero de 2022, lo cual arroja un valor de \$15.242.582,39 suma que deberá incrementarse hasta tanto la entidad pague el valor adeudado.

Debe advertirse que los cálculos aquí señalados se hicieron con apoyo del grupo liquidador dispuesto para esta instancia, la cual se adjunta al presente proyecto para una mayor claridad, encontrando de la misma que frente a las diferencias de las mesadas pensionales arrojó una suma inferior a la señalada en primera instancia, sin embargo, no consta dentro de los anexos de la demanda la liquidación efectuada por el *a quo*, a fin de verificar donde recae las diferencias, de manera que teniendo cuenta que el presente asunto también se está estudiando en grado jurisdiccional consulta a favor de COLPENSIONES, se modificará el valor de primera instancia respecto del valor de la reliquidación, dejándose como valor a pagar la suma de **\$15.242.582,39**, valor que seguirá incrementándose hasta tanto la entidad demandada proceda a su pago total.

En cuanto al valor del retroactivo, se tiene que la mesada pensional para el 1° de marzo de 2017, correspondió a la suma de \$7.125.289, por lo tanto, el valor del retroactivo entre el **1° de marzo de 2017 al 31 de mayo de 2017**, asciende a la suma de **\$21.375.867**, como lo dispuso el Juez de primera instancia.

Intereses moratorios – (ponencia compartida)

Sobre el tema, ha sido clara la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en señalar que los mismos también proceden para las pensiones

otorgadas bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, como así lo indicó en la sentencia SL – 2834 de 2018 radicado 63344 de sala de Descongestión N° 1 y en sentencia más reciente SL 1681 del 3 de junio de 2020.

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

En ese orden de ideas, se tiene que la demandante reclamó el derecho pensional **27 de febrero de 2017**, de manera que COLPENSIONES tenía hasta el **27 de junio de 2017**, para reconocer de manera correcta la prestación, esto es, otorgándola a partir del 1° de marzo de 2017, momento en que acreditó la totalidad de los requisitos legales para ello, por lo que habrá de reconocerse los mismos a partir del **28 de junio de 2017**, sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas entre el 1° de marzo de 2017 al 31 de mayo de 2017, suma que asciende a la fecha a **\$25.075.304**.

Ahora, en lo que respecta a la inconformidad de la entidad demandada, esto es, que no debe ordenarse el pago de intereses moratorios y a su vez indexación, pues son excluyentes entre sí, es un asunto que así lo ha determinado la Corte Suprema De Justicia Sala Laboral. No obstante, se tiene que el Juez únicamente reconoció los intereses moratorios sobre el retroactivo, más no sobre la reliquidación de la mesada pensional, pues sobre esta manifestó que debe incrementarse año a año conservando el poder adquisitivo de dicha prestación, lo cual hace referencia los incrementos del IPC contemplados en el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, más no sobre reconocimiento de indexación alguna.

Prescripción

Al respecto encuentra la Sala que la misma no está llamada a prosperar, toda vez que la pensión fue reconocida el 17 de mayo de 2017 mediante resolución SUB 674426 (fl.15), el demandante solicitó la reliquidación de la pensión de vejez y retroactivo el 11 de julio de 2018, la cual se resolvió mediante resolución SUB 192124 del 18 de julio de 2018 (fl.21) y la demanda se instauró el 29 de octubre de 2018 (fl.42), sin que entre una fecha y otra haya transcurrido el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL.

15

Por lo anterior, se **MODIFICARÁ PARCIALMENTE** la decisión objeto de apelación y consulta.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

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

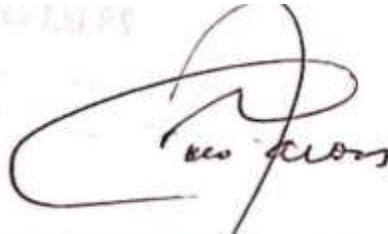
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los ordinales tercero y quinto, para en su lugar **ORDENAR** a COLPENSIONES como valor de las diferencias de las mesadas pensionales entre el 1° de junio de 2017 a la fecha 28 de febrero de 2022 la suma de \$15.242.582,39, valor que se incrementará hasta tanto la entidad pague el valor adeudado. En cuanto a los intereses moratorios los mismos correrán a partir del 28 de junio de 2017, sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas entre el 1° de marzo de 2017 al 31 de mayo de 2017, suma que asciende a la fecha a \$25.075.304, valor que también se incrementará hasta tanto la entidad incluya en nómina el valor de las mesadas adeudadas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

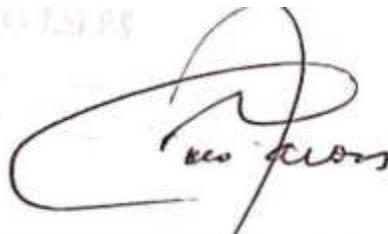


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES en la suma de \$1.000.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral

AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
2007	300	61,330	93,11	1,518	\$ 3.242.000,00	\$ 4.921.940,6	\$ 49.219.406,5	
2008	360	64,820	93,11	1,436	\$ 3.242.000,00	\$ 4.656.936,4	\$ 55.883.237,3	
2009	360	69,800	93,11	1,334	\$ 3.500.000,00	\$ 4.668.839,5	\$ 56.026.074,5	
2010	360	71,200	93,11	1,308	\$ 3.600.000,00	\$ 4.707.809,0	\$ 56.493.707,9	
2011	360	73,450	93,11	1,268	\$ 4.000.000,00	\$ 5.070.660,3	\$ 60.847.923,8	
2012	360	76,190	93,11	1,222	\$ 4.200.000,00	\$ 5.132.720,8	\$ 61.592.650,0	
2013	360	78,050	93,11	1,193	\$ 6.600.000,00	\$ 7.873.491,4	\$ 94.481.896,2	
2014	360	79,560	93,11	1,170	\$ 11.350.000,00	\$ 13.283.038,0	\$ 159.396.455,5	
2015	360	82,470	93,11	1,129	\$ 16.109.000,00	\$ 18.187.328,6	\$ 218.247.943,3	
2016	360	88,050	93,11	1,057	\$ 17.236.000,00	\$ 18.226.507,2	\$ 218.718.086,5	
2017	60	93,110	93,11	1,000	\$ 18.943.000,00	\$ 18.943.000,0	\$ 37.886.000,0	
Total días	3600					Total devengado actualizado a:	2017	\$ 1.068.793.381
Total semanas	514,29					Ingreso Base Liquidación		\$ 8.906.611,51
Total Años	10,00					Porcentaje aplicado		80%
						Primera mesada		\$ 7.125.289,21
						Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2017	\$ 737.717,00

17

Tabla Retroactivo Pensional						
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal	
01/03/17	31/05/17	5,75%	\$ 7.125.289,00	3,00	\$ 21.375.867	
Subtotal retroactivo pensional						\$ 21.375.867

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	Nº. Mesadas	Subtotal
01/06/17	31/12/17	205,75%	\$ 7.125.289,00	\$ 6.898.143,00	\$ 227.146,00	8,00	\$ 1.817.168
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 7.416.713,00	\$ 7.180.277,05	\$ 236.435,95	13,00	\$ 3.073.667
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 7.652.564,00	\$ 7.408.609,86	\$ 243.954,14	13,00	\$ 3.171.404
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 7.943.361,00	\$ 7.690.137,03	\$ 253.223,97	13,00	\$ 3.291.912
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 8.071.249,00	\$ 7.813.948,24	\$ 257.300,76	13,00	\$ 3.344.910
01/01/22	28/02/22	5,62%	\$ 8.524.853,00	\$ 8.253.092,13	\$ 271.760,87	2,00	\$ 543.522
Total retroactivo							\$ 15.242.582,39

Tabla Liquidación de Intereses Moratorios con					Fecha de Corte		28/02/2022
Mesada Causada	Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días en mora	Interés moratorio anual	Tasa de interés de mora diario	Capital	Subtotal Interés
mar-17	01/04/17	28/02/22	1795	27,45%	0,0665%	\$ 7.125.289,00	\$ 8.502.110,00
abr-17	01/05/17	28/02/22	1765	27,45%	0,0665%	\$ 7.125.289,00	\$ 8.360.014,00
may-17	01/06/17	28/02/22	1734	27,45%	0,0665%	\$ 7.125.289,00	\$ 8.213.180,00
Total intereses moratorios							\$ 25.075.304,00

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional 01-03-2017 a 31-05-2017	\$ 21.375.867,00
Intereses moratorios	\$ 25.075.304,00
Retroactivo diferencia pensional	\$ 15.242.582,39
Total	\$ 61.693.753,39

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

1

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO CONTRA LA UGPP y ANA DE JESÚS ARISTIZÁBAL DE PARDO como tercera ad excludendum

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita la señora **LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO** se **declare** que es beneficiaria de la pensión de jubilación que disfrutaba el señor EDUARDO PARDO ARISTIZABAL, en consecuencia, se **ordene** a la demandada a pagarle las mesadas causadas desde agosto de 2003, incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre, se condene al reconocimiento y pago de intereses moratorios y se **condene** ultra y extra petita (**fl.6**).

La señora **ANA DE JESÚS ARISTIZÁBAL DE PARDO** presentó demanda de reconvencción contra la señora LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO y la entidad accionada, interpretándose el objetivo de la misma como tercera ad excludendum, quien solicita se **declare** que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes del señor EDUARDO PARDO ARISTIZABAL en consecuencia, se **ordene** que se continúe en vigencia el reconocimiento y se **condene** ultra y extra petita (fl.111).

Como **hechos** fundamento de las pretensiones de la señora **LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO (fls.2 a 6)** se establecieron, en síntesis que el señor EDUARDO PARDO

ARISTIZABAL desapareció en el mes de agosto de 2003, en el Municipio de Caucasia – Antioquia, en razón a ello formuló ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Caucasia-Antioquia el 28 de septiembre de 2005, demanda de muerte presunta por desaparecimiento, en sentencia No. 146 del 4 de diciembre de 2007, se declaró la muerte presunta por desaparecimiento del señor EDUARDO PARDO ARISTIZABAL fijándose como fecha presunta de muerte el 2 de agosto de 2005, el día 15 de septiembre de 2008, se inscribió el registro civil de defunción en la registraduría de Caucasia-Antioquia con el No serial 05750996 anotando como fecha de defunción el 2 de agosto de 2005, que el señor EDUARDO PARDO ARISTIZABAL era beneficiario de la pensión de vejez que fue otorgada mediante resolución 0729 del 5 de abril de 1995, pensión que cobró hasta el día de su desaparición en el mes de agosto de 2003, que el señor EDUARDO PARDO ARISTIZABAL y la señora LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO contraer matrimonio por los ritos católicos el 21 de diciembre de 1974, en la ciudad de Ibagué –Tolima, que de dicha unión tuvieron 3 hijos todos mayores de edad, que en el mes de mayo de 1981, se da una separación de hecho, pero a finales del mes de septiembre de 1997, deciden unirse nuevamente y en el mes de enero de 1998, se trasladan a vivir a Medellín a la casa de su hija SANDRA LILIANA PARDO en donde vivieron tanto en Medellín como en Caucasia –Antioquia hasta febrero de 2001, que a comienzos del mes de marzo de 2001 y hasta el momento de la desaparición de su esposo convivieron junto a su hijo JULIO EDUARDO PARDO ESPITIA en la calle 21 No. 8-29 del barrio triangulo del Municipio de Caucasia –Antioquia, que mediante derecho de petición el 22 de enero de 2008, solicitó ante CAPRECOM el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, así mismo, la pensión fue solicitada por la señora ANA DE JESÚS ARISTIZABAL como madre del señor EDUARDO PARDO ARISTIZABAL en mes de septiembre de 2005, mediante resolución No. 1010 del 8 de mayo de 2009, CAPRECOM le negó el reconocimiento de la pensión, en su lugar la prestación le fue reconocida a la señora ANA DE JESÚS ARISTIZABAL en cuantía de \$1.574.827 a partir del 3 de agosto de 2005.

Como **hechos** fundamento de las pretensiones de la señora **ANA DE JESÚS ARISTIZÁBAL DE PARDO (fls.2 a 6)** se establecieron que el señor EDUARDO PARDO ARISTIZABAL contrajo matrimonio por el rito católico con la señora LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO con quien procreó 3 hijos todos mayores de edad, que desde el mes de mayo de 1981 hasta el momento de la desaparición del señor EDUARDO PARDO ARISTIZABAL no convivían juntos, que para el momento de su desaparición vivía en la carrera 16 No. 14-25 del barrio pueblo nuevo en Caucasia –Antioquia, que

la señora ANA DE JESÚS ARISTIZABAL dependía de su hijo quien la tenía como beneficiaria en salud y de los derechos de la cooperativa prosperando, que mediante resolución No. 1010 del 8 de mayo de 2009, CAPRECOM analizando las pruebas aportadas al proceso pudo establecer que la señora LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO no convivió los últimos 5 años con el causante y que era su madre quien tenía derecho a la pensión de sobrevivientes por depender económicamente de pensionado fallecido, decisión que no fue impugnada por la señora LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO, que en el mes de mayo de 1981, hubo una separación de hecho con el causante, por lo que la señora LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO vivió en la ciudad de Ibagué hasta junio de 2004 y el señor EDUARDO PARDO ARISTIZABAL se fue a vivir al Municipio de Caucasia –Antioquia.

3

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **UGPP sucesora de CAPRECOM** contestó (**fls. 143 a 146**) oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 3, 5 y 18; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido y prescripción (**fl.143 a 146**).

La **LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO** contestó las pretensiones de ANA DE JESÚS ARISTIZABAL como tercera ad excludendum; señalando ser ciertos los numerales 1 a 4, 9 al 12 y 17, parcialmente ciertos los hechos 8 y 15; los cuales tiene relación con la pensión que percibía el causante, fecha de desaparición y declaración de muerte presunta, celebración matrimonio católico con el señor EDUARDO PARDO ARISTIZABAL y reconocimiento acto administrativo que le negó el derecho y le reconoció la prestación a la señora ANA DE JESÚS ARISTIZABAL en calidad de madre dependiente del causante, en cuanto a los demás hechos dijo no ser ciertos, propuso como excepciones de fondo ineptitud de la demanda de reconvención y ausencia del derecho invocado (**fls. 154 a 160**).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Cumplidos los trámites de un proceso ordinario laboral de primera instancia, ante el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de mayo de 2020, **absolvió** a la UGPP de todas las pretensiones formuladas en su contra por la señora LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO, **accedió** a las pretensiones de la demanda de

reconvención. En consecuencia, declaró que la señora ANA DE JESÚS ARISTIZABAL tiene derecho a la pensión de sobrevivientes del señor EDUARDO PARDO ARISTIZABAL ordenando que se continúe con el reconocimiento y pago de la pensión a cargo de CAPRECOM hoy UGPP conforme se dispuso en la resolución 1010 del 8 de mayo de 2009 y **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra (**fl. CD 555**).

Como **argumento de su decisión** argumentó que se encontraba acreditada la calidad de cónyuge de la demandante LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO conforme al registro civil de matrimonio aportado al proceso en donde consta que contrajo nupcias con el causante el 21 de diciembre de 1974, en cuanto a la convivencia adujo la sentenciadora que de acuerdo a la declaración extra proceso de las demandantes se podía concluir que la pareja de esposo procrearon 3 hijos, sin embargo, refiere que no existe prueba de los registros de nacimiento para establecer los 5 años de convivencia en cualquier tiempo como lo estipula la norma y más teniendo en cuenta que se pueden tener hijos sin la necesidad de convivir con dicha persona, resaltando que el simple vínculo matrimonial no conlleva a una convivencia permanente, por otra parte, se había allegado declaraciones extra juicio de MARÍA MELBA LUNA y DIANA ALEXANDRA MORENO, que en nada favorecen a la accionante quien pretende probar una relación entre 1996 hasta la fecha del desaparecimiento del causante en 2003, toda vez declararon lo contrario, pues dijeron que el señor EDUARDO vivía solo en la carrera 16 No. 14 -25 en el barrio pueblo nuevo en Caucasia y que la demandante tuvo diferentes parejas en ese lapso de tiempo con quienes vivió bajo el mismo techo en la carrera 4b 37 62 del barrio nacional. Así mismo, en el expediente administrativo se encuentran otras pruebas como la dirección de notificación del difunto, la constancia de denuncia de la Fiscalía instaurada por la hermana del señor Pardo, certificación como beneficiaria la señora Ana de Jesús por el causante en la EPS, pruebas que no favorecen la tesis de la accionante. Aunado a ello, en el estudio hecho por CAPRECOM se afirma que hubo 2 procesos de alimentos y custodia del 14 de octubre de 1981 y en 1986, lo que muestra que la pareja no tenía buena relación.

Con lo anterior, consideró la Juez que la demandante no logró acreditar los requisitos necesarios para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del señor Pardo, al no acreditarse el requisito de convivencia y mucho menos se demostró que efectivamente continuo haciendo parte de la familia del fallecido, demostrándose también por lo dicho por la demandante que el señor Pardo tenía episodios de adicción lo cual les trajo

problemas, que el señor Pardo tuvo otro lugar de residencia lo que demuestra la inestabilidad en la relación y no existe prueba de que vivieran bajo el mismo techo.

Sobre las pretensiones de la demanda de reconvención arguyó la falladora de primera instancia que la norma establece que a falta de cónyuge se puede sustituir la pensión de sobrevivientes a los padres del causante, sobre esto la calidad de madre estaba plenamente probada con el registro civil de nacimiento del causante y en cuanto a la dependencia económica el mismo se encontraba demostrado al ser la madre beneficiaria de la EPS del difunto y adicional a que CAPRECOM había reconocido la pensión en favor de la señora ANA DE JESÚS ARISTIZABAL.

5

RECURSO DE APELACIÓN

La señora **LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO** interpuso recurso de apelación señalando que la Juez hizo interpretación errónea de la norma, toda vez que la norma aplicable en su literal b.) inciso final del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que es posible sustituir la pensión si se acredita la convivencia de los 5 años anteriores a la muerte del causante o en cualquier tiempo, debiéndose tener en cuenta que fue afirmado en los hechos de la demanda y en la demandada de reconvención que la convivencia con el causante se dio desde marzo de 1973 hasta mayo de 1981, de manera que resulta irrelevante que deba probarse una convivencia dentro los últimos 5 años anteriores al fallecimiento. Adicionalmente, el Juez anterior que profirió la sentencia del 18 de marzo de 2016, que fue declarada nula por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral lo dio como hecho probado, entonces no se entiende el por qué la controversia, pues la convivencia se prueba en cualquier época. Debiéndose dar aplicación a la seguridad jurídica, como se manifiesta en la sentencia C-883 de 2001, que establece que todos los jueces deben responder igual en todos los casos iguales o al menos similares, por lo tanto, solicita que se revoque en todas sus partes la sentencia.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes enunciados en precedencia corresponde a esta Sala de Decisión determinar si la señora LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge del señor EDUARDO PARDO ARISTIZABAL.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

No son materia de controversia los siguientes aspectos: **1.)** que al señor EDUARDO PARDO ARISTIZABAL le fue reconocida pensión de jubilación por parte de CAPRECOM a través de resolución 0729 del 5 de abril de 1995, una vez acreditará el retiro del servicio situación que acreditó el 1° de enero de 1995 (fls. 186 a 196), **2.)** mediante sentencia del 4 de diciembre de 2007, el Juzgado Promiscuo de Familia de Caucaasia-Antioquia declaró la muerte presunta por desaparecimiento del señor EDUARDO PARDO ARISTIZABAL, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Antioquia Sala Civil-Familia el 9 de julio de 2008 (fls. 334 a 345/44 a 50), **3.)** Obra registro de defunción del señor EDUARDO PARDO ARISTIZABAL con fecha de fallecimiento 2 de agosto de 2005 (fl.20), **4.)** Que el señor EDUARDO PARDO ARISTIZABAL y la señora LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO contrajeron matrimonio el 21 de diciembre de 1974 (fl.24), **5.)** Mediante resolución 1010 del 8 de mayo de 2009, CAPRECOM niega el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO por demostrar en forma contundente su convivencia como cónyuge con el causante durante los últimos 5 años y reconoció la prestación a la señora ANA DE JESÚS ARISTIZABAL en calidad de madre del causante en cuantía de \$1.574.827 a partir del 3 de agosto de 2005 (fls. 24 a 27), **6.)** La señora ANA DE JESÚS ARISTIZABAL falleció el 17 de diciembre de 2015, declarándose la sucesión procesal por parte del Juzgado el 23 de febrero de 2018 (fl.463 y 529).

Planteadas, así las cosas, debe comenzar la Sala por señalar, que la norma que gobierna la situación pensional aquí debatida, no es otra que la Ley 797/2003, art. 13, que modificó la Ley 100/1993, art. 47 si se tiene en cuenta que el señor EDUARDO PARDO ARISTIZABAL falleció el 2 de agosto de 2005 (fl.20). Dicha preceptiva reguló íntegramente lo referente a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

“Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte”;

Ahora, frente al **requisito de convivencia**, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha señalado que este requisito es indispensable para otorgar la prestación de sobrevivientes, la cual comprende aspectos que van más allá del meramente económico, pues implica el acompañamiento espiritual permanente, proyecto familiar común, apoyo económico, el compartir la vida de pareja y la cohabitación bajo el mismo techo, que es la regla. Es cierto, que la jurisprudencia en casos excepcionalísimos ha eximido del requisito de la cohabitación, pero siempre y cuando el concepto de pareja, con vocación verdadera de conformar una familia y proyecto de vida en común en los términos del artículo 42 superior, subsista **(CSJ SL rad. 42792 del 22 de noviembre de 2011)**.

7

También ha recalcado la CSJ Sala de Casación Laboral que, no es el simple hecho de la residencia en una misma casa lo que la configura, sino otras circunstancias que tienen que ver con la continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y afectivo, y en general el acompañamiento espiritual permanente que den la plena sensación de que no ha sido la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial, sino que por situaciones ajenas a su voluntad que en muchos casos por solidaridad, familiaridad, hermandad y diferentes circunstancias de la vida, muy lejos de pretender una separación o ruptura de la pacífica cohabitación, hacen que, la unión física no pueda mantenerse dentro de un mismo lugar.

Precisa y reitera que, la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen **pero que no den a entender que el vínculo matrimonial o de hecho ha finalizado definitivamente**, el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho **(CSJ SL14237-2015, SL6519-2017)**.

Así mismo, la CSJ SL en **sentencia SL 1399 del 25 de abril de 2018**, estableció que, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pasos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, **excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.**

En relación a la **cónyuge**, dicha Corporación ha defendido que la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir *en cualquier tiempo*, **siempre que el vínculo**

matrimonial se mantenga intacto (SL 1399/2018-SL 4047/2019), al considerar que la separación de cuerpos solo extingue el deber de cohabitación, más no es un obstáculo para que él o la cónyuge que haya convivido durante 5 años con el causante, acceda a la prestación, por cuanto, no extingue de suyo los deberes recíprocos de los cónyuges de entrega mutua, apoyo incondicional y solidaridad, los cuales perviven hasta tanto se disuelva el vínculo matrimonial. Entendiéndose que con tal aspecto se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social **(SL 5169 del 27 de noviembre de 2019)**.

De los planteamientos esbozados, es claro que la Corte Suprema de Justicia varió su postura en cuanto a que, la cónyuge separada de hecho, a aparte de exigírsele el cumplimiento de 5 años de convivencia en cualquier tiempo, debía también demostrar el apoyo, solidaridad y ayuda mutua con posterioridad a la separación conyugal de hecho, pues en su nuevo criterio el exigirle a la cónyuge la demostración de apoyo mutuo y solidaria hasta el momento del fallecimiento del causante, es fundar un requisito que no contempla el inciso 3° del literal b.) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, considera la alta Corporación que permitirle a la cónyuge separada de hecho el solo cumplimiento de 5 años de convivencia en cualquier tiempo, es una forma de proteger su derecho, teniendo en cuenta que aportó a la construcción de la pensión del causante, señalando textualmente:

“Pues bien, de la normativa transcrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes» para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b). Nótese que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido.

Justamente, esa es la teología y alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se reitera, no dejar desamparado(a) al(la) cónyuge supérstite separado(a) de hecho que mantiene el vínculo marital vigente, quien en su momento aportó a la construcción del derecho pensional del causante; pero, además, su contenido encuadra en las realidades o situaciones sociales que regula dicho precepto, esto es, no invisibiliza las diferentes circunstancias que generalmente rodean la dejación de la vida en comunidad entre esposos.

*En efecto, no es ajeno al conocimiento colectivo que la decisión de separarse de hecho del cónyuge, **comúnmente proviene de problemas estructurales que aquejan la relación de pareja, que, debido al impacto emocional que aquellos generan en los consortes, terminan por convertirse en causas de distanciamiento.***

Cada una de esas situaciones, por supuesto, no puede ser prevista por el legislador; y es precisamente, en ese contexto, en el que el juez entra a jugar su rol de intérprete de la norma a efectos de zanjar la necesidad de que el ordenamiento jurídico cubra esos escenarios. Así lo reconoció, por ejemplo, esta Corporación en un reciente pronunciamiento en el que explicó que la convivencia no se puede descartar por la pura y simple separación de cuerpos de la pareja y, en dicho caso, otorgó la pensión de sobrevivientes a la cónyuge superviviente del causante pese a no convivir con él, ni mantener lazos de afecto, pues determinó que la renuncia a la cohabitación estaba justificada por los malos tratos a que era sometida y obedecía al ejercicio legítimo de protección de sus derechos a la vida e integridad personal (CSJ SL2010-2019).

Por ello, es totalmente desafortunado entender que el derecho no ampare a la cónyuge separada de hecho que concluyó su relación de convivencia de tal forma, que no tiene en su perspectiva continuar manteniendo lazos de afecto con su esposo.

Precisamente, la no existencia de lazos de afecto frente a una persona con la que convivió, pero que por alguna circunstancia ya no forma parte de su vida, no puede convertirse en una causal para negar un derecho, máxime cuando la ley a cuya interpretación se apela para tal desconocimiento, no contempla ese requisito. Incluso si estableciera como exigencia tal paradigma decimonónico, que sería absolutamente contrario a los principios de igualdad y de equidad de género que establece nuestro ordenamiento constitucional, se haría más imperiosa la necesidad de su adecuación judicial a través de la interpretación para ampliar las categorías de protección a aquellas situaciones que no contempla la norma.

Así las cosas, a juicio de la Sala, el Tribunal restringió la norma analizada al concluir que la demandante no acreditó que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes», luego de la separación de hecho, en razón a que tal requisito no lo contempla la disposición en referencia».

De acuerdo a los anteriores precedentes jurisprudenciales, queda claro que la cónyuge sin sociedad conyugal disuelta (sentencia **C-515 del 30 de octubre de 2019**), que acredite una convivencia no menor a 5 años con el causante en cualquier tiempo tiene derecho acceder a la pensión de sobrevivientes, en el presente asunto se tiene que la señora LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO contrajo matrimonio con el causante el 21 de diciembre de 1974, según relata en los hechos de la demanda para mayo de 1986 se dio una separación de hecho con el señor EDUARDO PARDO ARISTIZABAL, pero para el año 1998, deciden convivir nuevamente en el Municipio de Caucasia – Antioquia hasta el día de su desaparición, sin embargo, de las pruebas recaudadas en el plenario, debe decirse que no queda constancia sobre esa convivencia durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del causante, pues los testigos que declararon a su favor no acreditaron dicha convivencia, pues su parte el señor CARLOS

MARIO ÁVILA dijo que conoció a la pareja en el año 1996, pero dijo no constarle donde convivieron después del año 2002, por otro lado, el señor JAIME ALBERTO GUARDIA dijo que la última vez que los visitó fue en el año 1999 y en las declaraciones extra proceso rendidas por EDILMA ZANAIDA DÍAZ CORONADO y ORLANDO PARDO ARISTIZABAL manifestaron que el causante vivía solo para el momento de su desaparición.

No obstante, debe decirse que la Juez pasó por alto que en el caudal probatorio sí quedó acreditado los 5 años de convivencia en cualquier tiempo con sociedad conyugal vigente como lo dispone la jurisprudencia anteriormente citada, toda vez que la señora ANA DE JESÚS ARISTIZABÁL mamá del causante en su demanda de reconvención reconoce en el hecho 5 que la separación de hecho entre el causante y la señora LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO se dio en mayo de 1981, por lo que teniendo en cuenta la fecha en que contrajeron matrimonio 21 de diciembre de 1974 y la fecha antes dicha, se acredita una convivencia de 7 años, lo cual la hace acreedora al derecho reclamado, aspecto que incluso se corrobora con la demanda de alimentos a los que hace mención CAPRECOM en la resolución 1010 del 8 de mayo de 2009 y al que hizo referencia la *a quo*, pues allí se plasma que para el año 1981 el causante entabló demanda de custodia de los hijos contra la señora LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO, lo cual deja entrever que en efecto la separación de hecho se dio para dicho año.

En tal sentido, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la prestación económica solo le correspondía a la señora LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO en su calidad de cónyuge y no a la señora ANA DE JESÚS ARISTIZABAL en calidad de madre del causante, toda vez que el literal d.) de dicha normatividad establece que solo a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente este, por consiguiente, la prestación deberá reconocerse únicamente a la demandante.

En cuanto a la fecha en que deberá ser reconocida la prestación, lo será a partir del **17 de diciembre de 2015**, momento del fallecimiento de la señora ANA DE JESÚS ARISTIZABAL teniendo en cuenta que a partir de dicha data la entidad ha dejado de pagar las mesadas pensionales, en cuanto al monto lo será en el mismo que percibía el causante para el momento de su deceso con los incrementos de Ley, no siendo procedente el reconocimiento de la pensión a partir de la fecha del fallecimiento del señor EDUARDO PARDO ARISTIZABAL toda vez que la entidad demandada reconoció

las mesadas pensionales a la señora ANA DE JESÚS ARISTIZABAL hasta el día de su deceso, correspondiéndole a la actora es repetir contra sus herederos por el monto de lo que indebidamente recibió, tal como se indicó en la sentencia con radicado No. 21572 del 7 de marzo de 2006, proferida por la CSJ Sala de Casación Laboral, no siendo una responsabilidad que deba acarrear la entidad demandada, ya que como se ha venido señalando la misma otorgó el derecho pensional a quien en su momento acreditó la totalidad de los requisitos para acceder a ella.

El anterior criterio también se encuentra plasmado en la sentencia con radicado 3654 del 10 de agosto de 2010 de la CSJ Sala de Casación Laboral, en la cual textualmente se señaló:

“Aun cuando es cierto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 212 del Código Sustantivo del Trabajo, y en tratándose de pensión de sobrevivientes, la presencia de nuevos beneficiarios acreditados, distintos a los que reconoció el empleador, habilitan a éste para efectuar hacia el futuro una nueva distribución del derecho, pero con referencia a las mesadas causadas y canceladas sólo podrán cobrarse las respectivas cuotas a quienes las percibieron...”.

Intereses moratorios

Se tiene que efectivamente los mismos no dependen de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria, sin embargo, la CSJ Sala de Casación Laboral ha establecido ciertas excepciones frente al tema como cuando se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial, como por ejemplo el principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL787-2013). Y el otro, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014 reiterado SL 3051/2019), en éste caso se tiene que la entidad demandada al momento que negó el derecho pensional a la demandante, esto es, mediante resolución 1010 del 8 de mayo de 2009, se acogió al contenido estricto de la norma que disponía los 5 años de convivencia de la cónyuge anteriores al fallecimiento del causante, pues el criterio respecto de los 5 años de convivencia en cualquier tiempo fue plasmado jurisprudencialmente a partir del año 2015 como deja constancia la sentencia SL 1399 del 25 de abril de 2018, de lo cual se colige que la negación por parte de la accionada tuvo justificación, por lo tanto, no se accederá al reconocimiento de intereses moratorios.

Prescripción

Se tiene que dicha excepción no prospera en el caso *sub examine* como quiera que la prestación se está reconociendo a partir del 17 de diciembre de 2015, momento para el cual ya se había instaurado la demanda por parte de la señora LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO el 24 de abril de 2013 (fl.69).

12

Así las cosas, se **revocará** la sentencia de primera instancia.

COSTAS:

COSTAS en ambas instancias a cargo de la UGPP de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

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

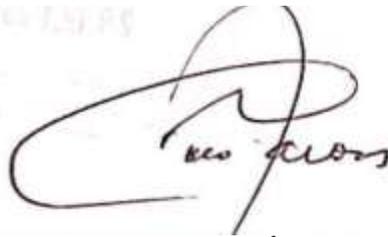
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar **CONDENAR** a la UGPP a reconocer y pagar a favor de la señora LUCRECIA ESTUPIÑAN DE PARDO la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge del causante EDUARDO PARDO ARISTIZABAL a partir del 17 de diciembre de 2015, en las mismas condiciones en que la venía percibiendo el *cujus* con los incrementos de ley a que haya lugar.

SEGUNDO: ABSOLVER a la UGPP de las pretensiones incoadas por la señora ANA DE JESÚS ARISTIZABAL de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la UGPP de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

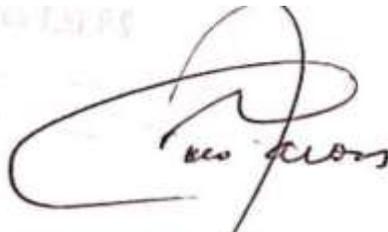


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la UGPP en la suma de \$1.000.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ROSA ARACELI RODRÍGUEZ
GÓMEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE
CUNDINAMARCA -CAR**

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ARACELI RODRÍGUEZ GÓMEZ** se **declare** que le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente JUAN NEPOMUCENO RODRÍGUEZ AGATON. En consecuencia, se **condene** a las demandadas al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del fallecimiento del causante, se **ordene** al pago de las respectivas mesadas de manera retroactiva a la fecha en que se causó el derecho, se **ordene** el pago por mesadas pensionales ordinarias y adicionales o por cualquier otro concepto que hubiere generado en vida el causante y no fueron cobradas o retiradas por el titular, se **ordene** el pago de mesada adicionales de manera retroactiva a la fecha en que se causó el derecho, se **declare** que al causante le correspondía el porcentaje por persona a cargo equivalente al 14% por su

compañera permanente, se **ordene** el reconocimiento y pago del auxilio funerario, se **ordene** el pago de todas y cada una de las sumas solicitadas, incrementadas en los porcentajes que por ley se hayan determinado durante el periodo comprendido entre la causación del derecho y el momento en que se haga efectivo el pago, se **condene** a la sanción por mora sobre todas y cada una de las sumas que se llegaren a reconocer, se **condene** al pago de la indemnización integral de perjuicios, se **decrete** la inclusión de la actora en las correspondientes nóminas de pensionados, se **condene** ultra y extra petita, se **condene** al pago de agencias en derecho y costas procesales, se **ordene** que el pago de todas y cada una las sumas que se llegaren a reconocer sean debidamente indexadas (**fls. 2 a 3 y 69 a 70 reforma de la demanda**).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl.3 a 5 y 70 a 72 reforma de la demanda), señaló en síntesis que a partir del año 1996, decidió de manera libre, voluntaria y responsable conformar un hogar con el señor JUAN NEPOMUCENO RODRÍGUEZ AGATON la cual se prolongó de manera ininterrumpida por un lapso superior a 10 años compartiendo techo, lecho y mesa, que dicha unión se procreó una niña que falleció en el año 2002, que era el causante quien aportaba los recursos económicos indispensables para el hogar, que el señor JUAN NEPOMUCENO RODRÍGUEZ AGATON obtuvo la pensión de jubilación por parte de la CAR que al cumplir los 60 años de edad la pensión de jubilación fue compartida, que el día 6 de octubre de 2007, el señor JUAN NEPOMUCENO RODRÍGUEZ AGATON falleció, que con ocasión a ello tuvo que asumir el velorio y sepelio y que le fue reconocida por parte de la CAR la mesada pensional en la proporción que el causante percibía de dicha entidad.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

En cuanto a **COLPENSIONES** se le tuvo por **no contestada la demanda**, mediante auto de fecha 4 de abril de 2017, al no haberse pronunciado sobre la reforma a la demanda durante el término del traslado (fl.82).

En cuanto a la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA –CAR** se opuso a todas y cada una de las pretensiones de

la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser ciertos numerales 1 al 18 y 21; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción de mesadas pensionales.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 6 de agosto de 2020, **absolvió** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas, declaró probada la excepción de buena fe e inexistencia de la obligación propuesta por la CAR y se abstuvo de condenar en costas **(CD fl.170)**.

Fundamentó su decisión, señalando que no se discutía la condición de pensionado que gozaba el causante, teniendo en cuenta que la CAR mediante resolución 1551 de 1987, le reconoció pensión de jubilación al señor JUAN NEPOMUCENO RODRÍGUEZ AGATON a partir del 1° de enero de 1987, posteriormente, mediante resolución 00880 de 1995, el ISS reconoció pensión de jubilación de carácter compartida a partir del 27 de mayo de 1991. Aduce la Juez que la demandante señala haber tenido convivencia con el causante desde el año 1997, fecha a partir del cual compartieron techo, lecho y mesa de manera ininterrumpida hasta la fecha de su fallecimiento en Sutatausa –Cundinamarca.

Para lo cual aportó como pruebas documentos disolución de la liquidación de la sociedad conyugal que tuvo el causante con la señora REBECA RODRÍGUEZ a través de escritura pública No. 589 de 1988, siendo el motivo por el cual no fue vinculada al proceso por la notoria ausencia de requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, que según cédula de ciudadanía de la demandante se tenía que nació el 30 de mayo de 1975, por lo que al momento del deceso del causante contaba con 32 años de edad, por lo tanto, de llegarse a determinar que la demandante es beneficiaria de la pensión la misma sería de manera vitalicia.

Además, aportó declaraciones extra juicio, fue escuchada en interrogatorio de parte a la demandante y se recaudó el testimonio de la señora SANDRA

MIRANDA y MARÍA LUCIA SIERRA VEGA precisando la *a quo* que la prueba testimonial traída al asunto no goza de credibilidad por cuanto se trató de testigos de oídas resultando parcializada su declaración, en cuanto al testimonio de la señora SANDRA MIRANDA afirmó haber vivido en la misma casa en calidad de arrendataria durante un periodo de 15 años, cancelando el arriendo al señor JUAN RODRÍGUEZ y una vez éste fallece siguió cancelando pero a la demandante, por lo que la relación de la demandante con la testigo fue meramente contractual a pesar de que la testigo indique su relación era de amistad y que los veía seguido, lo cierto es que su respuesta en cuanto a la vida del señor JUAN NEPOMUCENO RODRÍGUEZ AGATON y los hijos que tuvo iniciaba diciendo que le dijeron o que le contaron por lo que no le constaba directamente, además de que al responder las preguntas de COLPENSIONES tuvo varias contradicciones, pues había afirmado que se trasladó al Departamento de Boyacá durante un tiempo entre 1996 a 2017, no quedando claro si era de manera permanente o parcial, situación que genera duda sobre la certeza que tuviera sobre la vida marital de la pareja de forma directa, teniendo en cuenta que se encontraba ausente, máxime cuando ella misma mencionó que en el momento de morir el causante no se encontraba en Sutatausa y cuando volvió fue que se enteró de lo sucedido.

Por su parte, la señora MARÍA LUCIA SIERRA VEGA había afirmado ser amiga de la demandante y ahijada del señor JUAN NEPOMUCENO RODRÍGUEZ AGATON manifestando que le constaba la relación que había mantenido con la demandante, que habían tenido una hija que nació en el año 2000, situación contraria a lo consignado en el registro civil de nacimiento, pues la menor nació en el año 2002, además de que sus hechos tampoco derivaba de constancias de manera directa, por lo que a pesar de que se indicó que iba de manera constante a la casa de su padrino no específico circunstancias de tiempo, modo y lugar que evidenciará por lo menos 5 años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante. De otro lado, se observada del expediente administrativo declaración extra proceso rendida por la demandante el día 7 de abril de 2008, en donde manifestó que convivió con el actor hasta el día de su fallecimiento, es decir, hasta el 6 de octubre de 2007, dependiendo económicamente de éste, contrario encontró el Despacho que en resolución GNR 42947 del 23 de

febrero de 2015, en la cual se niega el reconocimiento pensional a la demandante teniendo en cuenta el informe investigativo No. 8507, en el cual la actora manifestó que desde el momento en que falleció la menor no volvió a tener relación con el causante, además de que una de las hijas del causante refutó lo dicho por la demandante indicando que había sido contratada para cuidar a su padre, que no tenía ningún tipo de relación marital y además de que era sobrina en segundo grado del señor NEPOMUCENO, sin que la demandante se opusiera a ello, es más afirmó que dormían en camas separadas agregando además, que los vecinos y conocidos manifestaron que siempre le cancelaron los servicios prestados a favor del causante, por lo tanto, sostuvo la sentenciadora de primer grado que no se logró acreditar los requisitos para hacerse beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente, por cuanto si bien entre la demandante y el causante procrearon una hija quien nació y falleció al día siguiente, ello no probaba que la convivencia se hubiera mantenido durante los 5 últimos años anteriores al fallecimiento del causante.

CONSULTA

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

C O N S I D E R A C I O N E S

Conforme a los antecedentes enunciados corresponde a esta Sala de Decisión determinar si efectivamente la señora ROSA ARACELI RODRÍGUEZ GÓMEZ acredita los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor JUAN NEPOMUCENO RODRÍGUEZ AGATON en de compañera permanente. En caso positivo, se analizará las demás pretensiones solicitadas.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

No son materia de controversia los siguientes aspectos: **1.)** que al señor JUAN NEPOMUCENO RODRÍGUEZ AGATON le fue reconocida pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de \$371.058 a través de resolución No. 1551 de 1987, el ISS hoy COLPENSIONES mediante resolución No. 008080 de 1995, le reconoció pensión de vejez a partir del 27 de mayo de 1991 en cuantía de \$51.720 y partir del 1° de septiembre de 1995, le fue reconocido por parte de la CORPORACIÓN AUTONOMA DE CUNDINAMARCA CAR la diferencia entre el valor de la pensión por vejez reconocida por el ISS y la de jubilación reconocida por la CAR (fls. 14 a 16) **2.)** que el señor JUAN NEPOMUCENO RODRÍGUEZ AGATON estuvo casado con la señora REBECA RODRÍGUEZ de quien se separó y liquidó la sociedad conyugal mediante escritura pública No. 589 del 15 de septiembre de 1988 (fls. 39 a 45), **3.)** que COLPENSIONES mediante resolución GNR 42947 del 23 de febrero de 2015, negó el derecho pensional a la demandante con base en el informe investigativo No. 8507 al no haberse demostrado que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte (fls. 35 a 37), **4.)** que entre el señor JUAN NEPOMUCENO RODRÍGUEZ AGATON y la demandante procrearon una hija de nombre ROSA ARACELI RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ quien nació el 18 de abril del año 2002 y falleció el mismo año de acuerdo a lo indicado en la demanda (fls. 3 y 11).

Planteadas, así las cosas, debe comenzar la Sala por señalar, que la norma que gobierna la situación pensional aquí debatida, no es otra que la Ley 797/2003, art. 13, que modificó la Ley 100/1993, art. 47 teniendo en cuenta que el señor JUAN NEPOMUCENO RODRÍGUEZ AGATON falleció el 6 de octubre de 2007 (*fl.10*). Dicha preceptiva reguló íntegramente lo referente a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

“Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte”;

Ahora, frente al **requisito de convivencia**, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha señalado que este requisito es indispensable para otorgar la prestación de sobrevivientes, la cual comprende aspectos que van más allá del meramente económico, pues implica el acompañamiento espiritual permanente, proyecto familiar común, apoyo económico, el compartir la vida de pareja y la cohabitación bajo el mismo techo, que es la regla. Es cierto, que la jurisprudencia en casos excepcionalísimos ha eximido del requisito de la cohabitación, pero siempre y cuando el concepto de pareja, con vocación verdadera de conformar una familia y proyecto de vida en común en los términos del artículo 42 superior, subsista (**CSJ SL rad. 42792 del 22 de noviembre de 2011**).

También ha recalcado la CSJ Sala de Casación Laboral que, no es el simple hecho de la residencia en una misma casa lo que la configura, sino otras circunstancias que tienen que ver con la continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y afectivo, y en general el acompañamiento espiritual permanente que den la plena sensación de que no ha sido la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial, sino que por situaciones ajenas a su voluntad que en muchos casos por solidaridad, familiaridad, hermandad y diferentes circunstancias de la vida, muy lejos de pretender una separación o ruptura de la pacífica cohabitación, hacen que, la unión física no pueda mantenerse dentro de un mismo lugar.

Precisa y reitera que, la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen **pero que no den a entender que el vínculo matrimonial o de hecho ha finalizado definitivamente**, el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho (**CSJ SL14237-2015, SL6519-2017**).

Así mismo, en su último pronunciamiento, la CSJ SL estableció que, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pasos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, **excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las**

relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida (sentencia SL 1399 del 25 de abril de 2018).

En cuanto a la **compañera permanente**, la providencia antes citada, estableció que es **indispensable la convivencia dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento cuando se trata del pensionado fallecido**, teniendo en cuenta que, al no cumplirse dicho requisito, no puede considerarse como miembro del grupo familiar, considerando que en el caso de la o él compañero permanente, por tratarse de una situación de facto, derivada de la decisión libre y espontánea, es necesario el cumplimiento de tal requisito previo al fallecimiento.

En último pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia **SU 149 de 2021**, se reiteró el requisito de 5 años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante que debe acreditar la compañera permanente, **independientemente si el *cujus* era afiliado cotizante o pensionado**, precisando lo siguiente:

“Pese a que la legislación contempla, por igual, al grupo familiar del pensionado y del afiliado fallecidos como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003) y que, de cara al principio de igualdad, la protección derivada del requisito de convivencia es necesaria para asegurar que personas distintas a los miembros del grupo familiar no obtengan indebidamente reconocimientos pensionales a su favor, la sentencia cuestionada introdujo una diferenciación en la materia. En particular, dispuso que la exigencia al cónyuge o la compañera o compañero permanente de acreditar el mínimo de cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante solo era aplicable cuando estos fueran pensionados, mas no en el caso de los afiliados.

La Sala Plena considera que esta distinción no corresponde con los propósitos de la pensión de sobrevivientes en general ni con los del requisito de convivencia, en particular. Así mismo, esa diferenciación no obedece a una justificación objetiva que atienda al principio de igualdad. Sobre este aspecto, debe tenerse en cuenta que cualquier distinción entre sujetos que acceden a la misma posición jurídica, en este caso la sustitución pensional o la pensión de sobrevivientes, según el caso, debe responder a una razón verificable y que suponga la atención de derechos, bienes o valores constitucionales significativos. De lo contrario, se estará ante una distinción arbitraria y, por ende, que vulnera el principio de igualdad.

La argumentación de la Sala de Casación Laboral no justifica este trato desigual entre los beneficiarios del pensionado y del afiliado. Contrario a lo que sostuvo la Corte Suprema de Justicia, el hecho de que en el caso del afiliado no se haya causado el derecho pensional antes de su fallecimiento no es óbice para que sus familiares requieran las mismas protecciones ante la eventualidad de que personas ajenas al grupo familiar obtengan artificiosamente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Esto bajo el entendido de que la concesión de esa prestación económica se fundamenta en la dependencia con el afiliado o causante, la cual es análoga en ambos casos y según se ha insistido en los argumentos anteriores.

En este sentido, la Sala Plena comparte el argumento según el cual esta protección también es necesaria para la familia del afiliado, pues las pensiones de sobrevivientes causadas en este supuesto también son susceptibles de situaciones fraudulentas y, sin la exigencia de un mínimo de convivencia, personas que no integraban el grupo familiar del afiliado podrían obtener exitosamente el reconocimiento pensional.

Nótese que, de acuerdo con los órdenes con base en los cuales se reconoce la pensión de sobrevivientes, estos reconocimientos afectarían los derechos de otros miembros del grupo familiar, concretamente, de los hijos, los cuales se encuentran en el mismo orden de prelación y, más aún, de quienes se encuentran en los órdenes sucesivos que solo serían beneficiarios en el caso de que no existan cónyuges, compañeros permanentes e hijos con derecho. Esta consideración es relevante en el caso concreto que resolvió la Corte Suprema de Justicia, pues su postura condujo a que la pensión de sobrevivientes fuera compartida entre los hijos del afiliado y la compañera permanente, quien no demostró convivir con el causante en el tiempo mínimo establecido por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Así mismo, el trato diferenciado carece de una justificación objetiva porque desatiende que, sin importar si se está ante una prestación causada por la muerte del afiliado o pensionado, la finalidad de la pensión de sobrevivientes es la protección del grupo familiar. Al eximir al cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite del afiliado de demostrar los cinco años de convivencia, la Corte Suprema de Justicia inaplica el requisito que el Legislador, en ejercicio de su margen de configuración en materia de seguridad social, estimó adecuado para determinar que el beneficiario, en efecto, pertenece al grupo familiar del causante. De la misma manera, esta interpretación es problemática respecto de la noción misma del matrimonio o de la unión marital de hecho, las cuales tienen dentro de sus elementos definitorios la convivencia estable y singular de los integrantes de la pareja. Es a partir de esa convivencia que se generan deberes jurídicos de solidaridad y mutuo socorro, con base en los cuales válidamente el Legislador previó determinados requisitos y plazos predicables al caso examinado. En este sentido, el Legislador, dentro de su amplio margen de apreciación en materia de diseño de las prestaciones en materia de seguridad social, impuso el requisito de convivencia como un medio adecuado para garantizar que la pensión de sobrevivientes se reconozca a los beneficiarios a partir de sus finalidades, sin que lo dicho constituya un juicio abstracto sobre la constitucionalidad del requisito de

convivencia o la imposibilidad de que posteriormente el Congreso de la República pueda variar dichos requisitos.

57. Las anteriores razones evidencian que la sentencia de casación del 3 de junio de 2020 desplegó una interpretación del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993 que no es conforme con el principio de igualdad. Por el contrario, de una interpretación compatible con este principio constitucional, se deduce que la exigencia de los cinco años de convivencia con el causante responde a la finalidad de que sea el grupo familiar el que acceda a la pensión de sobrevivientes y de proteger a este grupo de solicitudes artificiosas o ilegítimas. Por esta razón, debió considerarse que la compañera permanente del afiliado debía demostrar este tiempo de convivencia con su causante”.

De los apartes jurisprudenciales precitados pasa la Sala a revisar las pruebas aportadas al proceso para establecer si se dieron cada uno de los requisitos anteriormente mencionados, se trajo como pruebas por la parte actora declaración extra juicio (fl.13) y se llamó en interrogatorio de parte a la señora ROSA ARACELI RODRÍGUEZ GÓMEZ y como prueba testimonial declararon las señoras LUCIA SIERRA VEGA y ANITA MIRANDA quienes en efecto como lo mencionó la Juez de primera instancia manifestaron; la primera, ser ahijada del señor JUAN NEPOMUCENO RODRÍGUEZ AGATON que conoció a la demandante en el año 1995, que para el año 1996 se fue a vivir con el causante, que juntos tuvieron una hija que nació en el año 2000, que los visitaba de manera constante, razón por la cual tenía certeza de la relación que mantenían los dos, que en ocasiones los acompañaba hacer mercado y viajaba también con ellos a Carmen de Apicalá y que la relación se mantuvo hasta el día del fallecimiento del señor NEPOMUCENO RODRÍGUEZ.

De otro lado, la señora LUCIA SIERRA VEGA dijo haber sido inquilina en la casa de propiedad del señor JUAN NEPOMUCENO RODRÍGUEZ AGATON alrededor de 15 años, que la demandante convivía con el causante como su pareja y que dicha relación se mantuvo hasta el día de su deceso, que sabía que tuvieron una hija que nació y murió el mismo día, pero que no estaba en ese momento porque estaba en Boyacá como tampoco estuvo el día en que falleció en señor NEPOMUCENO RODRÍGUEZ, pero aseguró haber vivido como inquilina en la casa del causante entre 1996 a 2017, también señaló que la demandante fue quien cuidó al causante durante su enfermedad porque sus hijas casi no lo visitaban.

En interrogatorio de parte la demandante dijo que comenzó su convivencia con el señor NEPOMUCENO RODRÍGUEZ en el año 1996, en el municipio de Sutatausa-Cundinamarca la cual se mantuvo hasta el momento en que él falleció.

De lo relatado, encuentra la Sala que en efecto existen algunas inconsistencias en las declaraciones, por su parte la señora LUCIA SIERRA VEGA a pesar de haber dicho que vivió como inquilina en la misma casa en que convivió la demandante con el señor NEPOMUCENO RODRÍGUEZ desde 1996 a 2017, manifestó que viajaba a su pueblo ubicado en el Departamento de Boyacá, aun cuando no dijo si lo hacía de manera permanente o esporádica, si deja margen de duda su relato en cuanto el tiempo en que permanecía en Boyacá, pues dijo no haber estado cuando la demandante tuvo a su hija, ni para el momento del fallecimiento del señor NEPOMUCENO RODRÍGUEZ dos momentos relevantes, ya que lo fueron durante los 5 años requeridos de convivencia por la ley; en cuanto a la señora ANITA MIRANDA aunque su versión pareciera verídica y coherente, más aún por el parentesco que tenía con el causante, si llama mucho la atención que dijera en varias oportunidades que la fecha de nacimiento de la hija de la señora ROSA ARACELI y señor NEPOMUCENO RODRÍGUEZ fuera en el año 2000, cuando en realidad lo fue en el año 2002, si bien por ese solo hecho no podría deducirse que su versión no fue verídica, pues las fechas exactas son fáciles de olvidar, lo cierto es que tampoco fue clara y específica en indicar que la relación de pareja se mantuvo hasta el final de los días del señor NEPOMUCENO RODRÍGUEZ, esto es, **reuniendo en totalidad** aspectos como acompañamiento espiritual permanente, proyecto familiar común, apoyo económico, el compartir la vida de pareja y la cohabitación bajo el mismo techo.

Situaciones que resultan aún más significativas si se tiene en cuenta el informe investigativo No. 8507 llevado a cabo por COLPENSIONES y que milita dentro del expediente administrativo (CD fl. 168), pues dentro del mismo se recaudaron declaraciones de otras personas que tuvieron cercanía tanto a la demandante como al causante y que dejan ver aspectos distintos a los declarados en el presente proceso, además de contar con afirmaciones por parte de la señora ROSA ARACELI importantes para definir el asunto, las

mismas que no fueron ni tachadas y desconocidas por ella, para el efecto se citan textualmente:

“Con el fin de dar respuesta al requerimiento planteado dentro del presente caso, se ejecutaron las siguientes tareas de acuerdo a las labores de campo planificadas para la ciudad de Sutatausa; con el ánimo de recolectar testimonios y allegar documentos que coadyuven a la verificación de la pretensión de pensión de Sobrevivientes. 3.1. A efectos de corroborar la anterior información, el día 1 de Febrero de 2015 a las 7: 51 a m. Se realizó entrevista a la señora ROSA ARACELI RODRIGUEZ GOMEZ, portadora de la cédula de ciudadanía No. 20.979.811 de Sutatausa, en calidad de Compañera, en su domicilio en la Diagonal 5 # 4-15, Sutatausa, teléfonos: 320 807 7552, quien sobre el particular, de manera libre y voluntaria manifestó lo siguiente:

“Yo, ROSA ARACELI RODRIGUEZ GOMEZ... manifiesto Desde que era niña conocí a Juan Nepomuceno Rodríguez Agatón porque soy sobrina en tercer grado, porque mi papá es sobrino legítimo, es decir Juan Nepomuceno Rodríguez Agatón era tío de mi papá. Mi compañero Juan Nepomuceno primero tuvo casado con la señora Rebeca Rodríguez y tuvo 6 hijos...actualmente mayores de edad. cuando yo lo conocí llevaba mucho tiempo separado, después que de separó convivió con la señora Inés Gómez con la que tuvo un hijo de nombre Juan Rodríguez Gómez y después las hijas me pidieron el favor que lo cuidará en la casa de la hija mayor Evelina más o menos quince días de ahí lo comencé a cuidar en la casa de él y ahí vivía solo, de cuidarlo en cuidarlo tuvimos nuestra relación por casi doce años, de esa relación tuve una niña que murió recién nacida que alcanzamos a registrar .Rosa Araceli Rodríguez Rodríguez en esa época yo tenía más o menos 19 años y el tenía 64 años. Mi compañero Juan Nepomuceno Rodríguez Agatón murió a causa de unos problemas pulmonares...tenía que cuidarlo como un niño pequeño...como se encontraba pensionado el me daba para los gastos de él y de la casa. El seguro pago el gasto del entierro y a la hija le pidieron devolución de esto. Los hermanos de mi compañero era 7 ya fallecidos. Pregunta por qué motivo si el señor Juan Nepomuceno Rodríguez Agatón murió el 6 de octubre del 2007 usted radica solicitud el 7 de octubre del 2014. Respuesta inicialmente cuando pase los papeles me la negaron porque el hijo de él declaró que yo era sobrina de Juan Nepomuceno Rodrigue Agato puse abogado y no hizo ningún trámite y ahora último pasó los papeles por mí misma en ayuda de la personera, tengo un papel en que la primera esposa desiste de la pensión. La otra señora también le fue negada. Pregunta en los últimos cinco años antes de morir el señor Nepomuceno Rodríguez Agatón en que sitios de la casa ustedes Vivian. Vivíamos en la misma habitación en camas separadas ya que por su enfermedad tenía que estar pendiente de él después de perder la niña no volvimos a tener relaciones me dedique a cuidarlo. El investigador en ningún momento me ha solicitado dinero...”mi papá estuvo presente en la entrevista...yo no estuve como beneficiaria en salud...actualmente soy madre soltera...el papá de mi hija se llama Luis Alejandro Abello...”.

Durante toda la entrevista, se percibió que la solicitante ocultaba información, de hecho, trató de pedir, en varias oportunidades, la ayuda

del técnico investigador para obtener la pensión; en un momento se le informó que no coincidían las fechas y algunos datos y solicitó poder arreglar la entrevista.

Agregó además el informe:

A efectos de corroborar la anterior información, el día 1 de febrero de 2015 a las 11:00 A-m. Se realizó entrevista a la señora REBECA RODRIGUEZ RODRIGUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 20.979.315 de Sutatausa, de 76 años de edad, en calidad de Ex cónyuge, en su domicilio en la Calle 5 - # 5-56 Sutatausa, teléfonos: 314 451 7836, quien sobre el particular, de manera libre y voluntaria se permitió manifestar lo siguiente:

“Yo, REBECA RODRIGUEZ RODRIGUEZ, autorizó a mi hija Ana Evelia Rodríguez Rodríguez...manifiestó que me casé con el señor Juan Nepomuceno Rodríguez Rodríguez Agaton el día 18 de julio de 1959 de esta relación tuvimos 6 hijos...y conviví con él hasta el comienzo del año 1988, el mismo año en que se dio la cesación de efectos legales. Tengo conocimiento que Juan Nepomuceno tuvo otra relación con la señora María Inés Gómez con la que creo que nació en 1987, y posteriormente cuando Juan Nepomuceno se enfermó aproximadamente en el año 2002 aunque no recuerdo el año exactamente mis hijas lo atendieron varios meses en su enfermedad en casa de Ana Evelia y contratamos a la sobrina de él en segundo grado Rosa Aracely Rodríguez Gómez para que nos ayudara en la atención y cuidado de él. Posteriormente habiéndose recuperado de su enfermedad se trasladó a su casa en el barrio San Francisco de esta población y se siguió cancelando la mensualidad por parte de el a Rosa Aracely. Después de varios Años por rumores nos enteramos que eran pareja y al preguntarle en presencia de su señor padre lo negó, su progenitor Luis Rodríguez nos manifestó que la hija seguía trabajando con el tío y para evitar comentarios el mismo como papá se quedaba allá con ellos en las noches.

En presencia del señor Investigador Alex prieto en la fecha de hoy se le pregunto a la señora Rosa Aracely lo anterior y ella manifestó que sí. Yo le pregunte a mi exesposo que si el hijo o hija que ella esperaba era de él y él nos contestó que en ningún momento porque el ya estaba viejo y enfermo para esas cosas. En la casa donde vivía Juan Nepomuceno hay 3 apartamentos y en uno de ellos, donde él vivía es de una sola habitación en la cual pude ver tres camas, no sé en cual durmió cada uno. ¿pregunta en vida el señor Juan Nepomuceno Rodríguez Agatón les comento algo a ustedes dos que el tenía alguna relación con la señora Rosa Aracely Rodríguez Gómez? Respuesta No, señor a nosotros no, no sabemos a otras personas, al momento de la muerte Rosa manifestó que ella tenía una relación con el motivo con el cual ella tenía derecho a sus pertenencias y a dos pensiones. Tengo conocimiento que la C.A.R. una vez falleció le otorgó la pensión de jubilación a Rosa Aracely”.

A efectos de corroborar la anterior información, el día 1 de Febrero de 2015 a las 1:40-Pm Se realizó entrevista a la señora MARIA INES GOMEZ MONTAÑA, de 69 años de edad, en calidad de Excompañera, en su

domicilio en la Finca Hato viejo, Vereda Hato viejo, Teléfonos: 316 879 4405 quien sobre el particular y de manera libre y voluntaria manifestó lo siguiente: “Yo, MARIA INES GOMEZ MONTAÑO, autorizó al investigador para diligenciar... en el año 1988 inicie una convivencia en esta con el señor Juan Nepomuceno Rodríguez Agatón hasta 1998 exactamente durante 10 años ya que se enfermó y no podía estar pendiente de él ni de la finca así que lo dejé en el hospital para que una de las hijas se dedicara a cuidarlo. Tengo conocimiento que contrataron a la señora Rosa Aracely Rodríguez Gómez, le pagaban mes a mes 120.000 pesos. Me contaba la esposa del policía que era inquilino que eran amantes desde años después. No tengo conocimiento de otras relaciones o de hijos. Yo sospechaba que la señora Rosa y Nepomuceno tenían alguna relación. Cuando Nepomuceno murió pasamos papeles, pero tardo; Colpensiones nos pidió un recurso de reposición y tenía unos términos, y fuimos al día siguiente y nos dijeron que habían pasado los términos y mi hijo firmó. Algún documento en Colpensiones”.

Acotando el investigador como resultados y observaciones los siguientes:

“De la entrevista realizada a la solicitante se pueden destacar varias conclusiones, a saber:

4.1. *Evidentemente la solicitante estaba intentando ocultar todo tipo de información al respecto y fue notorio cuando intentaba de pedir ayuda para obtener la pensión de sobrevivientes y modificar la entrevista ya realizada para corregir la información aportada.*

4.2. *La solicitante ocultó que tenía ya una pensión por parte de la CAR con ocasión al deceso del causante y que había llegado a un arreglo con las hijas de la ex esposa del causante donde firmó desistiendo de la pensión a cambio que le dieran la mitad de la pensión, lo cual, al día de hoy, según ellas, incumplió (no quisieron anotar lo anterior).*

4.3. *En labores de campo los vecinos manifiestan que la solicitante cuidó al causante hasta que el falleció y que por eso se merece la pensión, pero le estaban pagando por ello, además aseveran que porque la solicitante tiene una hija pequeña de ella y no tiene como alimentarla, pero nadie firma entrevista ni quiere involucrarse en el asunto.*

4.4. *La solicitante no tuvo más relaciones con el causante desde que perdieron la niña es decir desde el 2002 así mismo vivían en un apartamento de una sola habitación con dos camas, una para el causante y una para la solicitante, según ella para poderlo cuidar porque estuvo postrado en cama.*

4.5. *Se verificó que fue el causante tuvo que guardar reposo sólo al principio de la enfermedad que sufrió hacia el año 2.000, cuando lo comenzó a cuidar la solicitante en casa de la hija del causante, en años posteriores el causante podía moverse por sí mismo.*

4.6. *En presencia del técnico investigador la hija del causante enfrentó a la solicitante afirmándole que la solicitante siempre dijo que únicamente cuidaba al causante, que no tenía ninguna relación con él, a lo cual la solicitante lo afirmó.*

4.7. *Sólo cuando el causante iba a fallecer dijo que tenían una relación, posesionándose de la casa y llegado a un arreglo con la ex esposa para reclamar la pensión, desistiendo ésta de la pensión y con el compromiso*

que cuando obtuviera la pensión de COLPENSIONES le diera la mitad de por vida ya que con la pensión de la CAR no había cumplido el trato.

4.8. En repetidas ocasiones la solicitante manifestó que ella tenía derecho a la pensión porque ella se había “matado” cuidándolo, lo que no hicieron las hijas del causante, pero es preciso recalcar que a ella le estaban pagando por ello.

4.9. La solicitante afirma que desde 1996 convivía con el causante, lo cual es falso, toda vez que desde esta fecha lo cuidaba y no tenía ninguna relación con él, el hecho de que tenga un registro civil de defunción de una hija que reconoció el causante de nombre ROSA ARACELI RODRIGUEZ RODRIGUEZ, indica que pudo tener una relación sentimental pero la misma solicitante afirma que desde que perdió la niña no volvieron a tener relaciones.

4.10. Según rumores en el pueblo ella estaba pagando de 100 pesos a 200 para que la embarazaran porque quería tener un hijo 4.11. actualmente la solicitante tiene una hija con el señor LUIS ALEJANDRO ABELLO que nació en el 2010

4.12. El causante estuvo casado, inicialmente, el día 18 de julio de 1959 con la señora REBECA RODRIGUEZ y se separaron con efectos civiles en el año de 1988 con la que tuvo 6 hijas actualmente mayores de edad y sin ninguna discapacidad.

4.13. El causante también tuvo una relación con la señora MARIA INES GOMEZ desde 1987 con la que tuvo un hijo actualmente mayor de edad que cuando el causante se enfermó, en el año 2002, lo dejó en el hospital para que las hijas se hicieran cargo, en ese momento lo llevaron a casa de una de las hijas y contrataron a la solicitante para cuidarlo.

4.14. Cuando se recuperó el causante, se fue a vivir a su casa del barrio San Francisco en el municipio de Sutatausa, donde la solicitante se fue a vivir con él con el compromiso de seguirlo cuidado.

4.15. La solicitante vivió desde el año 2002 en la casa del causante cuidándolo por su enfermedad, hasta el día de su muerte

4.16. En entrevista a las dos personas con las que el causante tuvo relación sentimental, corroboraron que la solicitante fue, inicialmente, contratada para cuidar al causante, que pudo tener una relación después por el hecho de vivir los dos en la misma casa,

4.17. La señora MARIA INES GOMEZ tuvo una convivencia con el causante desde 1.988 por diez años es decir hasta 1.998 y así se reconfirma que la solicitante no pudo tener convivencia con el causante por doce años, si la muerte fue en el año 2007, el inicio de la convivencia tuvo que haber sido para el año 1994 o 1995, lo que no es concordante con los datos obtenidos.

4.18. La solicitante manifestó que ella lo cuidaba siendo sobrina en segundo grado, ella en una cama y él en otra, desde que perdieron la niña en el 2002 no volvieron a tener relaciones, en el vecindario siempre han pensado que la solicitante cuidaba al causante en su casa. La hija del causante afirma que la contrataron para cuidar al causante y que el causante le siguió pagando.

4.19. El causante compartió con la solicitante techo y mesa, pero lecho no desde el año 2002, y si compartieron techo y mesa, no fue en condición de pareja”.

Del recuento de las actuaciones procesales recaudadas queda en evidencia que la señora ROSA ARACELI RODRÍGUEZ GÓMEZ era sobrina en segundo

grado del causante, que fue contratada por las hijas del señor NEPOMUCENO RODRÍGUEZ para que lo cuidará durante su enfermedad en la casa de una de sus hijas y después se fue a vivir con la demandante en su casa donde surgió una relación amorosa de la cual se procreó una hija que nació en el año 2002 y falleció en el mismo año, pero de acuerdo con la misma afirmación de la demandante desde el fallecimiento de su hija no volvieron a tener una relación como pareja, sino que esta consistió en un cuidado de la actora hacía el pensionado fallecido por su enfermedad, no demostrándose así esa vocación verdadera de conformar una familia y proyecto de vida en común, por lo tanto, no queda duda que la demandante no acredita los 5 años de convivencia requeridos, de manera que habrá de **confirmarse** la decisión de primera instancia.

COSTAS

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

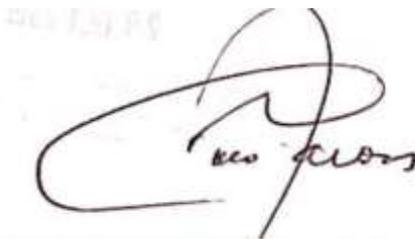
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200010-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

**PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR IDEAM contra CAFESALUD
EPS EN LIQUIDACIÓN**

En Bogotá D. C., a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año 2022, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionante, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 23 de febrero de 2021 (fls.15 a 19).

ANTECEDENTES

El INSTITUTO DE HIDROLOGÍA, METEOROLOGÍA Y ESTUDIOS AMBIENTALES -IDEAM solicita se **ordene** a la EPS CAFESALUD el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad correspondiente al señor HOLMAN YESID VARGAS ALBARRACÍN por el periodo comprendido entre el 1° de febrero de 2017 y el 10 de febrero de 2017, por valor de \$629.333, se **condene** al pago de intereses moratorios de conformidad con lo establecido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002 (**fl. 3**).

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200010-01

Fundamenta sus pretensiones (fls. 2), señalando que el señor HOLMAN YESID VARGAS ALBARRACÍN es servidor público del IDEAM, que atención a sus obligaciones como empleador realizó dentro de los términos de ley la afiliación y respectivo pago de los aportes a seguridad social correspondiente al señor HOLMAN YESID VARGAS ALBARRACÍN en salud a la EPS CAFESALUD hoy MEDIMAS, que durante el periodo comprendido entre el 1° al 10 de febrero de 2017, de conformidad con lo establecido en la Ley 755 de 2002, se le concedió licencia de paternidad por parte de la EPS CAFESALUD, razón por la cual se procedió al pago de la prestación social en la nómina del mes de marzo de 2017, esto por valor de \$629.333, que pese a los trámites agotados por el IDEAM en calidad de empleador ante al EPS, ésta no ha procedido al reconocimiento de la prestación económica, causándole un perjuicio patrimonial.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos, admitió el hecho 3 que tiene relación con la licencia de paternidad que se le generó al señor HOLMAN YESID VARGAS ALBARRACÍN, la cual fue reconocida y liquidada por la entidad, en cuanto a los demás hechos dijo no constarle y propuso como excepciones de fondo licencia de paternidad reconocida y liquidada, no existe prueba del pago realizado por el IDEAM al señor HOLMAN YESID VARGAS ALBARRACÍN y genérica **(CD fl. 15)**.

MEDIMAS EPS contestó oponiéndose también a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo no ser cierto que CAFESALUD EPS es hoy MEDIMAS EPS, por cuanto se trata de una entidad totalmente nueva que asumió a los usuarios cedidos a partir del 1° de agosto, y en cuanto a los demás hechos dijo no constarle, propuso como excepción de fondo falta de legitimación por pasiva **(CD fl.15)**.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200010-01

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 23 de febrero de 2021 (fls. 15 a 19), **accedió** a las pretensiones de la demanda y **ordenó** a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN a pagar la suma de \$629.333 con las actualizaciones monetarias correspondientes a favor del IDEAM.

Como sustento a su decisión, argumentó que la EPS CAFESALUD EN LIQUIDACIÓN manifestaba que el pago de la licencia de paternidad deprecada o se había podido realizar en razón a la existencia de la medida cautelar que ordenó el embargo de sus cuentas, situación que era conocedora por el Despacho, sin embargo, al haberse decretado la toma de posesión inmediata para liquidar CAFESALUD EPS su agente liquidador tiene el deber de velar por el levantamiento de las medidas cautelares que pesen sobre los bienes de la entidad, ello con el fin de garantizar el cubrimiento de las acreencias que sean reconocidas dentro del proceso liquidatorio, lo que supone que a partir de la resolución 007172 del 22 de julio de 2019, CAFESALUD EPS debió ejercer las acciones tendientes al levantamiento de medidas cautelares.

Refiere el *a quo* que dentro del proceso de allegó copia del comprobante de nómina del mes de marzo de 2017, en donde consta el pago de la licencia de paternidad al señor HOLMAN YESID VARGAS ALBARRACÍN cumpliéndose así con los requisitos para desembolso de la licencia por parte de la accionada, procediendo a efectuar la liquidación correspondiente en la suma de \$629.333.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200010-01

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **accionada** interpuso recurso de apelación manifestando que, mediante resolución 007172 del 22 de julio e 2019, ordenó la liquidación de CAFESALUD EPS, proceso que inició el 5 de agosto de 2019, que teniendo en cuenta lo anterior y de conformidad con lo estipulado en el Decreto 2555 de 2010, fueron publicados dos avisos emplazatorios en medios de comunicación de amplia circulación los días 13 y 28 de agosto de 2019, a fin de que todas las personas naturales y jurídicas de carácter público o privado, que consideraran con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la entidad realizaran la radicación de sus créditos.

Así las cosas, teniendo en cuenta el proceso liquidatorio es un procedimiento reglado, especial y preferente, el cual debe velar por la protección del principio de igualdad que debe prevalecer entre los acreedores, solicita respetuosamente se ordene al demandante se haga parte del proceso liquidatorio, radicando sus acreencias de acuerdo a los formatos establecidos en el link: <https://www.cafesalud.com.co/FormularioInscripcion>.

De otro lado, arguye que de conformidad con el proceso de liquidación forzosa administrativa en el cual se encuentra Cafesalud EPS, el cual constituye fuerza mayor, generando una causal de exoneración de pagar cualquier sanción moratoria, por provenir de un “*acto de autoridad ejercido por funcionario público*”, de acuerdo al artículo 64 del Código Civil subrogado por el artículo 1º de la Ley 95 de 1.890, y por tanto “*la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios*” según lo preceptuado en el inciso 2 del Artículo 1616 del Código

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200010-01

Civil. Por lo anterior, no es jurídicamente aceptable la condena impuesta por concepto de actualizaciones y sanciones monetarias, al configurarse una fuerza mayor, motivo por el cual se solicita se revoque la condena en lo que respecta al mismo.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolver consisten en establecer si debe ordenarse a la parte actora que se haga parte del proceso liquidatorio de CAFESALUD EPS y si debe condenarse a la actualización monetaria de las sumas objeto de condena en proceso administrativo de liquidación forzosa.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019 y Decreto 1333 de 2018.

Vinculación de la parte actora al proceso de liquidación de CAFESALUD EPS

Al respecto, se tiene que mediante Resolución 007172 de 2019, se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios, al igual que la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A., el régimen jurídico aplicable a ese proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

El artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200010-01

índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale.

Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado.

Ahora bien, por su parte el artículo 9.1.3.5.20 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento en tratándose del cobro de sentencias contra la entidad, cuando las mismas se encuentren en firme, para lo cual se dispuso:

«a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200010-01

b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago.»

De lo anterior, entiende la Sala que quien se considere con derecho a reclamar ante la entidad en liquidación, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito que radique en cabeza de la intervenida, lo cual en todo caso, será considerado como pasivo cierto no reclamado, si no se allega la respectiva reclamación de manera oportuna, o en caso de no reclamarse, siempre que se encuentre debidamente comprobado en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida. Igualmente, las sentencias proferidas en procesos iniciados con anterioridad a la toma de posesión de la entidad, que versan sobre reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente, también serán pagadas como pasivo cierto no reclamado.

Bajo ese entendimiento, **la Sala considera que la reclamación sobre el crédito adeudado por CAFESALUD EPS, se constituye en una facultad de su titular, quien en últimas es el llamado a decidir si hace efectivo o no su derecho en el proceso de liquidación.** Por lo tanto, esta Corporación no es la llamada a ordenar a la parte actora hacerse parte de dicho proceso liquidatorio para reclamar el reembolso de gastos médicos, porque esta es una facultad que radica en cabeza de la parte interesada, quien en últimas debe decidir si se hace efectivo su crédito o no, por lo tanto, los argumentos planteados por la parte apelante no tienen la virtualidad de permitir revocar la providencia apelada.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200010-01

Actualización monetaria en proceso administrativo de liquidación forzosa

Sostiene la parte demandada que la actualización monetaria impuesta por el *a quo* desconoce que la liquidación forzosa administrativa constituye una fuerza mayor, lo cual representa una causal de exoneración frente a cualquier sanción moratoria.

El artículo 64 del Código Civil contempla el caso fortuito o fuerza mayor como “*el imprevisto que no es posible resistir (...)*”. Así mismo, el artículo 1616 del Código Civil prevé: “*La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios*”. De otro lado, sobre el tema el Consejo de Estado – Sección 4°, en sentencia No. 25000-23-27-000-12248-01 del 25 de junio de 1999, señaló:

“No comparte la Sala la apreciación del Tribunal, puesto que como lo sostiene el Ministerio Público, la situación de intervención de la sociedad no puede considerarse configurativa de incumplimiento, ya que en este evento el no pago oportuno de la obligación debida tiene una causa legal derivada del proceso administrativo de liquidación forzosa, circunstancia de fuerza mayor que desvirtúa la situación aparente de mora, por lo que no hay lugar a la sanción moratoria pretendida por la actora con fundamento en el artículo 634 del Estatuto Tributario.

En efecto, según el artículo 1° de la Ley 95 de 1890, se llama fuerza mayor, el imprevisto a que no es posible resistir, como “los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público” y se define la mora del deudor, según la doctrina y la jurisprudencia, como “el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquel”.

De acuerdo con el procedimiento establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el proceso de liquidación forzosa administrativa se inicia con el acto administrativo de toma de posesión expedido por la Superintendencia Bancaria, (art. 292), cuyos efectos son entre otros, la disolución de la institución de la cual se tomó posesión; la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo a cargo de la intervenida; la formación de la masa de bienes; la liquidación de su patrimonio; la separación de los administradores y directores de la administración de los bienes de la intervenida (arts. 116 y 292).

Así las cosas si bien a partir de la providencia administrativa de toma de posesión, las obligaciones de plazo a cargo de la deudora intervenida se convierten automáticamente en exigibles, también lo es que aquella queda

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200010-01

impedida legalmente para cumplir con el pago de las acreencias a su cargo, pues la satisfacción de éstas solo será posible en la medida en que se agoten los trámites procedimentales que la ley ordena para el proceso de liquidación forzosa administrativa, trámites que no dependen de la voluntad de la intervenida sino del funcionario liquidador designado para el efecto, quien a partir de la toma de posesión asume la calidad de administrador de los bienes de la sociedad, y a su vez está obligado a cumplir su gestión dentro de los límites legales. Ahora bien según el inciso 2° del artículo 1616 del Código Civil “la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios”, luego si la toma de posesión por parte de la Superintendencia Bancaria implica la inmediata guarda de los bienes de la intervenida, la separación de sus administradores y su remplazo por el liquidador designado por la autoridad supervisora, es claro que tal medida constituye fuerza mayor a la que no puede resistirse la sociedad objeto de la misma, y esta circunstancia tal como lo declara la norma citada excluye el reconocimiento de intereses moratorios”.

De acuerdo a lo anteriormente señalado, dicha exoneración recae únicamente respecto de intereses moratorios, más no frente a las actualizaciones monetarias de las sumas adeudadas, que tiene como finalidad la de aminorar la pérdida del poder adquisitivo que sufre la moneda como consecuencia del paso del tiempo, como así lo expresó la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL359-2021, por lo tanto, no le asiste razón al apelante a lo dicho en el recurso de alzada.

Conforme a lo anterior, y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de fecha 23 de febrero de 2021, proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional, por las razones anteriormente expuestas.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200010-01

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200117-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR REPRESENTACIONES DEL MUNDO S.A.S. contra CAFESALUD EPS

En Bogotá D. C., a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año 2022, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionante, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 30 de abril de 2021 (fls.13 a 17).

ANTECEDENTES

La empresa REPRESENTACIONES DEL MUNDO S.A.S. solicita se **ordene** a la EPS CAFESALUD el reconocimiento y pago de la incapacidad No. 23033 del 22 de diciembre de 2016, por la suma de \$266.680, se **ordene** el pago de intereses moratorios establecidos en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002, desde el 2 de mayo de 2016 y hasta que se efectuó el pago (**fl. 2 v/to**).

Fundamenta sus pretensiones (fls. 2), señalando que La empresa REPRESENTACIONES DEL MUNDO S.A.S. suscribió contrato laboral con el señor JOSÉ DUMAR JIMÉNEZ el 1° de diciembre 2015, que a partir de

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200117-01

la firma del contrato ha venido cancelando los aportes a salud en la entidad CAFESALUD EPS, que el señor JOSÉ DUMAR JIMÉNEZ presentó incapacidad No. 23033 por enfermedad general de 10 días, iniciando el 22 de diciembre de 2016 y finalizando el 31 de diciembre de 2016, que la empresa efectuó el pago de tales prestaciones económicas oportunamente y gestionó cobro de tal incapacidad a la entidad CAFESALUD EPS el 18 de abril de 2018, entidad que a la fecha no ha efectuado el correspondiente pago, ni ha suministrado respuesta al requerimiento.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos admite el numeral 3, que hace relación a la incapacidad presentada por el trabajador a la empresa demandante y dijo no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo las incapacidades reconocidas por CAFESALUD EPS están a cargo de MEDIMAS EPS en virtud de la medida cautelar de urgencia y genérica (**CD fl.12**).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 30 de abril de 2021 (fls. 13 a 17), **accedió** a las pretensiones de la demanda y **ordenó** a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN a pagar la suma de \$266.680 con las correspondientes actualizaciones monetarias a favor de la sociedad REPRESENTACIONES DEL MUNDO S.A.S.

Como sustento a su decisión, argumentó que respecto de la incapacidad reclamada se tenía que la misma había sido reconocida, liquidada y

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200117-01

aprobada por CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN, sin embargo, la EPS accionada manifestaba que la misma debía ser asumida por MEDIMAS EPS en atención a lo ordenado en el auto proferido dentro de la acción popular radicado 2500023410002016-0131400, frente a lo cual se tenía que tal medida cautelar fue levantada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, por ende cesaron los efectos de la medida y en consecuencia es CAFESALUD EPS el responsable del pago de las incapacidades que se hubieren expedido antes del 1° de agosto de 2017.

Paso seguido, procedió a verificar si se cumplían los requisitos para el pago de la incapacidad solicitada, estableciendo que en efecto se cumplía con los mismos, por lo tanto, efectuó la liquidación correspondiente a favor de la parte demandante en la suma de \$266.680.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **accionada** interpuso recurso de apelación manifestando que, se solicitó información al área de prestaciones económicas y se logró evidenciar que a la fecha aún se encuentra pendiente de pago, así las cosas, la demandante deberá presentar la acreencia dentro del proceso liquidatorio de la EPS para que se lleve a cabo su estudio frente a un eventual reconocimiento. De otro lado, refiere que de conformidad con el proceso de liquidación forzosa administrativa en la cual se encuentra CAFESALUD EPS el cual constituye fuerza mayor, generando una causal de pagar cualquier sanción moratoria, por provenir de un “*acto de autoridad ejercido por funcionario público*”, de acuerdo al artículo 64 Código Civil subrogado por el artículo 1° de la Ley 95 de 1980, y por lo tanto, “*la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios*”, según lo preceptuado en el inciso 2° del artículo 1616 del Código Civil.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200117-01

Por lo anterior, no es jurídicamente aceptable la condena impuesta por concepto de actualizaciones y sanciones monetarias, al configurarse una fuerza mayor, motivo por el cual se solicita se revoque la condena.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolver consisten en establecer si debe ordenarse a la parte actora que se haga parte del proceso liquidatorio de CAFESALUD EPS y si debe condenarse a la actualización monetaria de las sumas objeto de condena en proceso administrativo de liquidación forzosa.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019 y Decreto 1333 de 2018.

Vinculación de la parte actora al proceso de liquidación de CAFESALUD EPS

Al respecto, se tiene que mediante Resolución 007172 de 2019, se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios, al igual que la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A., el régimen jurídico aplicable a ese proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

El artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200117-01

debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale.

Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado.

Ahora bien, por su parte el artículo 9.1.3.5.20 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento en tratándose del cobro de sentencias contra la entidad, cuando las mismas se encuentren en firme, para lo cual se dispuso:

«a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200117-01

b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago.»

De lo anterior, entiende la Sala que quien se considere con derecho a reclamar ante la entidad en liquidación, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito que radique en cabeza de la intervenida, lo cual en todo caso, será considerado como pasivo cierto no reclamado, si no se allega la respectiva reclamación de manera oportuna, o en caso de no reclamarse, siempre que se encuentre debidamente comprobado en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida. Igualmente, las sentencias proferidas en procesos iniciados con anterioridad a la toma de posesión de la entidad, que versan sobre reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente, también serán pagadas como pasivo cierto no reclamado.

Bajo ese entendimiento, **la Sala considera que la reclamación sobre el crédito adeudado por CAFESALUD EPS, se constituye en una facultad de su titular, quien en últimas es el llamado a decidir si hace efectivo o no su derecho en el proceso de liquidación.** Por lo tanto, esta Corporación no es la llamada a ordenar a la parte actora hacerse parte de dicho proceso liquidatorio para reclamar el reembolso de gastos médicos, porque esta es una facultad que radica en cabeza de la parte interesada, quien en últimas debe decidir si se hace efectivo su crédito o no, por lo tanto, los argumentos planteados por la parte apelante no tienen la virtualidad de permitir revocar la providencia apelada.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200117-01

Actualización monetaria en proceso administrativo de liquidación forzosa

Sostiene la parte demandada que la actualización monetaria impuesta por el *a quo* desconoce que la liquidación forzosa administrativa constituye una fuerza mayor, lo cual representa una causal de exoneración frente a cualquier sanción moratoria.

El artículo 64 del Código Civil contempla el caso fortuito o fuerza mayor como “*el imprevisto que no es posible resistir (...)*”. Así mismo, el artículo 1616 del Código Civil prevé: “*La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios*”. De otro lado, sobre el tema el Consejo de Estado – Sección 4°, en sentencia No. 25000-23-27-000-12248-01 del 25 de junio de 1999, señaló:

“No comparte la Sala la apreciación del Tribunal, puesto que como lo sostiene el Ministerio Público, la situación de intervención de la sociedad no puede considerarse configurativa de incumplimiento, ya que en este evento el no pago oportuno de la obligación debida tiene una causa legal derivada del proceso administrativo de liquidación forzosa, circunstancia de fuerza mayor que desvirtúa la situación aparente de mora, por lo que no hay lugar a la sanción moratoria pretendida por la actora con fundamento en el artículo 634 del Estatuto Tributario.”

En efecto, según el artículo 1° de la Ley 95 de 1890, se llama fuerza mayor, el imprevisto a que no es posible resistir, como “los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público” y se define la mora del deudor, según la doctrina y la jurisprudencia, como “el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquel”.

De acuerdo con el procedimiento establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el proceso de liquidación forzosa administrativa se inicia con el acto administrativo de toma de posesión expedido por la Superintendencia Bancaria, (art. 292), cuyos efectos son entre otros, la disolución de la institución de la cual se tomó posesión; la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo a cargo de la intervenida; la formación de la masa de bienes; la liquidación de su patrimonio; la separación de los administradores y directores de la administración de los bienes de la intervenida (arts. 116 y 292).

Así las cosas si bien a partir de la providencia administrativa de toma de posesión, las obligaciones de plazo a cargo de la deudora intervenida se convierten automáticamente en exigibles, también lo es que aquella queda

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200117-01

impedida legalmente para cumplir con el pago de las acreencias a su cargo, pues la satisfacción de éstas solo será posible en la medida en que se agoten los trámites procedimentales que la ley ordena para el proceso de liquidación forzosa administrativa, trámites que no dependen de la voluntad de la intervenida sino del funcionario liquidador designado para el efecto, quien a partir de la toma de posesión asume la calidad de administrador de los bienes de la sociedad, y a su vez está obligado a cumplir su gestión dentro de los límites legales. Ahora bien según el inciso 2° del artículo 1616 del Código Civil “la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios”, luego si la toma de posesión por parte de la Superintendencia Bancaria implica la inmediata guarda de los bienes de la intervenida, la separación de sus administradores y su remplazo por el liquidador designado por la autoridad supervisora, es claro que tal medida constituye fuerza mayor a la que no puede resistirse la sociedad objeto de la misma, y esta circunstancia tal como lo declara la norma citada excluye el reconocimiento de intereses moratorios”.

De acuerdo a lo anteriormente señalado, dicha exoneración recae únicamente respecto de intereses moratorios, más no frente a las actualizaciones monetarias de las sumas adeudadas, que tiene como finalidad la de aminorar la pérdida del poder adquisitivo que sufre la moneda como consecuencia del paso del tiempo, como así lo expresó la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL359-2021, por lo tanto, no le asiste razón al apelante a lo dicho en el recurso de alzada.

Conforme a lo anterior, y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de fecha 30 de abril de 2021, proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional, por las razones anteriormente expuestas.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200117-01

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101731-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN contra FAMISANAR EPS

En Bogotá D. C., a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año 2022, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionante, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 31 de marzo de 2021 (fls.40 a 42).

ANTECEDENTES

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN** solicita el reconocimiento y pago de las incapacidades efectuadas a la servidora pública URSULA MÁRQUEZ GONZÁLEZ en la suma de \$715.870, más los intereses moratorios generados desde la fecha del pago de la incapacidad y hasta que efectivamente se realice el desembolso a la tasa establecida en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002 **(fl. 2 v/to)**.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101731-01

Fundamenta sus pretensiones (fls. 2), señalando que la funcionaria ÚRSULA MÁRQUEZ GONZÁLEZ presta sus servicios en la U.A.E. DIAN desde el 7 de junio de 1993, actualmente desempeña el cargo de Gestor I, Código 301, grado 01 en la división de Gestión Control Viajeros – Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá -Nivel local, que la mencionada servidora se encontraba afiliada a FAMISANAR EPS en los años 2013 y 2012, que la funcionaria utilizó los servicios médicos prestados por FAMISANAR EPS en las siguientes fechas, generando las siguientes incapacidades: del 27 de julio de 2012 al 25 de agosto de 2012, generando una licencia por enfermedad general por el término de 30 días, que FAMISANAR EPS no realizó el pago de \$503.877, del 22 de octubre de 2013 al 26 de octubre de 2013, generando una licencia por enfermedad por el término de 5 días, FAMISANAR EPS no realizó el pago de \$211.993, que la entidad realizó el pago del salario correspondiente a la licencia por enfermedad a la funcionaria, que requirió a FAMISANAR EPS por medio de los oficios No. 10024375-821-2017 del 4 de julio de 2017 y oficio No. 100214375-868-2017 del 4 de julio de 2017.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

FAMISANAR EPS contestó aceptando los hechos de la demanda, excepto el relacionado con el reconocimiento de intereses moratorios, indicó que cumplió con las disposiciones legales de reconocimiento de incapacidad de origen común o general que le fueron reclamadas, propuso como excepción de fondo hecho superado- carencia actual de objeto (**CD fl. 34**).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación,

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101731-01

mediante providencia del 31 de marzo de 2021 (fls. 40 a 42), **accedió parcialmente** a las pretensiones de la demanda y **ordenó** a FAMISANAR EPS a efectuar el pago de intereses moratorios a favor de la DIAN liquidados desde la fecha descrita en el cuadro adjunto a la decisión hasta la fecha en que se haga el pago efectivo de la prestación económica, los cuales deben ser liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Como sustento a su decisión, argumentó que evidenciaba que no existía controversia frente al cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma para el reconocimiento y pago de la prestación económica deprecada, toda vez que la EPS demandada había manifestando que había procedido al reconocimiento y pago de la misma a la entidad demandante.

Motivo por el cual procedió a requerir a la parte actora vía correo electrónico el 23 de marzo de 2021, con el fin de que certificará el pago anunciado, recibiendo respuesta positiva, de manera que se estaba frente a un hecho superado.

En cuanto al reconocimiento de intereses moratorios, sostuvo el sentenciador que para que procedieran los mismos era necesario mediar requerimiento o radicado de la solicitud ante la EPS, evidenciando que dentro del expediente obra solicitud de pago de incapacidad a través del oficio No. 100214375-821-2017 y oficio No. 100214375-868-2017 recibido por FAMISANAR EPS, de manera que ante el incumplimiento de la EPS demandada al no reconocer y cancelar las prestaciones económicas deprecadas en la oportunidad en la que debió hacerlo debía ser condenada al pago de intereses moratorios, así:

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101731-01

Funcionario	cédula	Fecha inicial	Fecha final	Días	Intereses moratorios reconocidos desde
Úrsula Márquez González	52.005.545	27/07/2012	25/08/2012	30	09/08/2017
		22/10/2013	26/10/2013	5	06/09/2017

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **accionada** interpuso recurso de apelación manifestando que, no es viable el reconocimiento de intereses moratorios ordenados, teniendo en cuenta que la incapacidad se encuentra pagada, de otro lado, el empleador no radicó la cuenta de cobro para haber realizado el pago de la mencionada obligación en los tiempos establecidos por la normatividad vigente, así mismo, debe tenerse en cuenta que los dineros que maneja la EPS son dineros de carácter público con una destinación específica a cubrir la necesidad en salud de la población Colombiana, los cuales tienen amplia vigilancia por los entes de control, en ese orden tales rubros no se encuentran destinados para pago de intereses.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico a resolver en el presente asunto consiste en establecer si le asiste derecho a la entidad demandante a que se le reconozca intereses moratorios frente a la tardanza en el reconocimiento de la licencia por enfermedad general que se le otorgó por parte de la EPS FAMISANAR a la funcionaria ÚRSULA MÁRQUEZ GONZÁLEZ.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019 y Decreto

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral
1333 de 2018.

SUMARIO EXP. 110012205000202101731-01

Intereses moratorios

Pretende la EPS accionada se revoque la decisión de primera instancia respecto al pago de intereses moratorios, bajo tres aspectos; 1.) la incapacidad se encuentra pagada, 2.) el empleador no radicó la cuenta de cobro para haber realizado el pago de la mencionada obligación en los tiempos establecidos por la normatividad vigente, 3.) los dineros que maneja la EPS son dineros de carácter público.

El artículo 4° del Decreto 1281 del año 2002, establece:

“ARTÍCULO 4o. INTERESES MORATORIOS. *El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”.*

De otro lado, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, indica:

“ARTÍCULO 206. INCAPACIDADES. *Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto”.*

Y el artículo 2.2.3.1 del Decreto único reglamentario 780 de 2016, señala:

“Artículo 2.2.3.1 Pago de prestaciones económicas. *A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por*

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101731-01

enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en DECRETO Nt:i1VIERÓ 780 ' DE2016 HOJA No 86 Continuación de Decreto "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social"

*un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones **económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.***

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

Parágrafo 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002.

*Parágrafo 2. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar". **(subrayado fuera del texto original).***

Y el parágrafo 1 del artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 1333 de 2018, 1 señala:

“Artículo 2.2.3.1.1. Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad (...).

EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

Parágrafo 1. *La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002”.*

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101731-01

Como bien se puede apreciar de las normatividades transcritas existe una obligación a cargo de las EPS consistentes en desembolsar el valor de las incapacidades que se generen a favor de los trabajadores de empresas públicas y privadas en los porcentajes señalados por Ley y dentro de un término específico, de no cumplirse con el mismo genera a favor del reclamante el reconocimiento de intereses moratorios, sin que se infiera de la norma que deban ser exentos de dicho reconocimiento por manejar dineros de carácter público, tan solo debe demostrar que el desembolso de la prestación económica fue reclamada por parte del empleador ante la EPS que la expidió, lo cual se encuentra acreditado en el presente asunto como se puede ver de las documentales que militan a folios 7 a 13, en donde consta que mediante los oficios 100214375-821-2017 y 100214375-868-2017 radicados los 4 y 7 de julio de 2017 ante la EPS FAMISANAR, la DIAN solicitó la cancelación de prestaciones económicas por incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y paternidad de varios funcionarios adscritos a la entidad entre los cuales se encuentra la señora ÚRSULA MÁRQUEZ GONZÁLEZ, de manera que sí se efectuó la reclamación exigida.

Ahora, en lo que respecta al pago de las mismas, observa la Sala que ante el requerimiento realizado por al Superintendencia de Salud a la entidad accionante para que se pronunciará si en efecto se había cancelado las incapacidades solicitadas, ésta contestó que las dos incapacidades reclamadas fueron canceladas el día 24 de julio de 2019 (fl.38), al no constar por parte de la EPS demandada con otra documental que acredite que el pago se efectuó con anterioridad a la fecha antes señalada, se entenderá que el pago se efectuó el 24 de julio de 2019, por consiguiente, los intereses correrán de la siguiente manera:

Funcionario	cédula	Fecha inicial	Fecha final	Días	Intereses moratorios
-------------	--------	---------------	-------------	------	----------------------

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101731-01

					reconocidos desde y hasta
Úrsula Márquez González	52.005.545	27/07/2012	25/08/2012	30	09/08/2017 al 24/07/2019
		22/10/2013	26/10/2013	5	06/09/2017 al 24/07/2019

Conforme a lo anterior, y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ PARCIALMENTE** el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el ordinal cuarto de la decisión de fecha 31 de marzo de 2021, proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional, en el sentido ordenar a FAMISANAR EPS el pago de intereses moratorios a favor de la DIAN en los siguientes términos:

Funcionario	cédula	Fecha inicial	Fecha final	Días	Intereses moratorios reconocidos desde y hasta
Úrsula Márquez González	52.005.545	27/07/2012	25/08/2012	30	09/08/2017 al 24/07/2019
		22/10/2013	26/10/2013	5	06/09/2017 al 24/07/2019

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101731-01

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor'.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho Fernández'.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras'.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE VILMA DORIS CÁRDENAS BELTRÁN
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

La señora **VILMA DORIS CÁRDENAS BELTRÁN** solicita se **declare** que COLPENSIONES liquidó en forma errónea la pensión de vejez mediante las resoluciones SUB 18057 del 22 de enero de 2018, resolución SUB 100925 del 16 de abril de 2018 y resolución DIR 8006 del 26 de abril de 2018, se **ordene** a la entidad demandada a reliquidar la pensión de vejez con la historia laboral actualizada, se **ordene** a demandada a reconocer que la demandante es titular y se encuentra cobijada por el régimen de transición, toda vez que COLPENSIONES liquidó la pensión de vejez con fundamento en el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años, establecido en el literal c.) del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la cual se contempla que para ser beneficiario del régimen de transición se requiere mínimo 5.400 días, equivalente a 15 o más años de cotización, como lo es en el presente caso en que la cotizante ha realizado aportes por encima del exigido en la ley, sin que esto tuviera ningún efecto o consecuencia práctica y económica sobre el monto de la liquidación y mucho menos en la mesada pensional, se **ordene** a COLPENSIONES que incorpore en la historia laboral todas y cada una de las semanas efectivamente cotizadas incluyendo aún aquellas semanas de cotización faltantes de entidades públicas como la Gobernación del Meta y Policía Nacional que no aparecían en la historia laboral, se **ordene** a COLPENSIONES a reliquidar

la pensión a partir del mes de septiembre de 2017, fecha desde la cual acreditó el cumplimiento de los requisitos para la obtención de la pensión debidamente indexado y junto al pago de intereses moratorios, se **condene** a la demandada que reconozca y liquide el pago del retroactivo de los dineros dejados de percibir por todo concepto desde el 28 de julio de 2015, hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia, se ordene a COLPENSIONES a efectuar la liquidación del IBL teniendo en cuenta las cotizaciones realizadas durante los últimos 10 años versus las efectuadas en toda la vida laboral en virtud de la aplicación del principio de favorabilidad (fls. 400 a 402).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls.382 a 400 del plenario en los cuales se señalaron; que COLPENSIONES le concedió pensión de vejez por ser beneficiaria del régimen de transición a través de la resolución SUB 100925 del 16 de abril de 2018, en donde además consta que inició labores el día 1° de enero de 1976 al servicio del Departamento del Meta, que su última vinculación fue como servidora pública en la Universidad del Tolima con cotizaciones y aportes no tenidos en cuenta por COLPENSIONES desde el mes de septiembre de 2011 hasta el 30 de junio de 2017, conforme se señala en la resolución DIR 8006 del 26 de abril de 2018, que COLPENSIONES al liquidar la pensión tomó como base de liquidación un total de 1,868 semanas de cotización y un IBL de \$2.409.694 que corresponde a la asignación básica, sin tener en cuenta que acreditó un tiempo de servicio en forma ininterrumpida a diferentes empleadores lo cual suma 38.66 de tiempos faltantes los cuales fueron solicitados para que se corrigiera su historia laboral, que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, acreditaba con suficiencia los requisitos establecidos en las leyes anteriores, especialmente en la Ley 33 de 1985, que aunque no reunía el factor de edad establecido en la nueva disposición al contar solo con 33 años de edad, acreditaba más de 15 años de servicio.

Refiere que COLPENSIONES negó el reconocimiento pensional en resolución GNR 392192 del 30 de diciembre de 2015, bajo las siguientes razones: *“los afiliados que se trasladaron acogiéndose a las sentencias SU-062 de 2010, SU 130, SU 856 de 2013 (a partir del 03 de febrero de 2010 a la fecha), si requieren el cálculo de rentabilidad, para recuperar el régimen de transición, debido a que esta norma sólo exigía cumplir con el requisito de 15 años de servicio o semanas cotizadas sino el pago efectivo del cálculo de rentabilidad (circular 06 de 2011 de Superintendencia Financiera de Colombia)”*. Relata que verificado el aplicativo SIAF se pudo evidenciar

que se trasladó del RAIS a COLPENSIONES el 27 de diciembre de 2012, por lo que para recuperar el régimen de transición debía cumplir los requisitos de cálculo de rentabilidad y 15 años de servicio al 1° de abril de 1994, que según COLPENSIONES para dicha data contaba con 14 años de servicio lo cual no es cierto, por cuanto para dicha fecha contaba con 915,54 semanas que equivalen a 17,8 años de servicios, siendo contradictorios en sus actos administrativos, tan es así que finalmente en el acto administrativo que reconoció la prestación se reconoce como titular del derecho a conservar el régimen de transición conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 2 y 4, parcialmente ciertos los numerales 1 y 3; y no ser cierto el numeral 5 y propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, buena fe y declaratoria de otras excepciones (fls. 420 a 423).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de mayo de 2020, **absolvió** a COLPENSIONES de todas y cada una de las súplicas de la demanda incoadas por la señora VILMA DORIS CÁRDENAS BELTRÁN, **declaró** probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación; y se **abstuvo** se condenar en costas (CD fl. 431).

Como **argumento de su decisión** señaló el *a quo* que los problemas jurídicos se circunscribían en establecer si la demandante es beneficiaria del régimen de transición atendiendo que había prestado sus servicios ante la Gobernación del Meta y a la Policía Nacional, también se solicita se tenga en cuenta todas las semanas debidamente cotizadas al sistema pensional, haciéndose un reparó a las cotizaciones realizadas a COLPENSIONES para los periodos de enero a junio del año 2008, marzo a diciembre del año 2011, enero a septiembre de 2012, junio y agosto de 2013, febrero y mayo de 2014, marzo, mayo, agosto y septiembre de 2015, septiembre de

Expediente No. 12 2018 00678 01

2016, julio y septiembre de 2017 y aportes de tiempos simultáneos con la Universidad del Tolima.

En relación a lo anterior, a fin de establecer si la demandante era beneficiaria del régimen de transición indicó el sentenciador que se encontraba demostrado que la actora nació el 28 de julio de 1960, con lo cual se podía determinar que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no tenía 35 años de edad, en cuanto al tiempo de servicios teniendo en cuenta el tiempo laborado en la Gobernación del Meta, Policía Nacional, GASEOSAS DE LLANO POSTOBÓN, seguros médicos voluntarios, PRODUCTOS RIOKA LTDA, PURINA COLOMBIANA y AGRINAL COLOMBIA SA a la entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, acreditaba un total de 926,57 semanas lo cual supera el umbral de los 15 años de servicios, sin embargo, no podía desconocerse que ese régimen de transición fue condicionado por parte del Acto Legislativo 01 de 2005, que estableció unos parámetros frente a la expiración del régimen de transición por lo que su beneficio se extendía solo hasta el 31 de diciembre de 2014 y la demandante cumplió los 55 años de edad el 28 de julio de 2015, de manera que para dicha calenda ya no estaba vigente las normas del régimen de transición, por lo tanto, no era posible darle aplicación a las normas que gobernaron con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la reliquidación de la mesada sostuvo que teniendo en cuenta los tiempos debidamente registrados en la historia laboral más el IBL debidamente demostrado para enero a junio de 2008 de \$811.251, los ciclos de 2011 conforme a los documentos obrantes dentro del expediente, también se tuvo en cuenta la simultaneidad de tiempos cotizados como independiente y cotizaciones por parte de la universidad del Tolima, observándose que la demandante cuenta con más de 1,500 semanas cotizadas, por lo que debe aplicarse la tabla señalada en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 que establece la formula decreciente hasta 1,800 semanas después de las 1,800 no habría cotizaciones adicionales, obteniéndose con toda la vida laboral una tasa de remplazo del 79.19% lo cual arrojaría una mesada inicial de \$1.536.977,93 la cual sería inferior a la que liquidó COLPENSIONES en la resolución SUB 100925 del 16 de abril del año 2018, en suma de \$1.900.526 para el año 2017 y con lo cotizado en los 10 últimos años se tiene un IBL 2.309.120,87 aplicando la tasa de remplazo 78,99% de donde se obtiene una mesada de \$1.822.703,51 cifra que sigue siendo inferior a la reconocida por COLPENSIONES, por tales circunstancias no reliquidaba la mesada pensional.

CONSULTA

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

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

De conformidad con el recurso de alzada, corresponde a esta Sala de decisión determinar si la demandante es beneficiaria del régimen de transición en consecuencia si le es aplicable lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 y Decreto 758 de 1990. De otro lado, si debe tenerse ciclos adicionales en su historia laboral como IBC distintos de algunos periodos cotizados.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionada de la señora VILMA DORIS CÁRDENAS BELTRÁN, conforme se infiere de la copia de la Resolución SUB 18057 del 22 de enero de 2018 (fl. 3 a 7), mediante la cual COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez en cuantía de \$1.852.475 a partir del 1° de octubre de 2017, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, mediante resolución SUB 100925 del 16 de abril de 2018, le fue reliquidación la mesada pensional teniéndose como mesada pensional para el año 2017 la suma de \$1.900.526 (fls. 8 a 12).

Régimen de transición

Conforme al art. 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de las mujeres debía contar para el 1° de abril de 1994, con 35 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados.

Reuniendo los requisitos señalados tendrá derecho a la pensión de vejez o de jubilación cuando cumpla la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1° de abril de

1994, el cual para el caso concreto es el dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Dto. 758 del mismo año o Ley 71 de 1988, por contar con semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES y en sector público.

Dicho lo anterior, y conforme a la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 63 del expediente, se tiene que la actora nació el **28 de julio de 1960**, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 33 años de edad cumplidos y 926,57 semanas cotizadas acreditando más de 15 años de servicios, lo cual la hacía acreedora al régimen de transición.

Ahora, en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone que éste no podrá extenderse más allá del **31 de julio de 2010**, excepto para las personas que estando en el mismo tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto, a quienes se les mantendrá el referido régimen hasta el **31 diciembre de 2014**, no cabe duda que para julio de 2010, la demandante ya acreditaba las 750 exigidas, sin embargo, como bien lo señaló el *a quo* la señora VILMA DORIS CÁRDENAS cumplió los 55 años de edad el **28 de julio de 2015**, es decir, cuando ya había expirado el beneficio del régimen de transición y si bien esta Sala de decisión ha determinado en algunos casos excepcionales el otorgamiento de la pensión de vejez bajo el régimen de transición cuando se acredita el número de semanas exigido en la normatividad anterior y el cumplimiento de la edad con posterioridad al 31 de diciembre de 2014, por contarse **con una situación jurídica definida y concreta**, lo cual no puede verse afectado por los cambios legislativos que se presentan en el tiempo, esto lo ha sido para garantizar el reconocimiento de la pensión de vejez más no cuando la pensión ya se encuentra reconocida y lo que se busca es una reliquidación, pues en estos casos se entiende que el derecho pensional ya se encuentra garantizado.

Reliquidación pensional inclusión de semanas

Sostiene la demandante que dentro de su historia laboral fue reportado un IBC distinto de enero a junio del año 2008 por cuanto aparece reportado la suma de \$785.938 cuando en realidad fue \$811.251, revisada la documental visible a folios 90 a 95 correspondiente a la planilla de autoliquidación de aportes del año 2008, se observa que efectivamente el IBC reportado correspondió a la suma de \$811.251, asistiéndole razón a la actora en cuanto a que no se reportó el IBC correcto dentro

Expediente No. 12 2018 00678 01

de la historia laboral actualizado al 9 de abril de 2018 y que milita en expediente administrativo folio 429.

Por otro lado, refiere que dentro de la historia laboral no se encuentra reportado los ciclos de marzo a diciembre de 2011 que fueron cotizados como independiente aportando como soporte de su dicho la correspondiente planilla de autoliquidación de aportes folios 96 a 98, en donde efectivamente aparece los periodos de pensión comprendidos entre el 03-2011 al 12-2011, los cuales deberán incorporarse con los IBC allí reportados, situación que igualmente ocurre con los ciclos enero a septiembre de 2012 y que se soportan con las documentales obrantes a folios 99 a 100, también aduce la actora que desde el año 2013 a 2017 se efectuaron aportes simultáneos como independiente y con la Universidad del Tolima los cuales no fueron teniendo en cuenta por la entidad accionada, verificada de nuevo la historia laboral se encuentra que efectivamente aparecen en 0, por lo que deberán ser tenidos en cuenta.

Así las cosas, teniendo en cuenta los ciclos antes mencionados más los tiempos públicos que se encuentran certificados en formatos CLEBP y que corresponde del 01 de enero de 1976 al 12 de diciembre de 1977 con la GOBERNACIÓN DEL META y del 01 de abril de 1978 al 10 de marzo de 1979 con la POLICÍA NACIONAL (fls. 64 a 69), la demandante cuenta con un total de **1,961.57 semanas cotizadas**, por lo que efectuándose la correspondiente liquidación con apoyo del grupo liquidador dispuesto para esta instancia se obtiene con toda la vida laboral un IBL de \$ 1.779.571,07 y una tasa de remplazo de 80% de acuerdo a lo dispuesto en la fórmula decreciente establecida en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, para una mesada pensional de \$1.423.571,07 y con los 10 últimos años se obtuvo un IBL de \$1.798.117,57, una tasa de remplazo de 80% y una primera mesada pensional de \$1.438.494,05 como se puede verificar de la liquidación adjunta, los cuales resultan inferiores a la calculada por COLPENSIONES en resolución SUB 100925 del 16 abril de 2018, que lo fue en un IBL de \$2.409.694, tasa de remplazo del 78,87% y mesada pensional de \$1.900.526.

Por lo tanto, no tendrá más esta Sala de decisión que **confirmar** la decisión de primer grado.

COSTAS:

SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

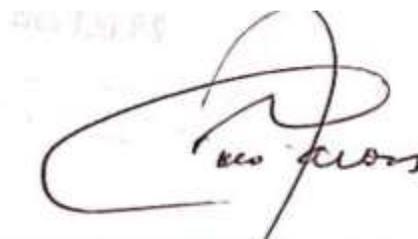
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

Cálculo Toda la vida Laboral								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
1976	366	0,290	93,11	321,069	\$ 1.504,52	\$ 509.739,04	\$ 6.206.610,23	
1977	365	0,360	93,11	258,639	\$ 2.221,55	\$ 574.578,69	\$ 6.990.707,42	
1978	293	0,470	93,11	198,106	\$ 2.898,91	\$ 574.292,15	\$ 5.608.919,99	
1979	365	0,560	93,11	166,268	\$ 7.629,29	\$ 1.268.505,31	\$ 15.433.481,30	
1980	271	0,720	93,11	129,319	\$ 7.239,19	\$ 936.167,80	\$ 8.456.715,75	
1981	365	0,900	93,11	103,456	\$ 5.790,00	\$ 599.007,67	\$ 7.287.926,61	
1982	365	1,110	93,11	81,675	\$ 9.306,00	\$ 760.071,63	\$ 9.217.538,18	
1983	342	1,410	93,11	66,035	\$ 19.413,95	\$ 1.282.008,96	\$ 14.614.902,19	
1984	366	1,650	93,11	56,430	\$ 24.056,23	\$ 1.402.644,56	\$ 17.112.263,67	
1985	365	1,950	93,11	47,749	\$ 29.403,21	\$ 1.403.965,37	\$ 17.081.578,61	
1986	296	2,380	93,11	39,122	\$ 59.232,64	\$ 2.317.290,19	\$ 22.863.929,90	
1987	365	2,880	93,11	32,330	\$ 75.168,74	\$ 2.430.194,92	\$ 29.567.371,47	
1988	366	3,580	93,11	26,008	\$ 55.953,85	\$ 1.455.269,05	\$ 17.754.282,42	
1989	365	4,580	93,11	20,330	\$ 71.769,12	\$ 1.459.044,34	\$ 17.751.706,12	
1990	365	5,780	93,11	16,109	\$ 89.070,00	\$ 1.434.828,32	\$ 17.457.077,92	
1991	365	7,650	93,11	12,171	\$ 111.516,90	\$ 1.357.299,21	\$ 16.513.807,03	
1992	366	9,700	93,11	9,599	\$ 143.318,20	\$ 1.375.706,94	\$ 16.783.624,64	
1993	365	12,140	93,11	7,670	\$ 197.200,77	\$ 1.512.468,16	\$ 18.401.695,91	
1994	365	14,890	93,11	6,253	\$ 253.514,41	\$ 1.585.213,19	\$ 19.287.497,84	
1995	310	18,250	93,11	5,102	\$ 351.931,13	\$ 2.815.907,26	\$ 29.097.708,31	
1996	360	21,800	93,11	4,271	\$ 644.620,25	\$ 2.753.238,14	\$ 33.038.857,69	
1997	360	26,520	93,11	3,511	\$ 803.457,08	\$ 2.820.885,71	\$ 33.850.628,52	
1998	360	31,210	93,11	2,983	\$ 1.025.287,58	\$ 3.058.780,10	\$ 36.705.361,19	
1999	360	36,420	93,11	2,557	\$ 1.353.971,75	\$ 3.461.513,17	\$ 41.538.158,04	
2000	330	39,790	93,11	2,340	\$ 1.694.180,82	\$ 3.964.442,72	\$ 43.608.869,96	
2001	360	43,270	93,11	2,152	\$ 1.175.902,42	\$ 2.530.350,68	\$ 30.364.208,19	
2002	360	46,580	93,11	1,999	\$ 1.262.737,00	\$ 2.524.118,55	\$ 30.289.422,60	
2003	240	49,030	93,11	1,069	\$ 1.647.940,00	\$ 3.079.265,00	\$ 24.634.119,99	
2006	160	58,700	93,11	1,586	\$ 391.000,00	\$ 620.204,60	\$ 3.307.757,86	
2007	360	61,330	93,11	1,518	\$ 680.795,58	\$ 1.033.570,47	\$ 12.402.845,61	
2008	360	64,820	93,11	1,436	\$ 811.146,42	\$ 1.165.162,65	\$ 13.981.951,78	
2009	360	69,800	93,11	1,334	\$ 800.416,67	\$ 1.067.719,14	\$ 12.812.629,66	
2010	352	71,200	93,11	1,308	\$ 1.068.704,55	\$ 1.397.571,35	\$ 16.398.170,52	
2011	348	73,450	93,11	1,268	\$ 1.200.948,28	\$ 1.522.400,19	\$ 17.659.842,21	
2012	360	76,190	93,11	1,222	\$ 1.463.250,00	\$ 1.788.203,27	\$ 21.458.439,30	
2013	360	70,050	93,11	1,193	\$ 2.404.500,00	\$ 2.069.456,05	\$ 34.421.472,65	
2014	360	79,560	93,11	1,170	\$ 893.833,33	\$ 1.046.063,62	\$ 12.552.763,45	
2015	360	82,470	93,11	1,129	\$ 807.395,83	\$ 911.553,31	\$ 10.938.759,70	
2016	360	88,050	93,11	1,057	\$ 3.189.455,00	\$ 3.372.744,52	\$ 40.472.934,25	
2017	270	93,110	93,11	1,000	\$ 3.394.792,44	\$ 3.394.792,44	\$ 30.553.132,00	
Total días	13731					Total devengado actualizado a:	2017	\$ 814.509.676,71
Total semanas	1961,57					Ingreso Base Liquidación		\$ 1.779.571,07
Total Años	38,14					Porcentaje aplicado		80%
						Primera mesada		\$ 1.423.656,85
						Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año		2017
								\$ 737.717,00

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
2007	110	61,330	93,11	1,518	\$ 812.697,64	\$ 1.233.821,57	\$ 4.524.012,43	
2008	360	61,820	93,11	1,136	\$ 811.116,12	\$ 1.165.162,65	\$ 13.981.951,78	
2009	360	69,800	93,11	1,334	\$ 800.416,67	\$ 1.067.710,14	\$ 12.812.629,66	
2010	352	71,200	93,11	1,308	\$ 1.068.704,55	\$ 1.397.571,35	\$ 16.398.170,52	
2011	348	73,450	93,11	1,268	\$ 1.200.940,20	\$ 1.522.400,19	\$ 17.659.042,21	
2012	360	76,190	93,11	1,222	\$ 1.463.250,00	\$ 1.768.203,27	\$ 21.456.439,30	
2013	360	78,050	93,11	1,193	\$ 2.404.500,00	\$ 2.868.456,05	\$ 34.421.472,65	
2014	360	79,560	93,11	1,170	\$ 893.833,33	\$ 1.046.063,62	\$ 12.552.763,45	
2015	360	82,470	93,11	1,129	\$ 807.395,83	\$ 911.563,31	\$ 10.938.759,70	
2016	360	88,050	93,11	1,057	\$ 3.189.455,00	\$ 3.372.744,52	\$ 40.472.934,25	
2017	270	93,110	93,11	1,000	\$ 3.391.792,11	\$ 3.391.792,11	\$ 30.553.132,00	
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2017	\$ 215.774.107,93	
Total semanas	514,29					Ingreso Base Liquidación	\$ 1.798.117,57	
Total Años	10,00					Porcentaje aplicado	80%	
						Primera mesada	\$ 1.438.494,05	
						Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2017	\$ 737.717,00

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GUILLERMO ANTONIO SUAREZ BENITEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **GUILLERMO ANTONIO SUAREZ BENITEZ** se **declare** que es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, **declare** que tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de vejez con sus mesadas adicionales en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por contar con 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad y 1,000 semanas en cualquier tiempo. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la pensión de vejez de manera vitalicia junto con su retroactivo y mesadas adicionales desde el 1° de diciembre de 2014, día siguiente a su última cotización, se **condene** al pago de intereses moratorios dejados de percibir de conformidad con lo previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se **condene** a que las mesadas sean debidamente indexadas de acuerdo con el IPC, se **condene** al pago de costas y agencias en derecho; y se **condene** a las facultades ultra y extra petita (fls.25 a 26).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 24 a 25 del plenario, en los cuales en síntesis se señalaron; que nació el 18 de marzo de 1952, que cotizó al régimen de prima media con prestación definida un total de 1,027 semanas, que para el 1° de abril de 1994, contaba con 42 años de edad y 13 días, que para la empresa MONTAJES INDUSTRIALES USEV LTDA por el periodo comprendido entre 1° de julio de 1997 al 30 de septiembre de 1999, que dicha empresa lo afilió al ISS donde solo le aportó 0,14 semanas, no efectuándole aportes por el periodo comprendido entre el 1° de julio de 1997 al 30 de septiembre de 1999, que el ISS no realizó el cobro de los aportes, que para el 22 de julio de 2005, contaba con 839,73 semanas cotizadas incluyéndose el periodo en mora, que el día 12 de marzo de 2013, solicitó el pago de la pensión el cual fue negado por la entidad demandada a través de los actos administrativos GNR 348966 del 10 de diciembre de 2013 y GNR 433908 del 20 de diciembre de 2014.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 3, 5, 6, 9 a 12; y no ser ciertos los demás, los cuales tiene relación el tiempo laborado con la empresa MONTAJES INDUSTRIALES USEV LTDA, obligación de cobro por parte de la entidad y semanas cotizadas para el 22 de julio de 2005, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, deducción de pagos realizados, improcedencia de intereses moratorios e indexación, prescripción, buena fe e innominada o genérica (fls.59 a 68).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 24 de junio de 2020, **condenó** a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la pensión de vejez que prevé el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1° de febrero de 2015, en cuantía inicial de \$644.350, junto con los incrementos que decreté el Gobierno Nacional y mesada adicional correspondiente, **condenó** a COLPENSIONES al pago de intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas desde que cada una se hizo exigibles, a partir del 1° de febrero de 2015 y hasta cuando se verifique su pago, **autorizó** a COLPENSIONES a descontar al demandante la suma que pago por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y **condenó** en costas la entidad demandada (CD fl.81).

Como argumento de su decisión, la *a quo* comenzó por estudiar si el demandante es beneficiario del régimen de transición, indicando que al proceso se aportó cédula de ciudadanía en la cual se puede observar que nació el 18 de marzo de 1952, de manera que a la entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es, al 1° de abril de 1994, contaba con 42 años de edad, quedando entonces cobijado por el régimen de transición, para saber si mantuvo dicho régimen era necesario estudiar los requisitos del Acto Legislativo 01 de 2005, en donde surgía la discusión entre las partes frente a las semanas cotizadas con la empresa MONTAJES INDUSTRIALES USEV LTDA entre el 1° de julio de 1997 al 30 de septiembre de 1999, por lo que al revisarse la historia laboral ciertamente se observaba que con el mencionado empleador registra afiliación al sistema pensional bajo el patronal 83001634 en ese específico periodo, donde solo realizó aportes de 0,14 semanas, cuando en realidad debió efectuarlas en una densidad de 115,57 semanas, lo cual quería decir que configuró mora o deuda por no cancelación, que al tenerse en cuenta la línea jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral sobre dicho asunto, en donde ha sostenido que la mora patronal no debe afectar al afiliado, por cuando la obligación recae en el sistema de seguridad social en el cual se encuentra afiliado, dichas semanas debía ser calculadas dentro de la historia laboral.

Precisó que al revisarse la historia laboral del demandante se tenía que no era posible tenerse en cuenta la totalidad de las 115,57 semanas en mora, por cuanto durante dicho lapso se encuentran cotizaciones simultaneas, para el año 1997 en los meses de noviembre y diciembre efectuó aportes por cuenta de JOSÉ APONTE CASTELBLANCO para un total de 2,29 semanas, para el año 1998 por cuenta del empleador B y V ESTRUCTURAS METALICAS LTDA realizó cotizaciones entre enero y junio y septiembre a diciembre en un número de 14,71 semanas, en el año 1999 por cuenta de B y V ESTRUCTURAS METALICAS LTDA realizó cotizaciones en enero para una densidad de 3,29, para un total de **20,29 semanas**, lo anterior, al tenerse en cuenta el artículo 81 del Acuerdo 44 de 1989, en concordancia con el parágrafo 1° del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 y el parágrafo segundo del artículo 20 del Decreto 692 de 1994, los mismos establecen que el momento de aportarse simultáneamente por cuenta de distintos empleadores, esas cotizaciones son acumulables para incrementar el IBC, sin que de ellas se infiera que las cotizaciones simultaneas aumente el tiempo de cotización, significaba lo anterior que las 115,57 semanas adeudadas debía descontarse las 20,29 semanas que fueron cotizadas simultáneamente en el periodo de julio de 1997 a septiembre de 1999, de lo que resultaba un total de 95,42 semanas que debían incluirse en el conteo de semanas cotizadas, por lo que al sumarse las 703,57 cotizadas entre el 1° de julio de 1974 y el

1 de julio de 2002, y que no fueron objeto de discusión alguno arrojó un total de 798,99 semanas de aportes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, conservando de esa manera el régimen de transición.

En tal sentido, le era admisible el contenido de lo normado en el Acuerdo 049 de 1990, que al revisarse los requisitos allí exigidos se tenía que el actor cumplió los 60 años de edad el 18 de marzo de 2012, frente a la densidad de cotizaciones se evidenciaba 1,035.57 semanas y sumadas las 95,42, había cotizado un total de 1,132 semanas de las cuales 1,110.57 fueron aportadas antes del 31 de diciembre de 2014, causando la pensión de vejez antes de expirar el régimen de transición. En cuanto al monto de conformidad con el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, le correspondía un porcentaje del 82,92%, el IBL se calculó conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, reconociéndose el derecho pensional a partir del 1° de febrero de 2015, de acuerdo al artículo 13 del citado Decreto 758 de 1990, obteniéndose una mesada de 1 SMLMV.

En cuanto al pago de intereses moratorios, sostuvo la sentenciadora de primera instancia que había lugar al pago de mismos ante la tardanza en el reconocimiento de las mesadas pensionales, por último; en cuanto a la excepción de prescripción señaló que mediante resolución GNR 348966 del 10 de diciembre de 2013, se resolvió el recurso de reposición contra la resolución 44455 que negó el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual se notificó al demandante el día 17 de diciembre de 2013, luego a partir de allí disponía el actor de 3 años para iniciar la acción judicial, sin embargo, ello ocurrió el día 30 de noviembre de 2018, lo cual significaba que las mesadas causadas con antelación al 30 de noviembre de 2015, se encontraban prescritas.

CONSULTA

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

C O N S I D E R A C I O N E S

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, si es posible validar los ciclos correspondientes entre el 1° de julio de 1997 al 30 de septiembre de 1999, con el empleador MONTAJES INDUSTRIALES USEV LTDA dentro de la historia laboral del actor. Así mismo, se

estudiará si acreditó ser beneficiario del régimen de transición y, en consecuencia, si cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez de conformidad con lo normado en el Acuerdo 049 de 1990, si hay lugar al pago de intereses moratorios y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Reconocimiento de semanas

Alega la parte actora que trabajó para el empleador MONTAJES INDUSTRIALES USEV LTDA durante el periodo comprendido entre el 1° de julio de 1997 al 30 de septiembre de 1999, de los cuales tan solo aparece reportado en su historia laboral 0,14 semanas con dicho empleador, en razón a ello sostuvo la Juez de primera instancia que conforme fue verificada la historia laboral, se podía observar que en efecto aparece afiliado para el empleador MONTAJES INDUSTRIALES USEV LTDA en el mes de julio de 1997, sin que existiera novedad de retiro, ni aportes con posterioridad, razón por la cual dando alcance a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral debía reconocerse las cotizaciones hasta el 30 de septiembre de 1999, que no tuviera periodos simultáneos.

En relación a los tiempos en mora registrado dentro de la historia laboral de los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones, la alta Corporación ha sostenido que la existencia de un contrato de trabajo impone *per se* el deber de afiliación e inscripción por parte del empleador y la correlativa de pagar las cotizaciones, tal como lo disponen los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993, **es natural que para que exista la obligación de cobro de los aportes por parte de la administradora, debe mediar la afiliación e inscripción correspondiente por parte del empleador** **sentencia** SL 290 del 5 de febrero de 2020, en la cual se reitera la sentencia con radicado No. 37555 del 23 febrero de 2010, citando:

*“Y en lo que atañe a la nueva construcción jurisprudencial que alude el censor, que tiene que ver con la responsabilidad de las administradoras del régimen de pensiones, frente a la omisión del empleador de su obligación de pagar los aportes, cuando ésta no utiliza las herramientas legales de cobro para realizar el recaudo efectivo de la cotización, es menester aclarar, que **tal orientación doctrinaria no tiene aplicación en asuntos donde se presenta el incumplimiento en el deber de inscripción o afiliación del trabajador**, que es lo que acontece en la presente causa, en la cual la demandada Federación Nacional de Algodoneros omitió afiliarse al ISS al trabajador demandante desde la fecha de inicio de labores, y lo hizo luego de transcurrido varios ciclos o meses, que es el tiempo que ahora reclama la parte actora se le tenga en cuenta para alcanzar las 1.000 semanas de cotización exigidas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de igual año. Lo anterior por cuanto al no mediar afiliación o inscripción, **no surge la cotización que permita hablar de mora en el cubrimiento de aportes, ni se abren paso las acciones de***

cobro que contemplan las normas referentes a la recaudación de cotizaciones”.

(...)

*Como estrictamente y según lo arriba explicado **en este evento no hubo mora de los empleadores en el pago de las cotizaciones, sino incumplimiento en su deber de inscripción**, el Tribunal, en consecuencia, no incurrió en desatino jurídico alguno, pues, frente a la falta de inscripción del trabajador Delio de Jesús Zapata Correal por parte de Antonio y Darío Macías Duque, al sistema de seguridad social en pensiones –no discutida, antes, por el contrario, admitida por la impugnación extraordinaria-, la conclusión no era otra distinta a la de condenar a los últimos a pagar la pensión de sobrevivientes causada por la muerte del primero”.*

Así mismo, en sentencia SL 3081/2020, expresó:

“Precisamente, en la providencia CSJ SL984-2019, la Corporación reiteró:

*A efectos de contabilizar las semanas cotizadas por el afiliado a fin de verificar si cumple o no con los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, deben tenerse en cuenta a más de las consignadas oportunamente, las pagadas extemporáneamente y **las que se encuentran en mora, dada la falta de gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre vinculado** (...).*

No se trata, como lo sugiere la censura, que la Corte avale el reconocimiento y pago de pensiones a cargo de las administradoras de pensiones, desconociendo la obligación que tiene los empleadores de efectuar las cotizaciones, pues a la conclusión cuya revisión impetra la recurrente, ha llegado la Corporación por el ejercicio hermenéutico de las normas que integran el sistema e imponen obligaciones a unas y otros para garantizar el derecho a la pensión de los trabajadores, así como para afianzar el equilibrio financiero del sistema en el que insoslayablemente tienen interés los fondos de pensiones, con el objetivo de lograr la eficiencia de su funcionamiento en beneficio propio y, además, como valor o principio supremo, para cumplirle a sus afiliados con el pago de las prestaciones a su cargo (...).

Es por lo anterior que esta Sala de la Corte ha reiterado que al concurrir las obligaciones antedichas en empleadores (pago de aportes) y administradoras (cobro de aportes en mora), su incumplimiento no puede afectar al afiliado quien cumplió con su trabajo y el aporte al sistema de pensiones previamente descontado del pago mensual de su salario”.

Así las cosas, claro está que le asiste razón a la Juez en cuanto a que deben ser sumas las cotizaciones solicitadas al mediar afiliación al sistema por el empleador MONTAJES INDUSTRIALES USEV LTDA y no encontrarse novedad de retiro, ahora si bien no se encuentra dentro del expediente constancia de que efectivamente el demandante laboró para ese empleador durante todo el periodo correspondiente del 1° de julio de 1997 al 30 de septiembre de 1999, lo cual daría lugar exigírsele al actor que allegará constancia alguna de dicha relación laboral, lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto por la Sala Laboral de la CSJ en sentencia SL 833 de 2021, en la

expresó: *“para que pueda hablarse de «mora patronal» es necesario que existan pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia de un vínculo laboral, bien sea regido por un contrato de trabajo o por una relación legal y reglamentaria. Dicho de otro modo: la mora del empleador debe tener sustento en una relación de trabajo real”*

Sin embargo, al revisarse el expediente administrativo del demandante y que fue aportado por COLPENSIONES (fl.50), se encuentra historia laboral de fecha **1° de abril de 2013**, la cual se imprime y adjunta al expediente para mayor ilustración, en la cual consta que existieron cotizaciones por parte del empleador MONTAJES INDUSTRIALES USEV LTDA en los siguientes periodos: del 01/07/1997 al 31/07/1997, 01/08/1997 al 31/12/1997, 01/01/1998/31/12/1998 y del 01/01/1999 al 30/09/1999, de los cuales tan solo se suman 0,14 semanas, aspecto que demuestra que en efecto el actor sí laboró para dicha empresa durante todo el periodo reclamado, corroborándose con ello la obligación de COLPENSIONES de efectuar las acciones de cobro.

A la luz de lo anterior, a fin de darle credibilidad a la historia laboral del año 2013 que obra a dentro del expediente administrativo, es preciso traer a colación lo señalado por la CSJ Sala de Casación Laboral, en donde ha indicado que la autenticidad de un documento significa tener certeza o seguridad sobre el autor del mismo y que para llegar a dicho convencimiento no solo se hace a través de la firma, tal como lo expresó en la sentencia SL14236-2015 reiterado en el sentencia SL 5170-2019, resaltando que el conocimiento en torno acerca del creador genuino de un documento también puede adquirirse a través de otros signos de individualización de la prueba, tales como las marcas, improntas, signos físicos, digitales o electrónicos, e incluso de la conducta procesal de las partes o sus afirmaciones, cuando con ellas reconocen expresa o tácitamente su autenticidad.

Arguyendo, en la sentencia SL 5170-2019, que si bien la firma de un documento aún sigue siendo importante a la hora de establecer su autenticidad, lo cierto es que con la digitalización de las empresas y procesos, ha ido perdiendo protagonismo para darle paso a nuevas herramientas tecnológicas que permiten la obtención de documentos en línea, de manera segura, eficiente y confiable. Tal como ocurre con el reporte de semanas obtenido por los afiliados a través del portal de internet de COLPENSIONES el cual, si bien no viene suscrito por un funcionario de esa entidad, sí contiene datos que permiten reputarlo como auténtico, tales

como la fecha de impresión, la hora, la secuencia de la información allí registrada, los emblemas, entre otros signos.

Estableciendo la alta Corporación que lo anterior no significa que el juez no pueda en determinadas circunstancias desconfiar o tener sospechas sobre la autenticidad de un documento. De hecho, es válido que las tenga, siempre que sean objetivas y razonables. Cuando así sea, está en la obligación de pedir la prueba a la entidad administradora de pensiones para disipar esas dudas y fallar conforme a la verdad real, teniendo en cuenta que COLPENSIONES es quien tiene a cargo las historias laborales de sus afiliados y por lo tanto, está sometida a los lineamientos de la Ley 1581 de 2012, encontrándose en la obligación de custodiar, conservar y guardar la información de las cotizaciones de sus afiliados, premisa que involucra el deber de organizar y sistematizar correctamente esos datos.

De manera que, las administradoras de pensiones, tienen la obligación de consignar información cierta, precisa, fidedigna y actualizada en las historias laborales, esto es, garantizar que su contenido sea confiable. Esta exigencia origina, a su vez, una prohibición correlativa frente al tratamiento de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error. Concluyendo la jurisprudencia referida que, **cuando COLPENSIONES expide un resumen de semanas de cotizaciones, la información allí plasmada se presume cierta y veraz, a la vez que es vinculante. Por ello, no es posible para la entidad emisora proferir posteriormente y sin dar explicaciones razonables, otra historia laboral con información distinta a la inicialmente certificada.** Ya que al hacerlo transgrede la confianza depositada por los miles de afiliados en su gestión, sobre todo en temas tan sensibles para el tejido social como lo son las pensiones, compromiso que exige un tratamiento bastante riguroso de los archivos y bases de datos.

En tal sentido, encuentra la Sala que la historia laboral que milita a folio 51 a 56, no contiene la misma información que reposa en la historia laboral del año 2013 adjunta en el expediente administrativo, la cual además corrobora la relación laboral del actor con la empresa MONTAJES INDUSTRIALES USEV LTDA entre el 1° de julio de 1997 al 30 de septiembre de 1999, por lo tanto, se sumarán los periodos reclamados, precisándose como bien lo mencionó la Juez que los periodos simultáneos son acumulables para incrementar el IBC, más no deben ser sumadas

como periodos adicionales, por lo tanto, se reconocen las siguientes semanas adicionales:

periodo	Semanas
01/07/1997-31/10/1997:	17
01/01/1998-31/05/1998:	22
01/08/1998-31/08/1998:	4,29
01/02/1999-30/09/1999:	34
Total:	77,29

Régimen de transición

Conforme al art. 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de los hombres debía contar para el 1° de abril de 1994, con 40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados.

Reuniendo los requisitos señalados tendrá derecho a la pensión de vejez o de jubilación cuando cumplan la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1° de abril de 1994, el cual para el caso concreto es el dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Dto. 758 del mismo año, por contar con semanas cotizadas al ISS hoy Colpensiones.

Dicho lo anterior, y conforme a la copia de la cédula de ciudadanía del demandante y que obra a folio 3 del expediente, se tiene que nació el **18 de marzo de 1952**, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 42 años de edad cumplidos, reuniendo así los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el párrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone que éste no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para las personas que estando en el mismo tengan cotizadas **750 semanas** o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto, a quienes se les mantendrá el referido régimen **hasta diciembre de 2014**.

Al constatar si el demandante cuenta con 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 29 de julio de 2005, se tiene que según la documental de folios 51 a 56, registra **724 semanas** de cotización a esa data que, al sumarse las **77,29 semanas** reconocidas arroja un total de **801,29 semanas**

superando así las 750 semanas requeridas, lo que hace que su beneficio se extienda hasta el 31 de diciembre de 2014.

Pensión de vejez – Acuerdo 049 de 1990

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, establece que para acceder a la pensión de vejez en el caso de los hombres debía acreditar 60 años de edad y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1,000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Al respecto, se tiene que el actor cumplió los 60 años de edad el **18 de marzo de 2012**, al verificarse las semanas cotizadas durante los **20 años anteriores al cumplimiento de la edad**, esto es, del 18 de marzo de 1992 al 18 de marzo de 2012, se acreditó en la historia laboral allegada al proceso **578,13 semanas** de cotización y en **toda la vida laboral** reunió un total de **1,112,82 semanas de cotización**, de las cuales **1,108.86** se cotizaron antes del 31 de diciembre de 2014, reuniendo así los requisitos exigidos.

Disfrute de la pensión y monto

Al respecto, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión y solo en casos excepcionales la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha estimado, reconocerla con anterioridad cuando el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen de pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017).

Teniendo en cuenta que el demandante no refuta que algunas de las excepciones antes señaladas, se tomará como fecha de disfrute el día siguiente a la última cotización efectuada al sistema, esto es, a partir del 1º de febrero de 2015, como lo tuvo por sentado la sentenciadora de primer grado.

En cuanto el **monto de la mesada**, se tiene que la mayor parte de los aportes efectuados al sistema se hicieron con base en el SMLMV de cada año laborado, por consiguiente, al efectuarse el cálculo con lo cotizado en los últimos 10 años de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicándose una tasa de remplazo del 81% que sería la que le correspondería de acuerdo al párrafo 2° del Acuerdo 049 de 1990, arroja una suma inferior al SMLMV, por lo tanto, como quiera que la pensión de vejez no podrá ser inferior al salario mínimo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, se reconocerá la mesada en dicho monto, en los mismos términos de la sentencia consultada.

Intereses moratorios

Sobre el tema, ha sido clara la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en señalar que los mismos también proceden para las pensiones otorgadas bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, como así lo indicó en la sentencia SL – 2834 de 2018 radicado 63344 de sala de Descongestión N° 1 y en sentencia más reciente SL 1681 del 3 de junio de 2020.

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

En ese orden de ideas, se tiene que el demandante reclamó **el 12 de marzo de 2013**, reconocimiento que fue negado por la entidad mediante resoluciones GNR 044455 del 19 de marzo de 2013 y GNR 348966 del 10 de diciembre de 2013; a pesar que para dicho momento ya reunía los requisitos exigidos para acceder al derecho pensional, sin embargo, el actor no procedió a reclamarlos sino que solicitó la indemnización sustitutiva el 10 de septiembre de 2014, de suerte que, fue solo con la presentación de la demanda 30 de noviembre de 2018 (fl.38), que solicitó el reconocimiento de los intereses moratorios, de manera que los mismos **deberán reconocerse a partir del 30 de noviembre de 2015**, sobre las mesadas causadas y no pagadas y hasta que se efectuó el pago de las mismas y no en los términos señalados por la Juez.

Indemnización sustitutiva

Aun cuando la pasiva no propuso la excepción de compensación para que del retroactivo le fuera descontando el valor reconocido al actor como indemnización sustitutiva a través de la resolución GNR 433908 del 20 de diciembre de 2014, en la suma de \$12.128.657, la parte actora tampoco hizo ningún reparo al haber sido reconocida dicha compensación por la Juez, en tal situación al estudiarse el asunto en grado jurisdiccional consulta a favor de COLPENSIONES se mantendrá lo decidido en primera instancia.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que la misma alcanzó a operar parcialmente, como quiera que la reclamación de la pensión finalizó con la expedición de la resolución GNR 348966 del 10 de diciembre de 2013, teniendo el demandante 3 años para reclamar lo cual como bien ya se mencionó se hizo el 30 de noviembre de 2018 (fl.38), por lo tanto, las mesadas con anterioridad al 30 de noviembre de 2015 se encuentran prescritas.

Así las cosas, se **modificará** y **adicionará** la decisión de primera instancia.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia consultada en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES reconocer el pago de intereses moratorios a partir del 30 de noviembre de 2015, sobre cada una las mesadas no pagadas y hasta que se efectuó el pago de las mismas, conforme a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de reconocer dentro de la historia laboral del actor los periodos correspondientes entre el 01/07/1997-31/10/1997,

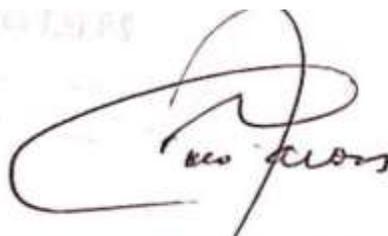
EXPEDIENTE No. 14 2018 00731 01

01/01/1998-31/05/1998, 01/08/1998-31/08/1998, 01/02/1999-30/09/1999,
para un total de 77,29 semanas.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional
consulta.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JORGE ALBERTO ORTÍZ GIL contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, AFP PORVENIR, AFP OLD MUTUAL y UGPP**

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende el señor **JORGE ALBERTO ORTÍZ GIL**, se **declare** que la resolución del contrato de administración de aportes pensionales celebrado con OLD MUTUAL AFP del 1° de agosto de 2008, hubo incumplimiento de entregarse la información oportuna y completa que le permitiera tomar una decisión adecuada en materia del capital que debía ahorrar para asegurar la mesada pensional que consideraba adecuada en el momento de su retiro laboral, se **declare** que resuelto el contrato de administración de aportes retorne al sistema de prima media administrado por COLPENSIONES, se **ordene** a OLD MUTUAL AFP trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas entregadas como aporte pensional para financiar la pensión en COLPENSIONES, se **condene** a OLD MUTUAL AFP a pagar cualquier diferencia económica que surja para asegurarle la pensión de vejez en el régimen de prima media, se **condene** al pago de costas y agencias en derecho y se condene ultra y extra petita (fl. 4 a 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl.3 a 4), señaló en síntesis que nació el 11 de abril de 1960, que estuvo afiliado en el régimen de prima media, que el 1° de agosto de 2008, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL, momento en el cual no le fue informado de manera suficiente sobre las consecuencias que para su retiro

pensional podía tener el hecho de trasladarse al RAIS, que realiza hace 9 años sus aportes a la AFP OLD MUTUAL de manera regular y sin queja alguna sobre el pago del aporte, que durante su permanente en el RAIS le envían extractos donde le informan cuanto tiene ahorrado, cuantas utilidades ha generado el fondo y el número de semanas cotizadas, pero no contiene el monto de la pensión que podría alcanzar al retirarse, ni el monto del ahorro adicional que debe hacer para pensionarse en las condiciones económicas que estime convenientes, que al momento del traslado la OLD MUTUAL no le informó que en el régimen de prima media le convenía más y que tenía la posibilidad de retornar, que solo hasta el día 11 de septiembre de 2015, recibió a petición del actor información sobre el monto de la mesada pensional.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

OLD MUTUAL contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 5 y 14, los cuales tienen relación con el tiempo en que lleva efectuando aportes al RAIS, frente a los demás dijo no constarle los numerales 1 y 4; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (fls. 68 a 83).

PORVENIR S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser ciertos los numerales 1 y 2, que tienen que ver con fecha de nacimiento y edad del demandante, en relación a los demás dijo no constarle, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa e innominada o genérica (fls. 142 a 152).

COLPENSIONES contestó diciendo no contarle las pretensiones 1 a 4 y oponiéndose a las demás, en cuanto a los hechos dijo ser cierto el numeral 1, parcialmente ciertos los numerales 2, 3 y 10; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, compensación, cosa juzgada, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

La **UGPP** contestó igualmente oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no constarle y propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, imposibilidad de condena en costas, no pago de intereses moratorios y genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de julio de 2020 (CD – fl.377), **declaró** ineficaz el traslado efectuado por el señor JORGE ALBERTO ORTÍZ GIL el día 10 de agosto de 1994 del régimen de prima media en ese momento administrado por CAJANAL al RAIS a través de la administradora PORVENIR S.A. y como consecuencia, **ordenó** a la AFP OLD MUTUAL SKANDIA donde actualmente se encuentra afiliado el demandante, traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y a ésta administradora a que proceda a afiliarse al demandante, reciba dichos recursos y los acredite como semanas efectivamente cotizadas al régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos dada esta situación de ineficacia como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, **absolvió** a las demandadas UGPP y PROTECCIÓN S.A. de todas las pretensiones de la demanda y a OLD MUTUAL de las demás pretensiones invocadas en la acción, específicamente en cuanto se ordene el pago de perjuicios y no **condenó** al pago de costas.

Fundamentó su decisión, señalando que el demandante se había trasladó el 10 de agosto de 1994, de CAJANAL a la AFP PORVENIR, para el mes de marzo de 1999 se trasladó a la administradora COLMENA hoy representada por PROTECCIÓN y para el mes de agosto del año 2000 se trasladó a COLPATRIA, para el año 2006 se trasladó a SKANDIA, en el año 2007 regresó a PORVENIR y luego en el 2008 se trasladó a SKANDIA, fondo en el cual se encuentra actualmente afiliado, paso seguido, indicó que el proceso se analizaría de acuerdo a la ineficacia del traslado trayendo sentencia que sobre el tema ha desarrollado la CSJ Sala Laboral considerando en primer lugar, que teniendo en cuenta la fecha en que fue trasladado el demandante al RAIS se había dado de manera ilegal teniendo en cuenta que no se cumplió con el término de permanencia contenido en el literal e.) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues la posibilidad para escoger un régimen se dio en el mes de agosto de 1994, cuando tan solo había transcurrido 4 meses desde el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, normatividad que fue la que permitió la escogencia entre uno u otro régimen pensional.

De otro lado, sostiene el *a quo* que la CSJ Sala laboral ha desarrollado una línea jurisprudencia relacionada con la ineficacia del traslado, trayendo como referencia las relacionadas con el deber de información, carga de la prueba y traslados horizontales que se presentan entre una administradora y otra, encontrando en el presente asunto

que la AFP PORVENIR no cumplió con la carga de la prueba, toda vez que lo único que obraba era con el formulario de afiliación, lo cual no era suficiente para acreditar ese deber de información, tampoco se había podido obtener confesión por parte del demandante, de lo contrario éste había argumentado que no le brindaron información sobre las características de un régimen y otro, aspectos que conllevaba a declarar la ineficacia del traslado, debiéndose ordenar la devolución de los aportes al régimen de prima media con prestación definida, haciendo la advertencia que teniendo en cuenta la liquidación de CAJANAL los aportes deben ser trasladados a COLPENSIONES

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación refiriendo que en cuanto a la ilegalidad de la acción es pertinente tener en cuenta que dicha tesis ya ha sido superada por las diferentes instancias en el sentido de que el término mínimo que debe transcurrir desde la afiliación inicial debe contarse desde la selección inicial o desde la última vinculación válidamente efectuada, en el presente caso era claro que el demandante se encontraba vinculado en un régimen pensional antes de la promulgación de la Ley 100 de 1993, de manera que de conformidad con las sentencias C 408 de 1994, C 711 de 1998, C 246 de 2001, entre otras, se ha indicado de manera clara y expresa que la selección inicial no es solo desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, sino desde la última vinculación efectuada por el afiliado, en el presente caso era claro que el demandante para la fecha del traslado se encontraba válidamente afiliado a un régimen pensional, por lo tanto, se recordaba que la afiliación a pensión es una sola y se hace desde la primera vinculación inicial y no desde el momento en que se promulgue uno u/o régimen pensional.

Adicionalmente, era claro que el Decreto 692 de 1994, establecía cuales eran los requisitos y obligaciones que debía contener el formulario de afiliación, por lo tanto, la entidad cumplió a cabalidad dicha obligación y contrario a lo que plantea la parte demandante en sus alegatos de conclusión que son apreciaciones personales y subjetivas respecto de los regímenes pensionales, en cuanto a que se necesita de manera clara la resolución del contrato de las administradoras, era importante traer a colación lo establecido en el artículo 1546 del Código Civil el cual establece **“CONDICIÓN RESOLUTORIA TACITA.** *En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”.* En tal sentido, se tenía que la demandada cumplió en totalidad las obligaciones que estaban su cabeza como era la adquisición de recursos provisionales para proveer las diferencias contingencias como vejez o muerte, realizar diferentes operaciones

financieras para obtener rendimientos, en consideración a ello, no deben prosperar las pretensiones de la demanda, más aún cuando se realiza una indebida demanda, además de que las decisiones del actor obedecieron a una decisión libre y voluntaria.

Acota, que debe tenerse en cuenta que de los diferentes formularios de afiliación que se allegaron al expediente se manifiesta la voluntad, sin que se le deba restar credibilidad o se le reste validez al mismo por encontrarse impreso, puesto que se realizó conforme a lo establecido en la ley para diligenciar dicho formulario, el cual además fue aprobado por la Superintendencia Financiera y antes de diligenciarse dicho formulario se recibió información suficiente y veraz, esas expresiones que se materializan en el formulario de afiliación no puede exigírsele un nuevo requisito, tampoco puede dejarse de considerar los efectos que produce la suscripción del mismo, tampoco se pueden desconocer los 8 traslados que hizo el demandante durante toda su vida laboral a diferentes AFP, frente a lo cual debe aplicarse los presupuestado en las sentencias SL 52704 2018 y SL 413 de 2018, en las cuales se indica que manera clara que el demandante realizó manifestaciones de seguir vinculado a uno u otro régimen pensional, igualmente el actor tuvo la oportunidad de preguntar, incluso de sustraerse de dicha la firma de dichos documentos.

De lo contrario, invoca la demanda bajo que se encuentra inconforme con la mesada pensional lo cual no concuerda con lo establecida con la CSJ, incluso a partir de la expedición del Decreto 2551 de 2010, que lo fue después de 16 años del traslado al RAIS, que nació la obligación en cabeza de las AFP del deber de información, por lo tanto, el Juez hace una aplicación indebida de las normas respecto del momento historico de los hechos, de manera que no resulta admisible que el actor desconozca en su interrogatorio todos los beneficios que en su momento le ofrecieron durante su permanencia en el RAIS simplemente por no estar conforme con el monto de la mesada pensional, no puede desconocerse ese acuerdo bilateral que existía entre las partes lo cual violaría los articulo 9 y 509 del Código Civil en donde se indica que el error de derecho no vicia el consentimiento, desconocer la norma no es suficiente para asumir los efectos y consecuencias que se derivan de ellas.

Finalmente, en cuanto a los gatos de administración tiene sustento en la Ley 100 de 1993, por ende, devolverlos causaría un perjuicio a la entidad, más aún cuando dicho emolumentos no se encuentra en cabeza de la demandada, pues que fueron destinados al fin que se pretendía para la adquisición de los seguros provisionales y realizar las operaciones financieras de las cuales se benefició el demandante.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado que realizó el demandante en agosto de 1994, era válido o no, por no cumplirse el término de permanencia establecido en el literal e.) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, se estudiará si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de la AFP PORVENIR S.A. y después a la AFP OLD MUTUAL es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Término de permanencia para cambio de régimen pensional

A fin de resolver el primero de los asuntos debatidos, el cual tiene relación en cuanto si era válido o no el traslado de régimen pensional, por no cumplirse el término de permanencia establecido en el literal e.) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es pertinente traer a colación la sentencia SL 214 del 5 de febrero de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en la cual se precisó:

*“debe tenerse en cuenta que la **afiliación y la vinculación son figuras jurídicas que presentan unas características diferentes que impide equipararlas entre si y, por consiguiente, darles el mismo tratamiento.** Así lo definió la Sala en sentencia CSJ SL, 5 oct. 2010, rad. 39722, en la que se indicó lo siguiente:*

“No obstante, estimó el Tribunal que la última afiliación era válida, porque, en su sentir, el traslado de régimen del afiliado del sistema de prima media con prestación definida, administrado por el ISS, al de ahorro individual, administrado por COLFONDOS, se había efectuado respetando el término de los tres años previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, porque si, como lo había previsto la Corte Constitución en la sentencia T 235 de 2005, “...la afiliación es un acto que se produce una vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente la afiliación no es repetible, es vitalicia.”, el ingreso del trabajador había operado, para estos efectos, desde su primera vinculación el 8 de abril de 1985 y, para cuando operó su traslado a COLFONDOS, había transcurrido un lapso muy superior.

De acuerdo a lo anterior, confunde el Tribunal lo que es la afiliación al sistema de seguridad social, que ha sostenido la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como la de esta Sala, tiene un carácter vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción y no se pierde o suspende porque se dejen de causar cotizaciones en un determinado interregno de tiempo, con la vinculación a uno de los dos regímenes de pensiones que contempla dicho sistema, y que delimita muy claramente el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, en los siguientes términos:

“Permanencia de la afiliación. La afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tengan más de seis meses de no pago de cotizaciones.” (Subrayas fuera de texto)

*Del hecho que la afiliación al Sistema General de Pensiones sea única y permanente, no se desprende, entonces, como lo dedujo el Tribunal, **que para efectos de la selección de régimen de pensiones a que se refiere el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el trabajador ya estuviere matriculado en el correspondiente al de prima media con prestación definida, desde el año 1985, cuando se afilió por primera vez al ISS, porque esa vinculación anterior apenas se dio hasta el año de 1990, de modo que cuando entró a registrar el nuevo sistema se encontraba inactivo, y el afiliado vino a manifestar su voluntad de matricularse en uno u otro de los regímenes contemplados en la nueva legislación apenas en el año de 1995, cuando se afilió al ISS, estando vigente la Ley 100 de 1993.***

La selección prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, solo vino a operar a partir del 1 de abril de 1994, tal como se establece en el artículo 3 del Decreto 692 de 1994, al disponer:

“Selección de régimen pensional. A partir del 1 de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen. En consecuencia deberán seleccionar un de los siguientes regímenes:

“a) Régimen Solidario de Prima Media de Prestación Definida;

“b) Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 100 de 1993, ninguna persona podrá estar simultáneamente afiliada a los dos regímenes del sistema.”

Ahora bien, caso diferente es el de aquellos que venían vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994 y continuaron afiliados a dicha entidad en vigencia de la nueva legislación, frente a los cuales dispuso el inciso final del artículo 11 ibídem:

***“Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS pueden continuar en dicho Instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.”** (Subrayas fuera de texto).*

Además, debe decirse que no cabe entender que el trabajador hubiere seleccionado régimen de pensiones desde el 8 de abril de 1985, como lo entendió el Tribunal, cuando aún no había entrado en vigencia el nuevo sistema general de pensiones y, por lo tanto, ni siquiera existía opción de régimen pensional a escoger, ya que el único existente era el administrado por los Seguros Sociales en el sector privado. (Subraya la Sala).

En ese orden de ideas, si bien la afiliación, como mecanismo jurídico de ingreso al sistema de seguridad social integral, es permanente, vitalicia e independiente del régimen que seleccione el afiliado (CSJ SL 2 feb. 2010, rad. 35012 y CSJ SL5533-2019), ello no implica, para los efectos de la selección de régimen prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que el demandante estuviera activo en el régimen

de prima media desde julio 1977, cuando se afilió al ISS, pues solamente permaneció cotizando hasta agosto de 1989, cuando se reportó la novedad de retiro. En esa medida, su voluntad de elegir entre uno u otro régimen, se produjo y materializó posteriormente en enero de 1995, cuando se vinculó nuevamente al ISS, después de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

Dicho de otra manera, la selección de régimen pensional, a que se refiere el artículo 13 Ley 100 de 1993, no puede tenerse efectuada en julio de 1977 cuando el demandante registra la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, esto es, cuando ingresó por primera vez al sistema, pues tal actuación se realizó con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema Integral de Seguridad Social, que fue el que contempló la posibilidad de selección traslado de regímenes, por lo que, con antelación a la vigencia de esa ley no era dable considerar que hubo una escogencia o cambio de régimen, pues el único existente antes del 1º de abril de 1994, era el administrado por el Instituto de Seguros Sociales”.

De suerte que, para establecer si se cumplió el término de permanencia contemplado en la norma para el traslado de régimen pensional, el cual surgió en agosto de 1994, debe determinarse si se encontraba **activo en el sistema pensional**, esto es, efectuando aportes al momento del traslado, teniendo en cuenta que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el actor ya estaba afiliado al régimen de prima media que era el único régimen vigente para la época, pues de no ser así se entendería que fue en agosto de 1994 que manifestó su voluntad de vincularse a uno u otro régimen, caso en el cual se aplicaría lo previsto en el literal e.) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Analizado el asunto, se observa de la documental que milita a folio 87 del expediente que el actor desde el año 1984 y hasta agosto de 1994, efectuó aportes a CAJANAL de manera ininterrumpida con el empleador UAE DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS, en ese caso, no era aplicable la prohibición de traslado de régimen a que se refiere la Ley 100 de 1993, en consecuencia, podía ejercer en cualquier momento la opción de traslado, tal como fue analizado en la jurisprudencia en cita, por consiguiente, el primer argumento expuesto por el sentenciador de primera instancia para declarar la ineficacia del traslado no resulta ser cierto, en tales circunstancias pasa la Sala a estudiar el segundo argumento.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del

trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, cabe resaltar que las sentencias aquí señaladas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor JORGE ALBERTO ORTÍZ GIL el 10 de agosto de 1994 (fl.153 a 156), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., afiliación que fue efectiva a partir del 1° de septiembre de 1994, posteriormente, se trasladó a otras AFPS dentro del mismo régimen, siendo el último traslado a OLD MUTUAL el 12 de octubre de 2007 (fl.156), entidad en la cual se encuentra afiliado actualmente y aportó al régimen de prima media con prestación definida a través CAJANAL, como se puede ver de la documental obrante folio 87.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a las AFPS demandadas se denota que el accionante al momento de suscribirlas dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorado sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de las Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento debieron informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba les asistía a las AFPS, pues eran ellas quienes tenían que demostrar que tipo de información le brindaron al momento de su traslado y afiliación a éstas; y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, tampoco era obligación del actor buscar a la entidad para que lo ilustrara sobre las distintas modalidades pensionales o para que le indicara sobre las

diferencia de ambos regímenes, pues este deber le correspondía directamente a la AFP quien debió informarle desde el momento de la suscripción del formulario como durante su permanencia en cada uno de los fondos en los cuales estuvo afiliado, sin que el hecho de que se hubiere trasladado dentro del mismo RAIS de por cierto que el demandante conocía a cabalidad las características de dicho régimen de lo contrario lo que se demuestra es que fue solo al llegar a la edad pensional que se da cuenta de las implicaciones que le trajo su decisión de cambio de régimen, lo cual dio lugar a la demanda que hoy se invoca.

Ahora, en cuanto a que la entidad no tenía la obligación del deber de información para el momento en que surtió el traslado, por cuanto se encontraba amparado por el Decreto 663 de 1993, el cual no plasmaba dicha obligación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, también se ha pronunciado al respecto, señalando que no puede alegarse *“que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito”* (CSJ SL12136-2014- reiterada en sentencia SL 1467 de 2021).

Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”*.

Finalmente, aludió a que Ley 795 de 2003, *“Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones”* recalcó en su artículo 21 este deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *“poder tomar decisiones informadas”*.

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus

intereses. Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público (SL 1467 de 2021), de ahí que el traslado se torne ineficaz.

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 1688-2019, SL 2877-2020 y SL 1467-2021), entendiéndose que tal obligación está a cargo de cada uno de los fondos en que estuvo afiliado la demandante, tal y como lo sostuvo, en sentencia más reciente con radicado SL 1715 del 26 de abril de 2021, en la cual textualmente indicó:

*“Finalmente, en sede de consulta, se adicionará la sentencia, en el sentido de **ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, las sumas de dinero percibidas por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que ésta permaneció afiliada a esas administradoras.***

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado”.

De ahí que, no resulta dable desconocer los criterios ampliamente reiterados por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo pretende la entidad accionada.

Por otra parte, si bien el actor al momento del traslado se encontraba afiliado a CAJANAL, tal situación no implica que no pueda declararse la ineficacia del traslado

y sus correspondientes consecuencias, toda vez que no puede desconocerse que en la Ley 1151 de 2007, ordenó la liquidación definitiva de CAJANAL EICE, hecho que ocurrió en efecto un par de años después con la expedición del Decreto 2196 de 12 de junio de 2009, a través del cual se suprimió CAJANAL EICE y se ordenó su liquidación, lo anterior implica que debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto 692 de 1994, que dispone: “(...) *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están. Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación*”.

En virtud de la referida norma, podrían continuar vinculados a CAJANAL, mientras no se ordenará su liquidación, pero como con posterioridad de su traslado al RAIS, este hecho se presentó, y su intención con la presente demanda es regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida será COLPENSIONES la entidad encargada de recibirlos y de activar su afiliación, pues así también lo permite el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal primero del proveído apelado, en el sentido de ordenar a OLD MUTUAL S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A., como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP OLD MUTUAL el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos,

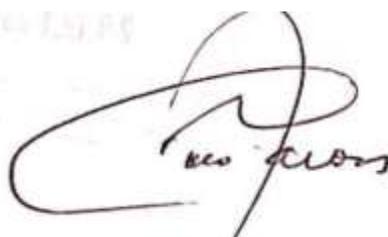
EXPEDIENTE No. 15 2017 00119 01

mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

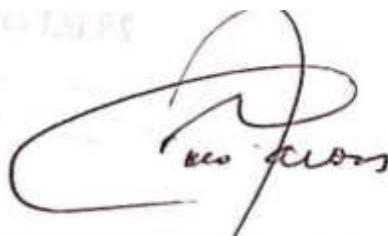


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR en la suma de \$1.000.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ DOMINGO GÚZMAN HURTADO contra INCOLBEST S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

El señor **JOSÉ DOMINGO GÚZMAN HURTADO** pretende se **declare** que existió un contrato de trabajo con la empresa INCOLBESTO S.A. hoy INCOLBEST S.A., se **declare** que desarrolló actividades de alto riesgo estando expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas como lo es el asbesto, se **ordene** a la empresa demandada a pagarle junto con los intereses y sanciones que correspondan los aportes adicionales a la seguridad social en pensiones del 10% sobre el ingreso base de cotización mes a mes a COLPENSIONES pendientes y que debió pagar desde el ingreso a trabajar y hasta junio de 2016, solicita se **falle** ultra y extra petita, se **ordene** que la empresa demandada le realice o mande a realizar exámenes clínicos y médicos con el fin de descartar afectación a la salud por el desarrollo de las actividades de alto riesgo como son realizar labores, manipular y estar expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas como lo es el asbesto, se **condene** al pago de costas procesales. De manera subsidiaria, solicita se **condene** a la empresa demandada pagar junto con los intereses y sanciones que correspondan el monto equivalente al 10% del IBC mes a mes desde su ingreso a trabajar hasta septiembre de 2003 inclusive, fecha en la cual inició su pago (fls.20 a 21).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 19 a 20 del plenario en los cuales se señalaron; que el 1° de abril del año 2000, se suscribió un contrato de trabajo con la empresa demandada para desempeñarse en el oficio de operario en la planta de fricción instalaciones de la entidad demandada, que el salario devengado correspondió a la suma de \$954.000 mensuales, cantidad que se mantuvo con variaciones durante los últimos 3 meses, que la labor encomendada fue ejecutada en las instalaciones de la empresa en la planta de fricción calificada por la ARL como de riesgo 5, es decir, de alto riesgo, labor que desempeñó hasta el 2 de junio de 2016, que al ingreso a la empresa en abril del año 2000, no le fue comunicado, informado e ilustrado sobre la importancia de esta en el régimen de prima media con prestación definida y cambio a estar en el régimen de ahorro individual, que la empresa demandada pago aportes a pensión por alto riesgo solo por los periodos de octubre de 2003, desde noviembre de 2006 hasta noviembre de 2011 y junio de 2016 únicamente, no realizó los aportes adicionales por alto riesgo a la seguridad social en pensiones por los demás periodos de trabajo, que a pesar de que la empresa manifiesta que realizó el pago de los aportes a pensión por alto riesgo, en el reporte de semanas cotizadas de COLPENSIONES de fecha 28 de septiembre de 2016, solo se registran aportes adicionales por los periodos descritos, que el día 14 de octubre de 2016, envió comunicación al representante de la empresa demandada solicitando el pago y ajustes correspondientes, el día 29 de enero de 2017, nuevamente se realiza la solicitud, que el día 20 de junio de 2017, le es entregada la información solicitada por parte de la accionada, sin que en ella aparezca los pagos de aportes a pensión por alto riesgo y en el reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES aparecen aportes con IBC inferior al salario básico registrado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

INCOLBEST S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser ciertos los numerales 1, 2, 4 y 10, parcialmente cierto el numeral 12, los cuales tienen relación con fecha de ingreso de labores, cargo desempeñado, exposición al asbesto durante la relación laboral y reclamación presentada por el actor para cotizaciones adicionales al sistema de pensiones, propuso como excepciones de fondo cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la obligación y falta de causa, prescripción y genérica (fls. 262 a 286). Sin embargo, mediante auto de fecha 13 de diciembre de 2018, se **dio por no contestada** la demanda al no haberse subsanado las anotaciones hechas por le despacho en el auto de inadmisión de la contestación de la demanda (fl.290).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 14 de noviembre de 2019, **declaró** que entre el señor JOSÉ DOMINGO GÚZMAN HURTADO y la demandada INCOLBEST S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido que rigió desde el 1° de abril del año 2000 al 1° de junio de 2016, el cual terminó por renuncia del trabajador, se **condenó** a INCOLBEST S.A. a reconocerle y pagarle con destino a COLPENSIONES las cotizaciones adicionales por alto riesgo de los periodos de abril del 2000 a marzo de 2002, abril de 2002 hasta septiembre de 2003 y los periodos de octubre de 2003, octubre de 2014, octubre de 2015 y enero de 2016, teniendo como base el IBC reportado para los respectivos periodos, en la historia laboral de cotizaciones, lo anterior junto con los intereses moratorios que se hayan causado y se causen al momento de su pago, **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones y **condenó** en costas a la empresa demandada en 3 SMLMV. **(CD fl. 327)**.

Como **argumento de su decisión**, sostuvo el *a quo* que en el presente asunto pese a que se dio por no contestada la demanda era necesario traer a colación que el argumento en el que la pasiva argumentaba la falta de pago de las cotizaciones de alto riesgo era que durante la vigencia comprendida entre abril de 2000 a septiembre de 2003 no se encontraba en la obligación de efectuar aportes especiales por pensión de alto riesgo a favor del actor, pues en dicho lapso el demandante se encontraba afiliado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR, régimen en el cual no se tiene la obligación de pagar el valor por ese concepto; en los demás periodos pretendidos por la actora, manifestaba que efectivamente realizó los aportes a COLPENSIONES.

Trajo alusión diferentes normatividades y jurisprudencia relacionadas con el tema, concluyendo que la obligación de realizar la cotización adicional por parte del empleador surge por el solo hecho de que su trabajador se encuentre expuesto en virtud de su estado de subordinación a contextos o sustancias denominadas de alto riesgo. Por tanto, dado que la fuente de la obligación era labor peligrosa desplegada por el trabajador, el Decreto 1281 de 1994, establece qué sucede con los aportes adicionales si el trabajador está afiliado al RAIS, plasmando que dichas cotizaciones pasan a incrementar la cuenta de ahorro individual de propiedad del trabajador. Por su parte, el Decreto 2090 de 2013, establece que los trabajadores de alto riesgo

afiliados al RAIS, a la entrada en vigencia de dicho Decreto, esto el 28 de julio de 2003, deberán trasladarse al régimen de prima media dentro de los tres meses siguientes a dicha fecha.

En el caso concreto se tenía que con la certificación aportada al expediente se probaba la fecha de ingreso del demandante a INCOLBEST SA, el 1° de abril del 2000 y la fecha de retiro el 1° de junio de 2016, a su vez, con la misma certificación se acreditaba que durante toda la vigencia de la relación laboral el actor había prestado su servicio a la planta de fricción de Fontibón, en el cargo de operario de producción; también se encuentra repuesta a la publicación recibida a febrero de 2017, expedida por la pasiva donde se confiesa que el actor se desempeñó en el cargo de operario de producción en la planta de producción, área fricción, donde la clase de riesgo es 5°. Adicionalmente, debía tenerse en cuenta que al haberse dado lugar a tener como ciertos los hechos de la demanda ante la inasistencia de la parte demandada a la audiencia del artículo 77 del CPTSS, se tenía entonces por cierto que durante toda la relación de trabajo el demandante estuvo expuesto al elemento de asbesto, sustancia comprobadamente cancerígena.

Resalta el sentenciador que al ser revisada la historia laboral del actor actualizada a 25 de mayo de 2019 y emitida por COLPENSIONES, se concluía que los siguientes periodos no habían sido cotizados como de alto riesgo:

1. Abril de 2000 a marzo del 2002, habiendo sido realizada la cotización a COLPENSIONES y no al RAIS, ello porque el actor estaba afiliado al régimen de prima medio, sin que se encontrará la justificación de no haber realizado los aportes especiales.
2. Abril de 2002 hasta septiembre de 2003, momento en que el actor estuvo afiliado al RAIS.
3. Los periodos de octubre de 2003, octubre de 2014, octubre de 2015 y enero de 2016; tampoco fue realizada la respectiva cotización por alto riesgo, estando el actor afiliado a COLPENSIONES.

Considerando el Juzgado que independientemente del régimen en que se encontrará el actor era obligación del empleador realizar la cotización por alto riesgo, dado que como ya se enunció, la obligación se causa por la prestación del trabajo en circunstancias o con elementos de alto riesgo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante** interpone recurso de apelación indicando que, de acuerdo con la historia laboral de septiembre de 2019, no se registra los pagos por aportes adicionales desde abril de 2000 al septiembre de 2003; de noviembre de 2003 a octubre de 2016; de diciembre de 2011 a mayo de 2016; y marzo del 2012.

La **parte demandada** también interpuso recurso de apelación manifestando que los periodos mencionados por la parte actora en su recurso de apelación hacen referencia a periodos de tiempo que no están dentro de los hechos de la demanda; vale recordar que los periodos a los que ha hecho referencia abril de 2000 al septiembre de 2003, noviembre de 2003 a octubre de 2006; y diciembre de 2011 a mayo de 2016, no se hizo ninguna referencia.

De otro lado, el Despacho omitió que conforme a la historia laboral actualizada a mayo de 2019 y aportada por COLPENSIONES, sí se realizó aportes con las cotizaciones por alto riesgo de los periodos de noviembre a 2003 a octubre de 2006, basta con observar la página 6 de la historia laboral en comentario, así mismo, se realizó aportes con las cotizaciones por alto riesgo de los periodos de diciembre del 2011 a mayo de 2016, basta con observar las páginas de 11 a 12 de la historia laboral antes mencionada. Como consecuencia de lo anterior, no resultaba comprensible que se hiciera condena alguna en relación con estos periodos de tiempo cuando la documental resulta sumamente contundente y reseña los aportes realizados con el aporte adicional de actividad de alto riesgo.

Igualmente, en el fallo emitido en cuanto a la condena correspondiente al periodo de abril de 2000 a septiembre de 2003, no se consideró que durante ese lapso de tiempo la empresa no se encontraba en la obligación de efectuar aportes especiales por pensión de alto riesgo, toda vez que el actor se encontraba afiliado al Régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR, circunstancia que fue aceptada por el demandante en su propio interrogatorio de parte del 5 de septiembre de 2019, debe tenerse en cuenta que el RAIS no reconoce pensiones por alto riesgo, luego entonces resulta en contrasentido que INCOLBEST estuviera en la obligación de pagar aportes adicionales por alto riesgo, cuando el demandante se encontraba afiliado al RAIS, régimen en el cual no se reconocen pensiones por alto riesgo, para este efecto trae a colación la Sentencia C-030 de 2009 de la Corte

Constitucional, arguyendo que era oportuno mencionar que la pensión especial por actividades de alto riesgo solo se circunscribe al Régimen de Prima Media con Pensión definida; por tanto, para el lapso comprendido entre abril del 2000 a septiembre del 2003, en que el demandante se encontraba en el RAIS no estaba en la obligación de realizar aportes por pensión de alto riesgo, así también lo ha tenido por sentado la Corte Suprema de Justicia en sentencia 69105 del 2019. Así las cosas, teniendo en cuenta que el RAIS no reconoce pensiones de alto riesgo, no hay lugar a que se exija y condene al cumplimiento de una obligación que no está a su cargo, más aún, cuando en dicho régimen no se aceptan los aportes adicionales por alto riesgo.

De igual manera, trae a colación la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá del 28 de febrero del 2019, de la magistrada ponente LUCI STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO conforme a la cual la Corporación resolvió absolver a INCOLBEST de las pretensiones de la demanda en un caso similar al que hoy ocupa la atención del Despacho, en el entendido que el demandante pretendía el reconocimiento y pago de unos aportes de una pensión especial de vejez en una vigencia en la que se encontraba afiliado al RAIS.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En consonancia con los recursos de alzada, corresponde a esta Sala de decisión determinar si deben validarse como cotizaciones especiales, los periodos en que el demandante estuvo afiliado al régimen de ahorro individual. Así mismo, si estudiará si para los periodos abril de 2000 a marzo de 2002, octubre de noviembre de 2003 a octubre de 2006; diciembre de 2011 a mayo de 2016, la empresa demandada dejó de realizar cotizaciones adicionales a COLPENSIONES por ejercer actividades de alto riesgo.

Relación Laboral

No es materia de controversia la relación laboral que existió entre el demandante y la empresa INCOLBEST S.A. la cual se mantuvo entre el 1° del abril del año 2000 al 1° de junio de 2016, a través de un contrato de trabajo a término indefinido ejerciendo el cargo de operario de producción, en donde estuvo expuesto a sustancias de alto riesgo como asbesto.

Validación de cotizaciones especiales durante afiliación al régimen de ahorro individual

A través del Decreto 2090 de 2003, se unificó la regulación de las pensiones de alto riesgo; en su artículo 3.º estableció una prestación especial en favor de “*los afiliados al régimen de prima media con prestación definida del Sistema General de Pensiones*”, que desarrollen permanentemente actividades de alto riesgo.

En el artículo 9º de dicha normatividad se indicó que los trabajadores que se dediquen a actividades de alto riesgo a la fecha de su entrada en vigencia -28 de julio de 2003- estuvieran afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad “*deberán trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en un plazo máximo de tres (3) meses, contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto. En este caso no será necesario que hubieren cumplido el término de permanencia de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993*”.

Disposición que fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-030-2009, en el entendido de que “*el plazo de tres (3) meses se contará a partir de la comunicación de la presente sentencia*», y que «*la persona que ejerza la opción, puede aportar voluntariamente los recursos adicionales necesarios en el evento de que el ahorro en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media, como se advirtió en la sentencia C-789 de 2002*”.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia analizando el asunto *sub examine*, se pronunció en sentencia **SL 2555 del 1º de julio de 2020**, en la que haciendo una interpretación a la sentencia C-798 de 2002, antes referida, señaló:

“La Corte Constitucional adoptó dicha determinación al considerar que, en aras de la obtención de la pensión especial, la posibilidad de regresar al régimen público de pensiones desde el régimen privado no tenía eficacia, por cuanto lo ahorrado en la cuenta individual era inferior al valor de los aportes legales correspondientes al régimen administrado por Colpensiones, en contravía de lo señalado en la sentencia C-789 de 2002; pero que tal dificultad era salvable, si se armonizaba el derecho a acceder a una pensión con la conservación de la sostenibilidad financiera del sistema, otorgando al interesado la oportunidad de aportar voluntariamente los recursos necesarios para igualar aquellas sumas. Dicho fallo puntalmente señaló:

Así las cosas, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional estableció que uno de los requisitos para cambiarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, para aquellas personas que llevaran quince años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, consistió en que el ahorro del régimen de ahorro individual no fuera inferior al monto del aporte legal correspondiente, es previsible que algunas personas que trataron de ejercer la opción de trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media para acceder a la pensión especial por actividades de alto riesgo, en el término de 3 meses previsto en las normas demandadas, no pudieron realizar el traslado debido a que se encontraron con el obstáculo de tener un ahorro en el régimen de ahorro individual inferior al monto del aporte legal correspondiente en el régimen de prima media. En razón a ello la opción para beneficiarse de la pensión especial sin tener que cumplir los términos de permanencia no fue realmente efectiva.

La efectividad del derecho a cambiar de régimen pensional dentro del marco constitucional y legal vigente depende de que éste pueda ser ejercido sin trabas insalvables. Uno de estos obstáculos es precisamente impedir que el interesado aporte voluntariamente los recursos adicionales en el evento de que su ahorro en el régimen de ahorro individual sea inferior al monto del aporte legal correspondiente en caso de que hubiere permanecido en el régimen de prima media con prestación definida. Esta barrera es salvable si el interesado aporta los recursos necesarios para evitar que el monto de su ahorro, al ser inferior en razón a rendimientos diferentes o a otras causas, sea inferior al exigido. Esto no sólo es necesario dentro del régimen general, sino también en los regímenes especiales con el fin de conciliar el ejercicio del derecho del interesado en acceder a la pensión y el objetivo constitucional de asegurar la sostenibilidad del sistema pensional”.

En razón a lo expuesto sostuvo la alta Corporación en la sentencia anteriormente aludida se podía llegar a las siguientes conclusiones: (i) la pensión especial por actividades de alto riesgo regulada en el Decreto 2090 de 2003, es exclusiva del régimen de prima media con prestación definida e implica para su causación, entre otros requisitos, el pago de cotizaciones adicionales especiales; (ii) por lo anterior, si el trabajador expuesto a condiciones que ponen en riesgo su salud, se traslada al régimen de ahorro individual con solidaridad, su empleador no se obliga al pago de los mencionados aportes adicionales, y (iii) si, después, el trabajador pretende acceder a las prestaciones reguladas en el Decreto 2090 de 2003, puede regresar al régimen de prima media con prestación definida con todo lo ahorrado en el fondo privado, pero como este no puede ser inferior al monto total del aporte legal de haber permanecido en COLPENSIONES (C-789 de 2002), debe permitírsele realizar el traslado con el pago a su cargo de las cotizaciones adicionales generadas por las actividades de alto riesgo, dentro del plazo señalado en sentencia CC C-030-2009 (3 meses a su publicación 28/01/2009).

En el caso concreto y analizado en dicha sentencia la Corte dispuso lo siguiente:

“En tal panorama, no se discute que el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad en marzo del año 2000, y que en octubre de 2006 retornó al ISS; esto es, antes de la publicación de la sentencia CC C-030- 2009.

Ahora, cuando el accionante retornó al régimen de prima media en la anualidad de 2006, su afiliación se validó con el traslado de los recursos que figuraban en su cuenta de ahorro individual a Colpensiones, pero sin consideración de las cotizaciones adicionales por su exposición a altas temperaturas durante el tiempo que estuvo vinculado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Luego, cuando se profirió la sentencia C-030-2009, tampoco tuvo la opción de realizar los aportes adicionales para equiparar el capital ahorrado con el legal requerido en el fondo de pensiones público por las actividades de alto riesgo, puesto que ya se encontraba válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

En efecto, el actor nunca gozó de la oportunidad de aportar el capital equivalente a los puntos porcentuales adicionales a las cotizaciones ordinarias, por dos razones: la primera, porque si bien el artículo 9.º del Decreto 2090 de 2003 permitía el retorno al régimen público desde el régimen privado para acceder a la pensión especial, en los términos de la sentencia de constitucionalidad condicionada, tal previsión no tenía efectividad alguna porque no estableció la opción de pagar los aportes especiales; y la segunda, porque cuando la Corte Constitucional definió la exequibilidad condicionada de ese precepto con la concesión del plazo de tres meses desde la publicación de la sentencia C-030-2009 para retornar al régimen de prima media con prestación definida con el consecuente pago de cotizaciones adicionales para acceder a la pensión especial, el demandante ya estaba vinculado al ISS hoy Colpensiones.

Así, la Sala considera que el Tribunal no se equivocó al validar las cotizaciones especiales de los periodos en que el accionante estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, puesto que en sede administrativa la entidad demandada no podía negarle la pensión especial debatida, sin antes permitirle pagar los aportes derivados de las actividades de alto riesgo que desarrolló mientras estuvo afiliado a los fondos privados y, como tal oportunidad no se concedió, ello tampoco podía constituirse en un obstáculo para el acceso a la prestación.

(...)

Además, es importante aclarar que aun en el hipotético caso en el que se hubiere configurado una duda en la interpretación de la mencionada disposición, de todas formas, la propuesta por la censura no es la más favorable para el accionante. Por tanto, no se justifica la limitación que pretende imponer Colpensiones de impedir el pago de los puntos porcentuales que requiere el actor para acceder a la pensión debatida, erogación que, además, redundará en beneficio de la sostenibilidad financiera del sistema.

En síntesis, contrario a lo sostenido por la recurrente, la imposibilidad de pagar aportes adicionales no obstaculiza que el accionante acceda a la pensión debatida, porque, como se dijo, el artículo 9.º del Decreto 2090 de 2003 permite que los recursos especiales derivados de las actividades de alto riesgo con afiliación al régimen privado de pensiones, ingresen válidamente a Colpensiones.

Sin embargo, en lo que sí erró el juez de segunda instancia fue en señalar que, en casos como este, el empleador debe asumir la totalidad de las cotizaciones

especiales, cuando lo cierto es que hay unos periodos en que tal obligación no le es oponible, pero de manera paralela, su asunción es optativa y a cargo del afiliado.

*En efecto, para el momento del traslado del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, se encontraba en vigor el Decreto 1281 de 1994 que en sus artículos 2.º y 4.º avaló los aportes por actividades de alto riesgo a dicho régimen. Ello, hasta la vigencia del Decreto 2090 de 2003 (28 de julio de 2003) que limitó la posibilidad de acceder a la prestación especial estudiada, únicamente a los afiliados al régimen de prima media con prestación definida. **Por tanto, del 1.º de marzo de 2000 al 28 de julio de 2003, Goodyear de Colombia S.A. debía asumir las cotizaciones especiales causadas en favor del accionante, en los términos dispuestos por el Tribunal.***

Por otra parte, aun cuando el Decreto 2090 de 2003 prohíbe las cotizaciones especiales en el régimen de ahorro individual con solidaridad, el alcance de su artículo 9.º permite equilibrar el derecho a la pensión especial con la sostenibilidad financiera del sistema, otorgándole al afiliado y con cargo a sus recursos, la opción de sufragar el costo de los puntos porcentuales adicionales a las cotizaciones ordinarias; de ahí que la acusación sea fundada.

En consecuencia, se casará la sentencia confutada, en cuanto conminó a Colpensiones para que realizara el cobro al empleador de la totalidad de las cotizaciones adicionales por las actividades de alto riesgo, mientras el demandante estuvo afiliado al régimen de ahorro individual". (subrayado y negrilla fuera del texto original).

Como bien se puede ver de la sentencia antedicha a pesar de que el Decreto 2090 de 2003, prohíbe las cotizaciones especiales en el régimen de ahorro individual con solidaridad, lo cierto es que dicha normatividad permitió el regreso de los afiliados al al régimen de prima media a fin de poder conseguir una pensión especial por exposición de actividades de alto riesgo, por lo que no tenerle en cuenta esas cotizaciones adicionales durante la permanencia en el RAIS afecta ostensiblemente las condiciones especiales de quienes se vieron conmovidos por esos cambios normativos, situación que pretende salvaguardar la alta Corporación con el estudio jurisprudencial anotado a fin de evitar que esos tiempos de exposición no cuenten con las cotizaciones adicionales que le corresponde.

Examinado el caso del actor, se tiene que de acuerdo a la documental que milita a folio 60 del plenario se trasladó al RAIS el 28 de febrero de 2002, esto es, en vigencia del Decreto 1281 de 1994, realizando cotizaciones hasta septiembre de 2003, posteriormente retornó al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES antes de la sentencia C-030-2009, sin que tuviera la oportunidad de realizar los aportes adicionales por exposición a actividades de alto riesgo, por lo tanto, le asiste razón al *a quo* en cuanto a que la empresa demandada deberá reconocer las cotizaciones adicionales durante la permanencia del

demandante en el RAIS, esto es, desde abril de 2002 a septiembre de 2003, al quedar probado su exposición a sustancias de alto riesgo.

Cotizaciones adicionales a pensión por actividad alto riesgo en COLPENSIONES

Asevera la parte demandada que los periodos reclamados por la parte actora no están dentro de los hechos de la demanda; es decir, los correspondientes a abril de 2000 a septiembre de 2003, noviembre de 2003 a octubre de 2006; diciembre de 2011 a mayo de 2016, sin embargo, verificado el hecho 8° de la demanda encuentra la Sala que los periodos aludidos sí fueron solicitados por el promotor del proceso.

Así mismo, nota la Sala que el Juez condenó al reconocimiento de las cotizaciones adicionales de los periodos correspondiente entre abril de 2000 a marzo de 2002, octubre de 2003, octubre de 2014, octubre de 2015 y enero de 2016, reclamando el demandante el reconocimiento adicional de los periodos noviembre de 2003 a octubre de 2006, diciembre de 2011 a mayo de 2016 y marzo de 2012, al confrontar la historia laboral expedida por COLPENSIONES el 25 de mayo de 2019 (fls. 301 a 304), se observa que los periodos solicitados por el demandante y que dice que no fueron tenidos en cuenta por el *a quo* se encuentra con la observación “*cotización alto riesgo*”, de manera que se encuentra con el aporte adicional a cargo del empleador, excepto por el periodo octubre de 2013 el cual aparece con la observación “*periodo aplicado al periodo declarado*”, siendo este el único periodo adicional que se incorporará en la sentencia recurrida. En los demás periodos objeto de condena efectivamente como lo mencionó el sentenciador de primer grado no tiene la cotización adicional, pues en lo que corresponde a abril de 2000 a marzo de 2002, octubre de 2014, octubre de 2015 y enero de 2016, se encuentra con la observación “*periodo aplicado al periodo declarado*”, advirtiéndose que únicamente el periodo octubre de 2003 tiene la observación “*cotización alto riesgo*”, siendo entonces el único periodo que deberá ser excluido de las condenas, en los demás se mantendrá la obligación de realizar la cotización adicional.

Por consiguiente, se **revocará parcialmente** la decisión de primera instancia.

COSTAS:

Sería el caso condenar en costas a ambas partes dada la improsperidad de los recursos interpuestos. No obstante, no se condenará al pago de las mismas en esta instancia en tanto se dan por compensadas.

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

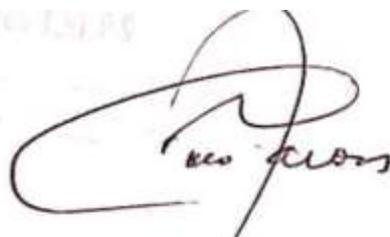
R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal segundo de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la empresa demandada a efectuar cotización adicional de alto riesgo por el periodo octubre de 2003, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

1

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GUSTAVO DELGADO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **GUSTAVO DELGADO**, se **ordene** el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez desde el 1° de marzo de 2014, se ordene el reconocimiento y pago de la indexación de la reliquidación de la pensión de vejez desde el 1° de marzo de 2014, se **ordene** el reconocimiento y pago de intereses moratorios de la reliquidación de la pensión de vejez desde el 1° de marzo de 2014, se **ordene** el reconocimiento y pago del incremento del 14% de la pensión de vejez para su esposa EDELMIRA CONTRERAS RICARDO desde el 1° de marzo de 2014 hasta que su pago se realice, se **ordene** el pago de intereses moratorios del incremento del 14% de la pensión de vejez por su cónyuge, se **condene** al reconocimiento y pago de costas procesales, se **condene** ultra y extra petita **(fl. 3 a 4)**.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4), señaló que nació el 18 de enero de 1954, que contrajo matrimonio con la señora EDELMIRA CONTRERAS RICARDO el 6 de septiembre de 1980, que mediante resolución GNR 59342 del 26 de febrero de 2014, le fue reconocida la pensión de vejez a partir del 1° de marzo de 2014, que cotizó un total de 1,717 semanas, que las cotizaciones realizadas y reflejadas en su historia laboral son notoriamente superiores a la mesada reconocida por COLPENSIONES, que su esposa depende económicamente de él, que es beneficiario del régimen de transición, que devenga como pensión un salario mínimo legal vigente, que su esposa se encuentra afiliada al sistema de salud CAFESALUD EPS como beneficiaria, que ha solicitado el reconocimiento del incremento del 14% en diferentes oportunidades sin recibir respuesta y que su cónyuge no devenga pensión.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (**fl. 37 a 42**), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó se ciertos los numerales 1 a 3, 7, 9 a 12, no ser cierto el numeral 4 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración del derecho al pago de indexación, pago, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante providencia del 10 de julio de 2020, **absolvió** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda (CD – fl. 56).

Como fundamento de su decisión, el *a quo* comenzó por analizar si era procedente reliquidar la pensión de vejez del demandante indicando que la misma fue reconocida bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, con fecha de status 18 de enero de 2014 y fecha de efectividad 1° de marzo de 2014 con un IBL de \$1.164.936 donde se aplicó una tasa de remplazo del 90% en concordancia con los parámetros del artículo 20 del mencionado

decreto dando como resultado final una mesada pensional de \$1.048.442, luego de realizadas las operaciones aritméticas por parte del Juzgado, si bien es cierto que el actor tiene un total de 1,717 de cotización al sistema general de pensiones, no es menos cierto que le es aplicable al caso en concreto el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, para determinar el monto pensional como quiera que le faltaban más de 10 años para pensionarse a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, no se encontraron mayores valores para ordenar reliquidación de la pensión, sumado a que tampoco sería conducente ordenar una reliquidación pensional con toda la vida laboral, pese a que cuenta con más de 1,250 semanas cotizadas, por cuanto así lo ha sentado la CSJ Sala Laboral en sentencia SL 3142 de 2019.

En cuanto al reconocimiento del incremento del 14% indicó que la corte suprema de justicia se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la vigencia de dicha norma, sin embargo, a pesar de dicha postura existen fundamentos contrapuestos por parte de la corte constitucional en sentencia su 140 de 2019, que evidencia un cambio radica en al jurisprudencia el cual es acogida por el Despacho, por lo tanto, no le asiste al demandante el derecho al incremento pensional solicitado por haber causado el derecho pensional con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

CONSULTA

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

CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala de decisión determinar, si procede la reliquidación de la mesada pensional teniendo en cuenta lo dispuesto en el parágrafo 1º art. 20 del Acuerdo 049 de 1990, ello es, sobre las cotizaciones realizadas durante las últimas 100 semanas de aportes; así como determinar la

procedencia en la indexación de la primera mesada y el incremento pensional por cónyuge a cargo.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor GUSTAVO DELGADO, conforme se infiere de la copia de la Resolución GNR 59342 del 26 de febrero de 2014 (fls. 11 a 13), mediante la cual el ISS le reconoció la pensión de vejez en cuantía de \$1.048.442 a partir del 1° de marzo de 2004, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

4

Reliquidación de la pensión

En cuanto a la forma de liquidar las pensiones reconocidas bajo el régimen de transición concretamente, con fundamento en el Decreto 758 de 1990, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado, que tratándose de pensiones reconocidas bajo el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, específicamente bajo el amparo de la ley 71 de 1988, 33 de 1985 y Decreto 758 de 1990, el monto de la mesada pensional debe ser el 75% para las dos primeras y 90% para la última del promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior a 10 años, como así lo indicó entre otras en las sentencias 37033 del 29 de mayo de 2013, en la que reitera las sentencias 37998 del 13 de abril de 2010 y 40682 del 14 de septiembre del mismo año y en la más reciente SL 1333 del 10 de abril de 2019, ésta última en la que enseñó:

“Al efecto, debe recordar la Sala que el ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas por virtud del régimen de transición se determina conforme las previsiones del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho, contados a la data de vigencia del sistema general de pensiones, o el cotizado en todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del IPC. Esta metodología es aplicable para los beneficiarios a los que les faltaban menos de diez años para causar el derecho pensional; pues, en caso contrario, esto es, a los que les faltaren más de diez, el IBL se calcula en los términos estipulados en el

artículo 21 ibídem, es decir, con el promedio de los diez últimos años o con el de toda la vida, siempre que el afiliado acredite un guarismo de semanas igual o superior a 1.250.”

Lo anterior se compasa con lo dicho sobre el tema por la Corte Constitucional en sentencias C – 258 de 2013 y SU – 230 de 2015, ésta última, en la que indicó:

5

“De esa forma, la Sala Plena mediante el estudio de la solicitud de la nulidad de la tutela T-078, reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.”

Conforme a ello, le asiste razón a la Juez de primera instancia en cuanto a que no es posible reliquidar la pensión de la demandante teniendo en cuenta las últimas 100 semanas de aportes.

Indexación primera mesada

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral acerca de la indexación de la primera mesada pensional ha dejado entrever que la misma no procede de forma automática, pues en cada caso se debe analizar si existió un tiempo considerable entre el momento del cese de cotizaciones y el pago de la pensión, de manera que hubiera existido una depreciación del IBL calculado para efectos de obtener el monto de la pensión, indicando en sentencia SL 3998 del 17 de agosto de 2021, lo siguiente:

“Así, el fallo CSJ SL5509-2016, esgrimió:

Además, esta Sala de la Corte, asentó en sentencia, CSJ SL, 12 ago. 2012, rad. 46832, que no en todos los casos la indexación del IBL opera de manera automática, toda vez que habrá de determinarse, en cada caso, si existe una desmejora real de aquél, que justifique su procedencia o no, así:

[...]

‘Ahora bien, en efecto tal como lo afirma el recurrente y lo entendió el

mismo Tribunal, la teleología de la figura de la corrección monetaria de las pensiones no es otra sino la de contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país, para mantener el valor adquisitivo de aquéllas, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo entre el retiro del servicio del trabajador y el cumplimiento de la totalidad de los requisitos para el otorgamiento de la pensión, tal como lo sostuvo esta Sala en las sentencias que modificaron los criterios jurisprudenciales anteriores en la materia, es decir, en las sentencias de 20 de abril de 2007 (Rad. 29470) y 31 de julio del mismo año (Rad. 29022).

‘Sin embargo, es precisamente a partir de la finalidad de la corrección monetaria de las pensiones, que puede sostenerse que no en todos los casos ... se deberá aplicar de manera automática e inexorable dicha figura, toda vez que habrá que determinar si en el asunto concreto el objetivo de aquélla se materializa, al existir una desmejora real del valor del IBL que justifique la procedencia de la misma o si, por el contrario, al no verificarse la depreciación de la base salarial no tendría cabida.

[...]

Lo anterior, toda vez que, en el sub lite, no es procedente su condena, pues pese a haber transcurrido 38 días, exactamente, entre la fecha de desvinculación del actor de la entidad demandada, el 3 de octubre de 1994, y la fecha de estructuración de la pensión, 10 de noviembre de esa misma anualidad, lo cierto es que en dicho lapso no se evidencia una pérdida del poder adquisitivo del mismo, pues al reemplazar en la fórmula matemática, los valores correspondientes a los IPC de la fecha final -10 de noviembre de 1994- e inicial -3 de octubre de 1994-, según lo asentado en la sentencia CSJ SL, 4 ago. 2009, rad. 35113, antes referenciada, se encuentra que el IBL que se tuvo en cuenta para liquidar la pensión sanción del actor, se reitera, no sufrió ninguna pérdida del poder adquisitivo de la moneda (subrayas fuera del texto).

Significa entonces, que debe correr un tiempo entre la fecha en que el trabajador dejó de laborar y en el que se le concedió la prestación pensional, con el propósito de establecer si el IBL sufrió una pérdida del poder adquisitivo de la moneda”.

En el presente caso, se tiene que tal devaluación no se produjo, puesto que el señor GUSTAVO DELGADO dejó de laborar y, por ende, de hacer aportes el 31 de diciembre de 2013 y el reconocimiento de la pensión se dio el 26 de febrero de 2014, motivo por el que no transcurrió el tiempo al que previamente se hizo referencia.

Aunado a que, al revisarse la resolución de reconocimiento, la misma se hizo con base en el inciso primero del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que señala:

*“Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, **actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.**” (Resaltado de la Sala).*

De conformidad a ello, se colige que por expresa disposición de la norma en comento, la depreciación monetaria que afecta las pensiones fue prevista por el legislador y conjurada a través del mecanismo introducido en el aparte final del inciso primero de la norma en cita, de ahí que no haya lugar a ordenar indexación alguna, pues el monto de la mesada pensional se ha venido actualizando conforme al IPC tal y como se encuentra expreso dentro del acto administrativo de reconocimiento, esto es, la proporcionalidad o equivalencia del IBL entre la fecha de la última cotización y la de estructuración de derecho pensional, cuando la ley ha dispuesto expresamente la forma de mantener el poder adquisitivo de los salarios que una vez promediados, conformarán el ingreso base de liquidación.

Incremento por personas a cargo

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

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

(...)

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

incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993.”

(...)

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

“Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se

examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

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

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

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

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

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

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

existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

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

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

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

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

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

Aunado a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en reciente pronunciamiento se acogió a dicho criterio como se puede ver en la sentencia **SL 2061 del 19 de mayo de 2021**, en la cual

dijo:

“En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:

12

[...]

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[...]

7. Conclusiones

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

De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada”.

En ese orden de ideas, se tiene que el actor adquirió el derecho a la pensión el **1° de marzo de 2014** data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994, esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de ahí que el actor no tenga derecho a los mismos.

En tales condiciones y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia, por las razones aquí expuestas.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia, por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

13

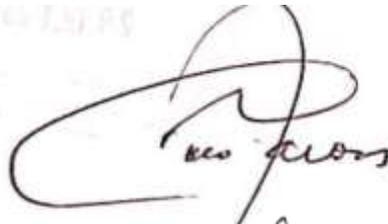
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(aclara voto respecto al incremento pensional)

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SERGIO ARANGO ANGEL contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende el señor **SERGIO ARANGO ANGEL**, se **declare** que la nulidad de la afiliación o traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. En consecuencia, se **ordene** a la AFP PORVENIR S.A. como última administradora que proceda con la anulación de la afiliación existente en el sistema y el reporte de dicha novedad al sistema de información de los afiliados a los fondos de pensiones, quedando válidamente asignada a COLPENSIONES como única entidad encargada de administrar los recursos pensionales, se **condene** a la AFP PORVENIR S.A. que en un término improrrogable de 1 mes contado a partir de la ejecutoria de la providencia proceda a trasladar todos los saldos tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, monto de los aportes, cotizaciones correspondientes a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, juntos con sus rendimientos frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con sus rendimientos que se hubieren causado a COLPENSIONES, se **ordene** a COLPENSIONES a que proceda a recibir todos los aportes girados por parte de PORVENIR S.A., se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl.3 a 4), señaló en síntesis que nació el 2 de diciembre de 1961, que laboró en entidades de sector privado de forma continua y discontinua desde el 28 de abril de 1987, que aparece afiliado y vinculado al régimen de prima media con prestación definida a partir del 28 de abril de 1987 hasta el 31 de julio de 2000 con el ISS, que en el RAIS a través de la AFP PORVENIR reporta un total de 1,123 semanas con corte febrero de 2017, que según la historia laboral de PORVENIR S.A. reporta que el demandante aparece cotizando a pensión desde julio de 1997, que no tiene en su poder el formato de solicitud de vinculación a PORVENIR S.A. donde conste que es elaborado y su contenido es propio de él, que no tuvo autonomía por la falta de conocimiento libre y espontánea en la firma del formulario de afiliación o vinculación para julio de 1997, que el asesor de PORVENIR S.A. no le proporcionó información que le permitiera establecer las ventajas y desventajas que ofrecía el cambio de régimen entre ellas, PORVENIR S.A. no le realizó una proyección de una pensión, no le indicó los beneficios y perjuicios de uno u otro régimen, no le dio a conocer que existía la posibilidad de regresar nuevamente al régimen de prima media, guardo silencio de asesorar e informar sobre las reglas de cada una de las condiciones propias de dicho régimen, entre otras. Que, presentó reclamación ante COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser ciertos los numerales 1, 3, 6, 23 y 24, no ser ciertos los numerales 10, 11, 17 a 19 y 21; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica (fls. 110 a 120).

PORVENIR S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser cierto el numeral 1 y 24, no constarle los numerales 2 a 4, 6, 7 y 23; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa e innominada o genérica (fls. 137 a 145).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de julio de 2020 (CD – fl.196), **declaró** la ineficacia del traslado del señor SERGIO ARANGO ANGEL del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor SERGIO ARANGO ANGEL como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, **condenó** COLPENSIONES afiliar nuevamente al demandante al régimen de prima media con prestación definida y recibir las cotizaciones provenientes de PORVENIR S.A., **declaró** no probadas las excepciones de prescripción, error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y buena fe formuladas por COLPENSIONES y las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y enriquecimiento sin justa causa formuladas por PORVENIR S.A. y **condenó** en costas a PORVENIR S.A. en la suma de \$2.000.000.

Fundamentó su decisión, la Juez haciendo referencia a las diferentes sentencias relacionadas con la ineficacia del traslado que ha proferidas por la CSJ Sala Laboral, frente a las cuales podía observar que la AFP PORVENIR no cumplió con la carga probatoria respecto de la asesoría que se le brindó al demandante, toda vez que no existe constancia de que se le hubiera informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen, ni mucho menos de sus desventajas, la única prueba con la que se pretendía demostrar dicha obligación es con la suscripción del formulario de vinculación, frente al cual como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el cual no es posible determinar cuáles fueron los términos en que se dio la asesoría, por lo que de manera alguna podía tenerse como consentimiento informado al demandante al trasladarse al RAIS, sosteniéndose la *a quo* que la línea jurisprudencial de la CSJ Sala Laboral no se altera por no ser el demandante beneficiario del régimen de transición o que no tuvieran una expectativa de derecho pensional cuando se presentó el traslado, de lo contrario la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico del traslado considerado en sí mismo.

Concluyendo que PORVENIR S.A. incumplió de manera notoria con el deber de proporcionar una información clara y completa al actor; y tal omisión influyó en

trasladarse de régimen pensional y permanecer en él, por lo que COLPENSIONES además incumplió con su deber de buen consejo y asesoría, y vulneró los principios mínimos de transparencia que debe gobernar en la movilidad de regímenes pensionales, declarando la ineficacia del traslado solicitada.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación bajo el argumento de que en el presente caso no procede declarar de manera automática la nulidad y/o ineficacia del traslado, pues siempre es necesario que se analice cada caso en concreto, como lo advierte el salvamento de voto del Magistrado Luis Quiroz Alemán STL 41741 del 11 de mayo de 2020, en el que dijo: *“Tampoco considero que pueda accederse de manera indiscriminada a todas las pretensiones de nulidad o ineficacia de traslado, con fundamento en la falta de información alegada por la demandante, porque estimo que es necesario revisar cada caso en particular, con las singularidades que cada uno tiene, tal como se ha precisado en las sentencias de casación que han tratado el asunto, y no se puede generalizar con el argumento de que «sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto es, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», hacerlo de forma masiva, sin estudiar cada solicitud, estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico, en tanto el legislador garantizó la libertad de elección del régimen pensional en cabeza del afiliado, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva”.*

De acuerdo con lo anterior, se evidenciaba que en la demanda se solicitó fue una nulidad no una ineficacia, por lo que se tiene que resaltar que de acuerdo con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuanto existen actos que impiden o atenten contra la afiliación del trabajador es cuando hace a través de actos de dolo lo cual no se encuentra probado en este caso, de lo contrario, el demandante suscribió un formulario del cual no se evidencia ningún tipo de daño, la suscripción del mismo fue de manera libre y voluntaria, además debe tenerse en cuenta que el actor se encontraba en una prohibición legal contemplada en la Ley 797 de 2003 artículo 2° literal e.). Adicionalmente, debió tener en cuenta lo establecido en el Decreto 2555 de 2010 artículo 2.6.10.4, que establece los deberes que tienen los consumidores financieros, en donde siempre se tiene que emplear una atención y cuidado al momento de tomar cualquier tipo de decisión y más si es para temas pensionales, por lo que si bien se recalca la autonomía de la voluntad, lo cual también recae

directamente sobre el afiliado, de manera que no es posible que el demandante reclame una falta de conocimiento por no haber recibido información sabiendo que también era su deber conocer de su derecho pensional, toda vez que es una persona totalmente profesional y tenía unos deberes como ciudadano, por lo tanto, se solicita se analicen las circunstancias precisas de este proceso donde se puede ver con certeza que el demandante realizó una suscripción libre y voluntaria del formulario.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación indicando que los argumentos esgrimidos por la *a quo* no tomaron algunas reglas dentro de las relaciones contractuales adquiridas por la parte demandante, por lo que se debió tener en cuenta las obligaciones que tiene el trabajador, obligaciones legales dispuestas dentro del Decreto 2241 de 2010, en el cual dispone: asume un silencio del consumidor financiero en el tiempo con una adecuada atención de sus negocios y revisión en cualquier momento, lo cual no fue sucedido dentro del proceso, la responsabilidad endilgada a COLPENSIONES a recibir al demandante en el régimen e prima media no exonera en ningún momento la responsabilidad que pueda tener por el daño causado, esto es, una desfinanciación dentro del sistema de seguridad social a PORVENIR, lo cual no se toma dentro del proceso, no más se dice que se debe hacer un traslado y que tiene que enviarse los rendimientos, no asumiendo otra responsabilidad a cargo PORVENIR el futuro pensional el cual genera costos para el Estado, debe haber también una debida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, esto es, la carga dinámica de la prueba no siendo sustentable que se le exija a PORVENIR S.A. unos documentos adicionales, más del que tenían obligación en su momento, COLPENSIONES no tendrá porque afiliarse a una persona que en ningún momento estuvo preocupada por su afiliación pensional, quien solo fue hasta el momento del cambio jurisprudencial que se preocupó por realizar dicho cambio, por lo tanto, solicita se revoque la sentencia.

CONSIDERACIONES

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

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

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

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

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor SERGIO ARANGO ANGEL el 28 de abril de 1997 (fl.147), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., afiliación que fue efectiva a partir del 1° de junio de 1997 (fl.146), y aportó al régimen de prima media con prestación definida a través COLPENSIONES entre el 28 de abril de 1987 al 31 de enero de 2000 (fl.122).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP demandada se denota que el accionante al momento de suscribirlas dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorado sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de las Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento debieron informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP, pues era ella quien tenía que demostrar que tipo de información le brindó al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, tampoco era obligación del actor buscar a la entidad para que lo ilustrara sobre las distintas modalidades pensionales o para que le indicara sobre las diferencias de ambos regímenes, pues este deber le correspondía directamente a la AFP quien debió informarle desde el momento de la suscripción del formulario como durante su permanencia; y no es cierto que el actor se preocupó de su situación pensional solo para el momento del cambio jurisprudencial, sino que fue a raíz de dichos criterios que se dio cuenta de las omisiones de la AFP al momento del traslado del régimen, lo cual además pudo detallar cuando llegó a la edad para pensionarse.

Claro está que todos los asuntos relacionados con la solicitud de ineficacia de traslado por falta de información son distintos como lo resalta el recurrente, por ende, cada uno debe abordarse de manera diferente, sin embargo, deben ceñirse a los parámetros jurisprudenciales relacionados para el asunto, tal como se analizó por la *a quo*, de suerte que no es dable predicarse que su decisión se hizo de manera automática y si bien el actor es profesional tal situación tampoco implica que tuviera pleno conocimiento sobre las características del régimen de ahorro individual y sus diferencias con el régimen de prima media, pues téngase en cuenta que para el momento de su traslado se trataba de un régimen nuevo que ni siquiera sus propios asesores tenía pleno conocimiento del tema, por lo que estos simplemente se basaban en brindar la información respecto de los beneficios del sistema, dejando a un lado las desventajas del mismo, que claramente influían al momento del reconocimiento pensional.

Ahora, en cuanto a que la entidad no tenía la obligación del deber de información para el momento en que surtió el traslado, por cuanto se encontraba amparado por el Decreto 663 de 1993, el cual no plasmaba dicha obligación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, también se ha pronunciado al respecto, señalando que no puede alegarse *“que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito”* (CSJ SL12136-2014- reiterada en sentencia SL 1467 de 2021).

Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1. ° del artículo 97, la obligación de las mismas de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”*.

Finalmente, aludió a que Ley 795 de 2003, *“Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»* recalcó en su artículo 21 este deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público (SL 1467 de 2021), de ahí que el traslado se torne ineficaz.

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que

el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 1688-2019, SL 2877-2020 y SL 1467-2021), entendiéndose que tal obligación está a cargo de cada uno de los fondos en que estuvo afiliado la demandante, tal y como lo sostuvo, en sentencia más reciente con radicado SL 1715 del 26 de abril de 2021, en la cual textualmente indicó:

*“Finalmente, en sede de consulta, se adicionará la sentencia, en el sentido de **ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, las sumas de dinero percibidas por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que ésta permaneció afiliada a esas administradoras.***

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado”.

De ahí que, no resulta dable desconocer los criterios ampliamente reiterados por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo pretende la entidad accionada.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos

pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, como quiera que sus recursos de alzada no salieron avante.

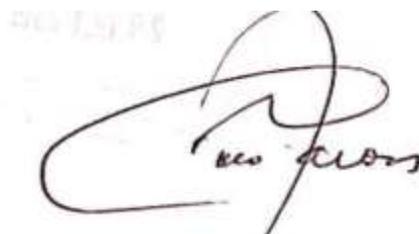
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

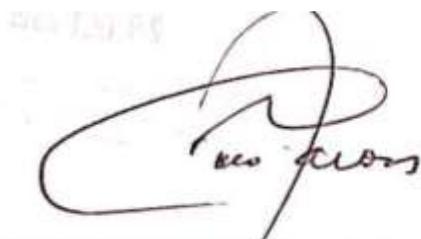


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR y COLPENSIONES en la suma de \$1.000.000., para cada una.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular stamp. The stamp contains the text 'COLPENSIONES' at the top and 'Luis Alfredo Barón Corredor' in the center.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado