TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ORLANDO ROLDÁN ORTIZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de enero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada Northey Alejandra Huérfano Huérfano identificada con C.C. No. 53.074.475 y la T.P. No. 287.274 del C. S. de la J. como apoderada judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 12 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Orlando Roldán Ortiz, actuando por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene a reliquidar la pensión de vejez que le fue reconocida, desde el cumplimiento de los 60 años de edad con un monto del 90%, teniendo en cuenta la sumatoria de tiempos públicos y privados; junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 02 del expediente digital, en los que en síntesis indicó que: nació el 22 de marzo de 1956; es beneficiario del régimen de transición, ya que a 1° de abril de 1994 contaba con más de 15 años de servicios; cumplió los 60 años de edad el 22 de marzo de 2016; cuenta con 2.064,28 semanas cotizadas; el 25 de septiembre de 2018 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, la cual fue otorgada a través de Resolución SUB 29320 de 31 de enero de 2019, en cuantía inicial de $1.011.429,oo a partir de octubre de 2018, bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 79.69%; tiene derecho a una tasa de reemplazo del 90%, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, sumando tiempos públicos y privados; peticionó ante Colpensiones la reliquidación de su pensión de vejez, sin obtener pronunciamiento de fondo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 05

del expediente digital); aceptó la mayoría de los hechos, excepto que el demandante sea beneficiario del régimen de transición y tenga derecho a la reliquidación pretendida. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 12 del expediente digital), en la que condenó a Colpensiones a reliquidar la prestación pensional del actor, reconociendo la suma de $1.136.178,oo como valor primigenio, a partir del 1˚ de octubre de 2018. Condenó a Colpensiones a pagar al actor el retroactivo pensional causado desde el 1˚ de octubre de 2018 hasta octubre de 2022, por un valor de $7.746.084,oo, suma que deberá ser indexada al momento de su pago. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Absolvió a Colpensiones de las restantes pretensiones formuladas en su contra; absteniéndose de imponer condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las partes interponen recursos de apelación, así: el extremo demandante solicitó que se condene a Colpensiones al pago de las costas.

Por su parte, Colpensiones argumentó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, toda vez que a 31 de diciembre de 2014 tan sólo contaba con 58 años de edad; por lo que no hay lugar a la reliquidación pretendida.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, tanto Colpensiones como la parte actora presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos en sus respectivas apelaciones.

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

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por las partes al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

CALIDAD DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No se discute que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez por parte de Colpensiones mediante la Resolución SUB 29320 del 31 de enero de 2019, a partir del 1˚ de octubre de 2018, considerando un total de 2.052 semanas, bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9˚ de la Ley 797 de 2003, con un IBL más favorable de $1.269.204,oo, al cual le fue aplicada una tasa de reemplazo del 79,69%, para una cuantía inicial de $1.011.429,oo. Es de resaltar que esta prestación fue otorgada computando el total de tiempos de servicio al sector público y privado.

Por ende, el problema jurídico a resolver consiste en establecer, si el demandante tiene derecho a la reliquidación pensional pretendida.

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN - PENSIÓN ACUERDO 049

Solicita el actor en la reliquidación de su pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año; entonces, es cuestión primordial establecer si se encuentra inmerso en el régimen contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, el artículo en mención estableció un régimen de transición para las personas que a la entrada en vigencia de dicha normatividad tuvieran 35 años

siendo mujeres o 40 siendo hombres o 15 años de servicios; requisito que cumple el demandante toda vez que, para la entrada en vigencia de la referida ley, esto es, el 1° de abril de 1994, acreditaba 817,57 semanas de cotización. Por lo que su situación pensional puede ser analizada bajo la óptica del Acuerdo 049 de 1990, al haber prestado sus servicios en el sector privado y haber estado afiliado al régimen de prima media administrado por Colpensiones, desde el año 1978.

Pese a lo anterior, no puede pasarse por alto que Roldán Ortiz nació el 22 de marzo de 1956, lo que se traduce en que la edad de 60 años a la que refiere el artículo 12 del mentado Acuerdo 049 de 1990 la cumplió el 22 de marzo de 2016; es decir, es decir, superando el límite establecido por el Acto Legislativo 01 de 2005 para acceder a los beneficios del régimen de transición (31 de diciembre de 2014); asistiéndole razón a Colpensiones en su apelación. Esta situación, que no fue analizada por la falladora de primer grado, impide el reconocimiento de la prestación al amparo del régimen de transición, lo que torna en improcedente la reliquidación pretendida.

Corolario de lo anterior, se revocará la decisión recurrida para, en su lugar, absolver a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, de todas las pretensiones formuladas en su contra.
Segundo.- Costas a cargo del demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $200.000,oo por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GUIOMAR MILENA ANDRADES ÁLVAREZ CONTRA HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS Y CLAUDIA PATRICIA ARENAS PULIDO.

En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de enero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora escogidos para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Guiomar Milena Andrade Álvarez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a los herederos determinados e indeterminados de Guillermo René Torre Arce y a Claudia Patricia Arenas Pulido, para que, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 17 de julio de 2000 al 31 de enero de 2014 con el fallecido, vínculo que fue sustituido por la

empleadora Claudia Patricia Arenas Pulido. En consecuencia, se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, indemnización moratoria, prima de servicios, vacaciones, pagos de seguridad social, indemnización moratoria del artículo 99 de la ley 50 de 1990. Asimismo, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, el pago de daños y perjuicios causados y las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: inició la relación laboral, el 17 de julio de 2000 de manera verbal y a término indefinido con el señor Guillermo Rene Torre Arce, desempeñando el cargo de asistente judicial y administrativa con un salario de $260.100 en la oficina de abogados de su propiedad; que Guillermo René Torre Arce falleció el 7 de octubre de 2011, por lo que, quien lo sustituyó fue Claudia Patricia Arenas Pulido esposa del fallecido; que la activa dio por terminado el contrato unilateralmente por justa causa imputable al empleador, el 31 de enero del 2014; que el último salario fue de $1.800.000,oo; que la activa acudió ante el Ministerio del Trabajo para la celebración de una audiencia de conciliación con la señora Claudia Patricia Arenas, pero ésta no asistió; que durante todo el tiempo de la relación laboral, los demandados jamás le reconocieron las prestaciones sociales y las vacaciones, como tampoco se hicieron cargo de los gastos médicos debido a sus afecciones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, los demandados Claudia Patricia Arenas Pulido y Sebastián Torres Andrade dieron contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 1 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptaron la fecha de fallecimiento del señor Guillermo René Torre Arce y la fecha de terminación del contrato de trabajo; sobre los restantes manifestaron que no eran ciertos y que no le constan. Como medios de defensa propusieron las excepciones que denominaron: prescripción extintiva de la acción laboral en contra de la demandante y a favor del demandado Sebastián Torres Arenas, caducidad de la demanda laboral a favor del señor Sebastián Torres Arenas, prescripción extintiva de la acción laboral en contra de la demandante y a favor de la demandada Claudia Patricia

Arenas Pulido, caducidad de la demanda laboral a favor de la señora Claudia Patricia Arenas Pulido, invalidez de la certificación laboral y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 14 del expediente digital) en la que declaró proada la excepción de prescripción, por lo que absolvió a los demandados de todas las pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de la a quo, la parte actora interpuso recurso de apelación argumentando que, no es cierto, que se hayan configurado los presupuestos de la prescripción, toda vez que, de acuerdo con el CPT y SS, la prescripción de las prestaciones sociales es de tres años, término que fue interrumpido con la solicitud de conciliación y, posteriormente, con la radicación de la demanda. Agregó, que la demora en la notificación de la demanda se dio por cuenta del fallecimiento de la demandante inicial.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte demandante presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al sustentar el recurso de apelación.

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

De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, atendiendo las razones expuestas en la sustentación.

La accionante, quien falleció el 10 de septiembre de 2015, tal como obra en el plenario, con demanda que radicó el 22 de enero de 2015, solicitó el reconocimiento de las prestaciones sociales previa declaración de la existencia del contrato de

trabajo con Guillermo René Torre Arce, quien luego fue sustituido por Giomar Milena Andrade Álvarez debido al fallecimiento del primero, cuyos extremos fijó entre el 17 de julio de 2000 y el 31 de enero de 2014, tiempo durante el cual, jamás le fueron reconocidas las aludidas prestaciones, aportes al sistema de seguridad social, vacaciones, por lo que, exigió el pago de las indemnizaciones moratorias del artículo 65 del CST y 99 de la L. 50 de 1990, y por despido indirecto, pago por daños y perjuicios por no afiliación al sistema de seguridad social y la indexación de las condenas; frente a lo cual, la parte pasiva se opuso aduciendo que, no le constaba la relación existente entre la activa y el señor Guillermo René Torre Arce, y que, posterior a su fallecimiento, lo que hubo con la demandante fue un contrato de prestación de servicios para llevar a cabo las operaciones para cerrar la oficina de abogados, además de haber alegado la prescripción de cualquier acreencia laboral reclamada.

La juzgadora de primera instancia consideró que, tanto con la prueba testimonial, como con las certificaciones expedidas por la parte pasiva, lo mismo que lo dicho en el interrogatorio de parte que absolvió, quedó acreditada la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, entre el 17 de julio de 2000 y el 31 de enero de 2014, y la sustitución patronal con Claudia Patricia Arenas, a partir de la fecha de fallecimiento del inicial empleador, señor Guillermo René Torre Arce; tiempo durante el cual la demandante se desempeñó como asistente de la oficina y recibió como contraprestación del servicio, entre los años 2000 y el 26 de mayo de 2006, la suma de $825.000 y para los períodos posteriores, la suma de $1.800.000. Luego, consideró que las acreencias laborales que se desprenden de dicha relación, quedaron cobijadas bajo la prescripción, conforme con lo previsto en los artículos 151 del CPT y de la SS y 488 del CST, en concordancia con el artículo 94 del CGP.

Sobre esto último, indicó que, si bien la accionante, luego de la terminación del vínculo el 31 de enero de 2014, interrumpió la prescripción trienal con la citación al Ministerio del Trabajo, el 19 de marzo de 2014, y dentro del lapso legal radicó la demanda el 22 de enero de 2015, lo cierto es, que el auto admisorio del 19 de octubre de 2015, se tuvo por notificado por conducta concluyente al extremo pasivo con providencia del 22 de mayo de 2019, dada la evidente negligencia y actuar equivocado de la parte activa en haber logrado la notificación personal dentro del año previsto por el artículo 94 del CGP. Por lo que, la excepción de prescripción

propuesta por los demandados se había configurado, respecto de todas las acreencias laborales.

Dicho lo anterior, y como la parte actora criticó en la apelación esa determinación, pues en su criterio, los errores o mora en la notificación del extremo pasivo no se le puede endilgar, y teniendo en cuenta que los supuestos fácticos relacionados con la existencia del contrato, sus extremos, salario y las prerrogativas propias del vínculo laboral, no fueron objeto de cuestionamiento, se procede a estudiar la aludida excepción de prescripción.

La prescripción tiene fundamento filosófico-jurídico en el principio de que todo derecho que al individuo se le reconoce u otorga, se encamina a la satisfacción de una necesidad propia. De ahí, que, si el acreedor en cuyo favor se le impone al deudor la necesidad de realizar una prestación de dar, hacer o no hacer algo, deja de exigirla por largo tiempo, es de presumir que el derecho que se le debe no le interesa y, entonces, su derecho pierde la razón de ser. Busca la prescripción, en sus distintas modalidades, en aras del interés general, que los derechos se utilicen por su titular y no permanezcan desaprovechados o sin reclamar durante largo tiempo, destruyendo el vínculo obligacional entre éstos cuando el propietario o acreedor no obra así.

Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se cuentan desde que la obligación se haya hecho exigible, por regla general, salvo las prescripciones especiales señaladas en las leyes laborales (arts. 151 del CPT y SS y 488 y 489 del CST). Esto nos está indicando que en el campo laboral existe norma que gobierna el fenómeno prescriptivo, razón que deja de lado el que tenga que acudirse a otras codificaciones que tienen un espíritu y una finalidad distinta a los derechos que se derivan de la relación jurídica laboral. De manera que, son las normas ya referidas las que el juez del trabajo debe indagar y no las del Código Civil, para decidir el punto sometido a estudio. Se trata así de un término que no causa ninguna confusión y por el contrario lo que genera es seguridad jurídica, tal como lo señalara la H. Corte Constitucional en las sentencias C 072 de 1994 y C916 de 2010, en las que al ocuparse de la exequibilidad de los artículos 151 del CPT y SS y 488 del CST, precisó por qué de la conveniencia de las prescripciones de corto plazo en materia laboral y la inaplicabilidad de la remisión analógica a otros ordenamientos en tal aspecto. Prescripción que puede ser interrumpida en

los términos de dichos artículos y procesalmente tal como lo dispone el artículo 94 del CGP, y cuyo tenor es:

> *"Artículo 94.- Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquella, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado. (…)"*

Revisadas las diligencias, se tiene que la demandante, el 22 de enero de 2015 radicó la demanda, posteriormente, mediante auto del 19 de octubre de 2015 se admitió y se ordenó notificar personalmente a los demandados, lo mismo que la correspondiente citación y emplazamiento de los herederos indeterminados, providencia que se notificó por estado No. 158 del 20 de octubre de esa misma anualidad; sin embargo, solo hasta el 1° de diciembre de 2016, el apoderado allegó constancia de emplazamiento a los herederos indeterminados, para luego tratar de convencer a la juzgadora de que con ello también cobijaba la notificación de la demandada Claudia Patricia Arenas y el heredero determinado señor Sebastián Torres Arenas, porque supuestamente desconocía el paradero de aquellos, saltándose por completo la mención de ese aspecto en forma previa al juzgado, y sin siquiera haber agotado las diligencias a la dirección de notificaciones que reseñó en la demanda, por lo que, ante tantos errores del apoderado, la sentenciadora tuvo que declarar con auto del 22 de mayo de 2019, que el extremo pasivo con respecto a Claudia Patricia Arenas y el heredero determinado con su contestación del 15 de agosto de 2018, se notificó por conducta concluyente.

En virtud de lo dicho, es claro que la notificación del extremo pasivo se realizó fuera del término previsto en el artículo 94 del CGP, no pudiéndose entender efectuada la interrupción de la prescripción desde el momento en que presentó la demanda laboral, comoquiera que dejó trascurrir más del año para notificar a los demandados del auto admisorio de la demanda, por tanto, la interrupción de la prescripción se cuenta al momento de la notificación por conducta concluyente de los demandados, esto es, mediante auto del 22 de mayo de 2019 (fl. 272 del expediente digital) habiendo trascurrido más de los 3 años que establece la norma indicada, desde que se admitió la presente demanda el 19 de octubre de 2015 y su notificación, con lo que se demuestra que los derechos prestacionales, tales como

las cesantías, los intereses, la prima de servicios, las vacaciones y las indemnizaciones aquí pretendidos se encuentran prescritos, por lo que la juzgadora de primer grado no erró en ese punto.

*Cabe agregar en dicha parte, que, el argumento según el cual, la mora en la notificación del extremo pasivo se debió al fallecimiento de la demandante en septiembre de 2015, no puede ser aceptado por la Sala, ya que, el apoderado olvida, por un lado, que, la a quo declaró la sucesión procesal de la parte activa mediante auto del 8 de febrero de 2016 con el hijo, señor Cristhian Stevens Gamboa Andrade, lo que le daba tiempo al abogado para completar los trámites de notificación, y por el otro, porque, no se debe olvidar que, conforme lo dispone el inciso 5° del artículo 76 del CGP, "**la muerte del mandante** o la extinción de las personas jurídicas no ponen fin al mandato judicial si ya se ha presentado la demanda, pero el poder podrá ser revocado por los herederos o sucesores"; de ahí que, el apoderado estaba en la obligación de hacer las gestiones pertinentes sin demora alguna para lograr la notificación del extremo pasivo dentro del término legal so pena de que el transcurso del tiempo corriera en su contra, sin esperar a una ratificación expresa del poder por el sucesor procesal, como innecesariamente lo hizo, el 23 de noviembre de 2015.*

Para rematar este punto, conviene destacar lo dicho por la alta Corporación del trabajo, en sentencia SL8716-2014, que, aunque se refiere a la aplicación del artículo 90 del CPC, es plenamente aplicable al artículo 94 del CGP, que trae similares consecuencias jurídicas entorno a la interrupción judicial de la prescripción, así:

> *Frente a dicho tema, esta Sala de la Corte ha previsto en su jurisprudencia que entre la presentación de una demanda y su notificación pueden generarse diversas eventualidades, que no son imputables a quien funge como demandante y que, por lo mismo, no pueden redundar en su perjuicio. En tal orden, contrario a lo argüido por la censura, ha admitido excepciones a la regla prevista en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y, concretamente, como lo dedujo el Tribunal, ha aceptado que «…la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado…»*
>
> *Dichas excepciones a la regla de interrupción de la prescripción están fundadas en la prevención de conductas reprochables desde todo punto de vista, que tienden al abuso de la disposición por parte de los deudores y, en materia laboral, en una protección especial para el trabajador que acude a tiempo a reclamar sus derechos y que realiza todas las acciones que están a su alcance para lograr la*

notificación de la demanda, por lo que no se le puede sancionar con la prescripción, a pesar de haber actuado diligentemente.

Entre otras, en la sentencia CSJ SL, 12 feb. 2004, rad. 21062, se precisó la posición de la Sala en torno al tema, de la siguiente forma:

> *Se desestima, entonces, el cargo, sin que ello impida, como lo recuerda el opositor, agregar que con relación a la aplicación del artículo 90 del código de procedimiento civil en sentencia del 18 de febrero de 1998, radicación 10166, esta Sala de la Corte expuso:*
>
> *"(...) En lo relacionado con la segunda parte del cargo, esto es, la acusación sobre la forma como el ad quem interpretó el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil -que debe asumirse es el del texto original de ese estatuto procesal, atendida la fecha de presentación de la demanda-, en perspectivas de la tardanza en la notificación del auto admisorio de la demanda por morosidad atribuible al juzgado de primera instancia, encuentra la Corte que el juzgador de segundo grado no incurrió en las transgresiones hermenéuticas que se le endilgan, pues a partir de los supuestos fácticos que determinaron su decisión, los cuales no discute el impugnador, el entendimiento que le dio a tales normas atienden su genuino sentido y es armónica con los principios que informan el Derecho del Trabajo.*
>
> *"En efecto, en sentencias de julio 31 de 1991 (Rad. 4336) y mayo 15 de 1995 (Rad 7343), en los que se analizó un punto de similares características al presente, esta Corporación sentó el criterio que expone el ad quem respecto a los artículos 90 y 91 del código de procedimiento civil, que en lo concerniente a lo aquí discutido conserva semejanza con la reforma que a los mismos introdujo el decreto 2282 de 1989, y que es el siguiente:*
>
> *"Entre los principios cardinales del proceso, a cuyo imperio han de contribuir por igual en todas sus actuaciones el juez, las partes y sus apoderados se encuentran en primerísimo lugar los de la lealtad, probidad y buena fe que ha de presidir todas las actuaciones judiciales, para cuyo eficaz cumplimiento su observancia, prevención y sanción se impusieron como específico deber al juez (art. 39, núm. 4 C.P.C), y a las partes y a sus apoderados, cual aparece en los artículos 71, numeral (es) 1 y 2, y 74 del C. de P.C.*
>
> *"(…) Acorde con tales postulados éticos, recogidos como normas de obligatorio cumplimiento por la legislación positiva, observa esta Sala que* ***la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del Juzgado o por actividad elusiva del demandado,*** *ya que repugna al ordenamiento jurídico que el actor que obra con rectitud y satisface las cargas procesales que sobre él pesan tenga, sin embargo, que soportar consecuencias jurídicas desfavorables por conductas reprochables a la incuria de funcionarios judiciales o a maniobras de la parte contraria, que, posteriomente, resultase beneficiada de su propia conducta contraria a derecho.*
>
> *"Precisamente, en este mismo sentido, expresó la Corte, Sala de Casación Civil, que la sola interposición de la demanda no interrumpe la prescripción salvo que el retardo en notificar a éste (el demandado) no se deba a culpa del demandante (…) sino al demandado, por haber eludido esta, o al personal del Juzgado encargo (sic) de hacerla, casos en los cuales la interrupción se entiende consumada con la presentación de la demanda".*

> *"(…) Tiene igualmente por sentado esta Corporación, que en el proceso laboral, por aplicación supletiva de las normas contenidas en el C.P.C., ha de incorporarse en lo pertinente, el art. 90 de este Código, pero sin que ello signifique en manera alguna que los principios propios del derecho laboral se vean disminuidos o menguados pues dada su propia naturaleza son de orden público. En efecto, en sentencia de 23 de abril de 1985, expresó lo siguiente: De acuerdo con reciente jurisprudencia de la Sala el artículo 90 del Código de procedimiento Civil es aplicable en materia laboral, con apoyo en el artículo 145 del C. Procesal del Trabajo, pero sin que en los juicios del trabajo sea aplicable el condicionamiento previsto por esa norma procesal civil, en virtud del principio de la gratuidad (C.P.T. art. 39). En materia laboral, en consecuencia, una vez admitida la demanda se considera interrumpida la prescripción desde la fecha en que fue presentada (…)"*
>
> *"En consecuencia, con fundamento en lo antes transcrito, para la Corporación el Tribunal no incurrió en la errónea interpretación que del artículo 90 del código procesal civil denuncia la censura en el cargo. Como tampoco es dable afirmar que dicho juzgador entendió equivocadamente el artículo 91 ibídem, pues, además, examinado el contenido del auto que decidió en segunda instancia el incidente de nulidad (flos 55 y 60 cuaderno 2), se colige que el mismo ciertamente abarca la notificación del auto admisorio de la demanda, pero por razones no adjudicables al demandante, motivo por el cual ante tal evento también es aplicable el razonamiento jurisprudencial expuesto en las sentencias antes referidas".*

(…)

Ahora bien, aunque la Corte también ha dicho que el demandante tiene que cumplir ciertas cargas procesales precisas, tendientes a lograr la notificación efectiva, para que se puedan aplicar las pautas jurisprudenciales en cita, como el pago de las expensas y velar por la designación de un curador ad litem, (Ver CSL SL, 18 sep. 2012, rad. 40549, CSJ SL, 16 sep. 2008, rad. 31995), en este caso el Tribunal dio por sentado el cumplimiento de tales cargas, así como el ocultamiento de la demandada para evadir la notificación, y esas constituyen premisas fácticas que no es posible analizar por la vía directa por la que se encaminó la acusación.

Por último, contrario a lo que expone la censura, el hecho de que, en los términos del artículo 29 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el demandado que se oculta tenga derecho a que se le designe un curador para la litis o deba ser emplazado, so pena de que se quebrante su derecho de defensa, no desvirtúa la validez de la regla jurisprudencial por virtud de la cual se puede dar lugar a la interrupción de la prescripción, si se demuestran conductas tendientes a evadir la notificación de la demanda dentro del término previsto en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, pues se trata de dos situaciones diferentes. La primera medida tiende a conformar debidamente el contradictorio y evitar violaciones al derecho de defensa, mientras que la segunda pretende preservar los derechos sustanciales de un demandante que ha actuado diligentemente.

Entonces, como se demostró que sí hubo negligencia por la parte activa en completar la notificación del extremo demandado, es que se considera que la a quo no erró en declarar la prescripción de las acreencias laborales citadas.

No obstante, lo anterior, en lo que sí se equivocó la juzgadora fue al haber cobijado con prescripción los aportes a seguridad social en pensiones, pues, basta con señalar que, tal y como lo han sostenido en sus diferentes sentencias tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, el derecho pensional es imprescriptible, al tratarse a su vez de un derecho irrenunciable establecido en el artículo 48 de la CP, lo anterior dado el desarrollo de los principios y valores constitucionales que garantiza la solidaridad que debe regir en la sociedad, además de propender por la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad con la finalidad de asegurar el mantenimiento de unas condiciones dignas.

Así las cosas, cumple indicar que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones constituyen el presupuesto material necesario para el reconocimiento del derecho pensional, siendo éste imprescriptible, lo que lo hace exigible por su titular en cualquier tiempo, una vez cumplidas las condiciones para la misma, lo que conlleva la imprescriptibilidad de éstos, razón por la cual las administradoras pueden exigir en cualquier tiempo las cotizaciones con las que se financiará la prestación, puesto que lo contrario sería desconocer la irrenunciabilidad e imprescriptibilidad del derecho pensional; aunado a que el titular tanto de las cuentas de ahorro individual como las sumas en ellas depositadas, es el afiliado, "[m]ientras que la administradora de fondos de pensiones actúa, como su nombre lo indica, como simple administrador, sin que aquellos montos resulten incorporados a su propio patrimonio, pues estos se encuentran en la cuenta de nombre del respectivo afiliado" (CSJ AL2937-2018 del 11 de julio de 2018, con radicación N° 80441).

En ese sentido, el empleador incumplido que no afilió ni trasladó los aportes al sistema, debe asumir el reconocimiento del cálculo actuarial respectivo, y en este caso, el extremo pasivo no demostró haber cumplido su obligación legal durante todo el tiempo de vigencia del contrato de trabajo, por lo que, al haber quedado demostrada la sustitución patronal en cabeza de Claudia Patricia Arenas Pulido, ella es la única que deberá asumir el cálculo actuarial correspondiente, que liquide la entidad de seguridad social en donde estaba afiliada Guimar Milena Andrade, por el período del contrato de trabajo, que va del 17 de julio de 2000 al 31 de enero de 2014, con el salario de $825.000, entre los años 2000 y el 26 de mayo de 2006, y para los períodos posteriores, la suma de $1.800.000.

Se debe indicar que, si la actora estuvo afiliada al RAIS, ese cálculo actuarial puede llegar a financiar las prestaciones de sus beneficiarios o, en su defecto, la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual (art. 78 de la Ley 100 de 1993), pero, si aquella estuvo afiliada al RPMPD, es claro que, esos aportes deben ingresar al fondo común que administra Colpensiones, bien, para ayudar a financiar las prestaciones en ese régimen también para sus beneficiarios o, si no existen, para aportar a la gran masa de pensionados, por ser esa una de las características de dicho régimen, sin que se pueda decir, que ante la muerte de la trabajadora, se extinguió el derecho del empleador de trasladar esos aportes, pues, mientras estuvo vigente el vínculo laboral, como se explicó, era obligación de aquél la afiliación respectiva, y si no se hizo, debe trasladar el capital respectivo en forma de cálculo actuarial a satisfacción de las entidades administradoras de cualquiera de los dos regímenes existentes.

Hasta aquí el estudio del Tribunal, no se impondrán costas en esta instancia, y las de primera se imponen a la demandada Claudia Patricia Arenas Pulido.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral,

R E S U E L V E

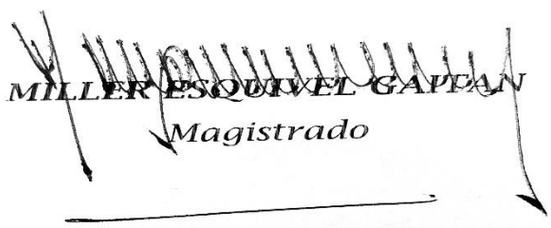
Primero.- *Revocar parcialmente la sentencia apelada que declaró probada totalmente la excepción de prescripción, para en su lugar, declararla probada con respecto a las acreencias laborales reclamadas, con excepción de los aportes pensionales de toda la relación laboral, los cuales son imprescriptibles, de conformidad con lo explicado en la parte motiva de este proveído.*

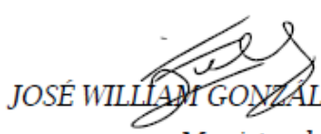
Segundo.- *Condenar a Claudia Patricia Arenas Pulido a reconocer y pagar el cálculo actuarial que liquide la entidad de seguridad social en donde estaba afiliada Guiomar Milena Andrade, por el período del contrato de trabajo, que va del 17 de julio de 2000 al 31 de enero de 2014, con el salario de $825.000, entre los años 2000 y el 26 de mayo de 2006, y para los períodos posteriores, la suma de $1.800.000.*

Tercero.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada, de conformidad con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.*

Cuarto.- *Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la demandada Claudia Patricia Arenas Pulido.*

Notifíquese y cúmplase.





JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LAURENTINO HUERTAS VALERO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de enero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería al abogado Jaime Andrés Zuluaga Castaño quien se identifica con C.C. No 1.053.806.084 y la T.P. No. 287.279 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 11 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Laurentino Huertas Valero, actuando por medio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene a reliquidar su pensión de vejez, aplicando los parámetros del régimen de transición. Asimismo, se condene al pago de los intereses moratorios, o en subsidio la indexación de las sumas, y las costas del proceso. En subsidio peticionó que la reliquidación se efectúe aplicando una tasa de reemplazo del 72,84% o la que se demuestre en juicio.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis indicó que: nació el 23 de noviembre de 1956; mediante Resolución SUB 325955 del 18 de diciembre de 2018 Colpensiones le concedió una pensión de vejez, bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, tomando un IBL de $16.833.716,oo y una tasa de reemplazo del 70,50%; teniendo en cuenta que cotizó 1.903 semanas, la tasa de reemplazo debió corresponder al 72,84%, lo que arroja una diferencia de $393.908,oo por cada mesada pensional; el 5 de julio de 2019 solicitó ante Colpensiones la reliquidación de su pensión de vejez, la cual fue negada a través de Resolución SUB 299771 del 30 de octubre de 2019, confirmando la tasa de reemplazo del 70,50% sobre un IBL de $11.867.770,oo; el 25 de noviembre de 2020 peticionó ante Colpensiones la reliquidación de su prestación con aplicación del régimen de transición, obteniendo respuesta negativa por medio de Resolución SUB 268266 del 10 de diciembre de 2020, con fundamento en que la pensión otorgada le resulta más favorable; es beneficiario del régimen de transición, ya que a 1° de abril de 1994 contaba con más de 15 años de servicio representados en 6.902 días de cotización.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 3 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su calidad de pensionado, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de intereses moratorios, improcedencia al reconocimiento y pago de los intereses moratorios e indexación, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 17 del expediente digital), en la que absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra. Declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación; condenando en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación insistiendo en que es beneficiario del régimen de transición, por lo que su prestación debe ser reliquidada al amparo del Acuerdo 049 de 1990. Subsidiariamente peticionó que se reliquide su pensión de vejez aplicando una tasa de reemplazo del 72,84%.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme en su integridad la sentencia de primera instancia.

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

CALIDAD DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No se discute que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez por parte de Colpensiones mediante la Resolución SUB 325955 del 18 de diciembre de 2018, a partir del 23 de noviembre de 2018, considerando un total de 1.903 semanas, bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, con un IBL más favorable de $16.833.716,oo, al cual le fue aplicada una tasa de reemplazo del 70,50%, para una cuantía inicial de $11.867.770,oo. Por ende, el problema jurídico a resolver consiste en establecer, si el demandante tiene derecho a la reliquidación pensional bajo los dos escenarios planteados en el escrito genitor, y reiterados en la apelación.

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN - PENSIÓN ACUERDO 049

Insiste el actor en la reliquidación de su pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año; entonces, es cuestión primordial establecer si se encuentra inmerso en el régimen contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, el artículo en mención estableció un régimen de transición para las personas que a la entrada en vigencia de dicha normatividad tuvieran 35 años siendo mujeres o 40 siendo hombres o 15 años de servicios; requisito que cumple el demandante toda vez que, para la entrada en vigencia de la referida ley, esto es, el 1° de abril de 1994, acreditaba 951,59 semanas de cotización. Por lo que su situación pensional puede ser analizada bajo la óptica del Acuerdo 049 de 1990, al haber prestado sus servicios en el sector privado y haber estado afiliado al régimen de prima media administrado por Colpensiones, desde el año 1975.

Pese a lo anterior, no puede pasarse por alto que Huertas Valero nació el 23 de noviembre de 1956, lo que se traduce en que la edad de 60 años a la que refiere el artículo 12 del mentado Acuerdo 049 de 1990 la cumplió el 23 de noviembre de 2016; es decir, superando el límite establecido por el Acto Legislativo 01 de 2005 para

acceder a los beneficios del régimen de transición (31 de diciembre de 2014). Razón por la cual no es posible acceder a la reliquidación pretendida en este sentido; imponiéndose confirmar la decisión absolutoria del a quo.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – LEY 100 DE 1993

Subsidiariamente peticionó el accionante la reliquidación de su pensión de vejez aplicando una tasa de reemplazo del 72,84%. Frente a ello, se recuerda que el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, prevé lo 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."

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre dicha modificación introducida por el legislador del 2003, señalando que aquella tuvo como finalidad la de hacer sostenible el sistema y reducir en alguna proporción el déficit generalizado del mismo en razón del nivel de subsidios que el Estado estaba entregado a un mínimo de pensionados con un nivel de ingreso mayor, por lo que, bajo el principio de configuración legislativa en materia pensional, tal modificación tuvo "(…) una explicación necesaria, idónea y proporcional de parte del legislador, que fue el sostenimiento del sistema de pensiones, sostenimiento que se relaciona con los principios de eficiencia, universalidad y equidad del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la C.P. (CC C-228-11)" y resaltar que en este sistema de reparto simple "(…) no existe la posibilidad de recuperar en idéntica proporción lo sufragado, dada la naturaleza redistributiva del sistema y en atención a las distintas variables que se tienen en cuenta para garantizar el sostenimiento. Su carácter igualitario deriva de que, ese mecanismo, permite compensar la situación de aquellos que, de ser exclusivamente por las cotizaciones no tendrían la posibilidad de protegerse ante el riesgo de vejez (…) En ese sentido, la disposición demandada tiene por objetivo concretar el principio de solidaridad en el sistema pensional, a la par que es un mecanismo que se utiliza para otorgar un equilibrio al sistema lo que revierte en su sostenibilidad, todo lo cual constituye una finalidad importante, además de ello es adecuada, en tanto lo que se busca al fijar las 50 semanas -que corresponde en los cálculos actuariales a un año- es incentivar la permanencia en la cotización, que como se ha insistido es determinante para la ampliación de recursos en el régimen de prima media con prestación definida. Más tiempo cotizando supone más recursos para financiar las obligaciones ya causadas y esto hace que la medida sea adecuada (CC C-083-19)".

Así las cosas, dependiendo de la fecha de causación de la prestación se aplican los diferentes incisos de la norma, con una fórmula específica que aplica porcentaje de salarios mínimos y un porcentaje en forma decreciente en función del nivel de ingresos, porcentaje que va aumentado luego de superadas las semanas mínimas de cotización hasta completar un monto máximo del 80% sobre el IBL.

Para el asunto resultan aplicables las disposiciones del tercer inciso en adelante, en razón a que el derecho pensional se causó con posterioridad al año 2004, dado

que el accionante cumplió los 62 años exigidos por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, modificatorio del art. 33 de la Ley 100 de 1993, el 23 de noviembre de 2018.

Entonces, tomando como base el cálculo efectuado por el Grupo Liquidador, tenemos que:

La fórmula inicial corresponde a R= 65,5 – (0.50 x S)

En efecto, R constituye la tasa de reemplazo y S es el IBL dividido por el smmlv del momento en que se hace el cálculo del reconocimiento pensional. Como en el asunto se obtuvo un IBL más favorable de $16.694.157,25, el cual se ha de dividir por el smmlv del 2018, esto es, por $781.242,oo, dado que para esa anualidad se liquida la prestación, lo cual arroja 21,36 smmlv.

De suerte, que R en este caso será:

R= 65,5 – (0,5 x 21,36)
R= 65,5 – (10,68)
R= 54,82%

Lo anterior significa que el pensionado tendrá como porcentaje inicial 54,82%, el cual se incrementará por cada 50 semanas adicionales a las mínimas exigidas por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en un 1,5%.

El demandante acumuló un total de 1903 semanas y las mínimas exigidas para el momento del cumplimiento de la edad eran 1300, por lo que el pensionado excedió un equivalente a 603 semanas, que, para efectos de incrementar la mesada se tienen en cuenta 600, comoquiera que el incremento del 1,5% a la tasa de reemplazo inicial sólo opera por cada 50 semanas adicionales a las mínimas, como se ha señalado.

Tenemos:

(1,5 x 600) / 50 = 18

Entonces, por 600 semanas adicionales, el porcentaje se incrementa un 18%, que sumado al 54,82% inicial, se eleva hasta el 72,82%; que al aplicarlo al IBL de $16.694.157,25, arroja una mesada en cuantía inicial de $12.156.685,3. Bajo estos argumentos, se accederá a la reliquidación peticionada por el recurrente.

Ahora, previo a cuantificar el retroactivo adeudado, se hace preciso estudiar la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en 3 años que se cuentan desde que la obligación se hizo exigible, presentándose el fenómeno de interrupción previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del CPT y SS, dicha interrupción extrajudicial, es por una sola vez mediante un simple reclamo escrito del trabajador o quien alegue el derecho en su favor, lo que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo del plazo prescriptivo. Ahora, cuando de quien se pretende ciertos derechos sociales es una entidad pública, es necesario realizar la reclamación administrativa tal como lo exige el artículo 6º del CPT y SS, de donde se derivan dos situaciones: una, la interrupción de la prescripción y otra, la suspensión de la prescripción. Así, que el término prescriptivo empieza a contarse nuevamente una vez vencido el hecho que da lugar a la suspensión, esto es, el vencimiento del plazo de un mes que tiene la entidad para contestar o cuando se da contestación antes de este plazo, o cuando efectivamente da contestación al reclamo después de vencido el plazo de un mes según lo ha adoctrinado la Corte Constitucional (ver sentencia C-792 de 2006). Igualmente, debe puntualizar esta Sala que el término de prescripción solo puede empezar a contarse una vez el derecho es exigible, esto es cuando se cumplen los requisitos necesarios para acceder al mismo y el interesado debe elevar la correspondiente solicitud, si la entidad no la reconoce, tiene el derecho a promover la acción respectiva.

Acorde con lo anterior, verifica la Sala que en el sub examine el derecho pensional se reconoció a partir del 23 de noviembre de 2018, y la demanda se radicó el 9 de marzo de 2020 (acta de reparto, archivo 1 del expediente digital); por lo que es claro

que el retroactivo pensional aquí reconocido no se encuentra afectado por el fenómeno prescriptivo.

CUANTIFICACIÓN DEL RETROACTIVO

Una vez efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, encuentra la Sala que el retroactivo adeudado por diferencias causadas desde el 23 de noviembre de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2022, asciende a la suma de $16.957.259,3, como a continuación se detalla:

			Tabla Retroactivo Diferencia Pensional				
Fecha inicial	**Fecha final**	**Incremento %**	**Valor mesada calculada**	**Mesada otorgada**	**Diferencia**	**N°. Mesadas**	**Subtotal**
23/11/18	31/12/18	4,09%	$ 12.156.685,30	$ 11.867.770,00	$288.915,30	2,27	$ 654.874,7
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 12.543.268,00	$ 12.245.165,09	$298.102,91	13,00	$ 3.875.337,9
01/01/20	31/12/20	3,80%	$ 13.019.912,00	$ 12.710.481,36	$309.430,64	13,00	$ 4.022.598,3
01/01/21	31/12/21	1,61%	$ 13.229.533,00	$ 12.915.120,11	$314.412,89	13,00	$ 4.087.367,6
01/01/22	**31/12/22**	5,62%	$ 13.973.033,00	$ 13.640.949,86	$332.083,14	13,00	$ 4.317.080,8
Total retroactivo							**$16.957.259,3**

Retroactivo pensional que deberá pagarse debidamente indexado, a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda.

En estos términos se revocará la decisión absolutoria del a quo y, en su lugar, se condenará a Colpensiones a reconocer y pagar al accionante la reliquidación de su pensión de vejez, en los términos antes referidos, para lo cual se autoriza a la entidad de seguridad social accionada a efectuar los descuentos que por los aportes en salud debe asumir el pensionada con el fin de no alterar el correcto funcionamiento del sistema de seguridad social (CSJ sentencia SL 6472 del 21 de mayo de 2014, reiterada en la SL 6446 del 15 de abril de 2015).

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Revocar la decisión apelada para, en su lugar, condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, a reconocer y pagar a Laurentino Huertas Valero la reliquidación de su pensión de vejez, teniendo en cuenta una mesada en cuantía inicial de $12.156.685,3, y cuyo retroactivo causado a 31 de diciembre de 2022 asciende a la suma de $16.957.259,3, que deberá pagarse debidamente indexado. Para lo cual se autoriza a Colpensiones a efectuar los descuentos que por los aportes en salud debe asumir el pensionado.*

Segundo.- *Costas de las instancias serán a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $800.000,oo por concepto de agencias en derecho de esta instancia.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE BENEDICTA RIVERA DE GARCÍA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; INTERVENCIÓN EXCLUYENTE DE MARÍA GLORIA LUCÍA GONZÁLEZ VALENCIA

En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de enero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada Amanda Lucía Zamudio Vela quien se identifica con C.C. No 51.713.048 y la T.P. No. 67.612 del CS de la J, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 29 de junio de 2022, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Benedicta Rivera de García, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en un 100%, a partir del 8 de diciembre de 2019, en su condición de "compañera permanente" del causante Luis Alfonso García Figueroa; junto con los intereses moratorios señalados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las sumas, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: mediante Resolución No. 46728 del 2 de octubre de 2009 el ISS le reconoció pensión de vejez al señor Luis Alfonso García, quien falleció el 8 de diciembre de 2019; el 8 de enero de 2020 la actora solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada mediante Resolución SUB 73913 del 16 de marzo de 2020, argumentando que no se acreditó la convivencia en los 5 años anteriores al deceso, y que la señora María Gloria Lucía González Valencia también había solicitado la prestación; decisión que fue confirmada a través de Actos Administrativos SUB 176898 del 19 de agosto de 2020 y DPE 14569 del 27 de octubre de 2020; la accionante convivió con el causante desde el año 1956 y contrajeron matrimonio por el rito católico el 30 de septiembre de 1962; de dicha unión procrearon 5 hijos; en el año 1995 decidieron separar bienes por una infidelidad del causante; el de cujus tenía diferentes inmuebles fuera de la ciudad y, por tal razón, viajaba constantemente; desde el 2017 hasta el 2018 el causante sostuvo una relación sentimental sin convivencia con la señora María Gloria Lucía González Valencia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 5 del expediente digital). Aceptó la mayoría de los hechos, excepto la convivencia alegada por la accionante. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Mediante auto de 24 de enero de 2022, se ordenó vincular al trámite a María Lucía González Valencia, quien presentó escrito reclamando el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, aduciendo haber convivido con el causante desde el 14 de enero de 2014 (archivo 12 del expediente digital).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 15 del expediente digital), en la que declaró que Benedicta Rivera de García es la única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión al fallecimiento de Luis Alfonso García Figueroa. Condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a Benedicta Rivera de García la pensión de sobrevivientes en un 100%, a partir del 9 de diciembre del año 2019, junto con las mesadas adicionales y los respectivos reajustes de ley, debidamente indexadas. Absolvió de las restantes pretensiones; absteniéndose de imponer condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las partes interponen recursos de apelación, así: la demandante insiste en la procedencia de los intereses

moratorios, aduciendo que la negativa de Colpensiones a reconocer la pensión de sobrevivientes se sustentó en no haber acreditado los 5 años de convivencia, mas no en la existencia de otra reclamante, por lo que no es aplicable el criterio de la Corte Suprema de Justicia en este punto para la absolución de los mentados intereses.

Por su parte, Colpensiones argumentó que no se realizó una debida valoración probatoria, toda vez que el dicho de los testigos y la investigación administrativa realizada permiten concluir que entre el causante y Benedicta Rivera no se conformó un núcleo familiar con vocación de permanencia vigente a la fecha del deceso.

Finalmente, la interviniente excluyente manifestó que los testimonios practicados permiten concluir que entre ella y del pensionado fallecido existió convivencia desde enero de 2014 hasta diciembre de 2019, por lo que debe reconocérsele la pensión de sobrevivientes en proporción al tiempo de convivencia.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, tanto Colpensiones como la interviniente ad excludendum presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos en la sustentación de sus respectivos recursos.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las partes al momento de sustentar sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – CÓNYUGE Y COMPAÑERA PERMANENTE

En el presente caso no está en discusión que mediante Resolución No. 46728 de 2009 el entonces ISS reconoció a Luis Alfonso García Figueroa una pensión de vejez, en cuantía inicial de $2.685.273,oo. De igual manera, se encuentra

acreditado que García Figueroa falleció el 8 de diciembre de 2019, conforme se establece con el registro civil de defunción (archivo 1 del expediente digital); y que a través de Resolución SUB 73913 del 16 de marzo de 2020 Colpensiones negó a Benedicta Rivera de García y a María Gloria Lucía González Valencia el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes reclamada, con fundamento en que "en vista del informe técnico de investigación elaborado, se logró evidenciar por parte de esta administradora que, entre el señor GARCÍA FIGUEROA LUIS ALFONSO (causante) y las señoras RIVERA DE GARCÍA BENEDICTA y GONZÁLEZ VALENCIA MARÍA GLORIA LUCÍA ya identificadas, no hubo convivencia dentro de los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del pensionado […]"; decisión que fue confirmada a través de Actos Administrativos SUB 176898 del 19 de agosto de 2020 y DPE 14569 del 27 de octubre de 2020.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar si las señoras Benedicta Rivera de García y María Gloria Lucía González Valencia cumplen los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclaman con ocasión al fallecimiento de Luis Alfonso García Figueroa.

Pues bien, considerando la data del deceso del causante, 8 de diciembre de 2019, es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, cuyo tenor es:

> *"**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;*
>
> *b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*
>
> *Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

> *<u>En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo</u>[1]. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente […]"*

Así, al establecer límites personales y temporales para acceder a la pensión de sobrevivientes, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 busca un fin legítimo al proteger a los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante el reclamo ilegítimo de personas que no tendrían derecho a recibirla. Por otra parte, la norma persigue favorecer uniones que evidencien un compromiso de vida real, con vocación de permanencia. Ello orientado a proteger el patrimonio de la familia del pensionado ante eventuales maniobras fraudulentas de personas que sólo persiguen el beneficio económico de la pensión de sobrevivientes a través de convivencias de última hora.

De conformidad con la norma atrás citada, para la fecha del deceso del causante correspondía el derecho al reconocimiento y pago de la pensión bien a la cónyuge supérstite o a la compañera permanente, siempre y cuando acreditaren más de 30 años de edad y haber convivido con el pensionado durante por lo menos 5 años anteriores a su muerte.

Establecido lo anterior, cumple destacar que en el presente asunto no se discute que a la fecha del deceso del señor Luis Alfonso García Figueroa, tanto Benedicta Rivera de García como María Gloria Lucía González Valencia acreditaban más de 30 años de edad, pues nacieron el 8 de agosto de 1933 y el 23 de abril de 1948, respectivamente, tal como se establece con las documentales obrantes en el plenario; por lo que la Sala procede al estudio de los medios probatorios allegados a fin de determinar la existencia o no de la convivencia alegada por las reclamantes.

---

[1] Aparte subrayado declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, únicamente por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1035-08 de 22 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño 'en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido'.

Obra en el expediente copia del acta de matrimonio celebrado entre el causante y Benedicta Rivera el 30 de septiembre de 1962; documental que fue expedida por la Arquidiócesis de Bogotá – Parroquia de San Vicente de Paul. Sin embargo, brilla por su ausencia en el sub lite el correspondiente registro civil de matrimonio que permita verificar la existencia o no de notas marginales que afecten la vigencia del vínculo matrimonial. Pese a ello, fue aportada copia del acta de la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2021 por el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá, dentro del proceso promovido por Benedicta Rivera de García contra los herederos de Luis Alfonso García Figueroa, en la que se resolvió:

> *"1) Aprobar el acuerdo al que llegaron las partes en esta audiencia;*
>
> *2) Declarar que entre los señores Luis Alfonso García Figueroa (q.e.p.d.) y Benedicta Rivera de García, existió una unión marital de hecho desde 2 de noviembre de 2004 hasta 8 de diciembre de 2019;*
>
> *3) Declarar que entre los señores Luis Alfonso García Figueroa (q.e.p.d.) y Benedicta Rivera de García, se conformó una sociedad patrimonial de hecho desde el 2 de noviembre de 2004 hasta 8 de diciembre de 2019, la cual se declara disuelta y en estado de liquidación […]"*

También militan en el plenario los registros civiles de nacimiento y copias de las cédulas de ciudadanía de los cinco hijos procreados por el de cujus y Benedicta Rivera, a saber: María Consuelo, Fernando, Luz Marina, Yilver Alfonso y Alexis García Rivera, nacidos en fechas 18 de octubre de 1957, 5 de mayo de 1963, 4 de febrero de 1967, 2 de enero de 1969 y 22 de noviembre de 1977 (archivo 1 del expediente digital). Asimismo, obra la declaración extraproceso suscrita por Ángel Octavio Ramírez Angarita el 26 de junio de 2020, en la que manifiesta que "conocí de vista, trato y comunicación desde más de 25 años al señor LUIS ALFONSO GARCÍA FIGUEROA (QEPD) […] quien falleció el pasado 8 de diciembre de 2.019, y a la señora BENEDICTA RIVERA DE GARCÍA […] Que ellos son vecinos de mi residencia, quienes convivieron toda la vida y eran conocidos en este barrio (La Florida) y vecindario como pareja, unión de la cual son hijos: María Consuelo, Fernando, Luz Marina, Yilver Alfonso y Alexis, todos de apellidos García Rivera, igualmente vecinos quienes por muchos años vivieron con sus padres en esa casa del frente a la mía, cuya dirección es Calle 70 A # 91 A – 73. Que me consta la continuidad de la relación marital, dado que el señor Luis Alfonso vivía con la señora Benedicta en esa casa, y nunca conocí a ninguna otra persona que afectara esa relación de amor y compañerismo […]" (archivo 1 del expediente digital).

Fueron aportadas las declaraciones extrajuicio rendidas por Ingrith Paola Guerra Ramírez y por María Mercedes Alvarado Ramírez el 7 de enero de 2020, en las que indican que conocieron al pensionado fallecido desde hace 17 y 30 años,

respectivamente y "Del conocimiento que de ella tengo, me consta que vivía en unión marital de hecho con la señora BENEDICTA RIVERA DE GARCÍA […] Ellos convivieron en forma permanente e ininterrumpida, compartiendo techo lecho y mesa desde el mes de noviembre del año 2004, hasta el día del fallecimiento del señor LUIS ALFONSO GARCÍA FIGUEROA (q.e.p.d.) ocurrido el 8 de diciembre de 2019. De dicha unión existen cinco hijos […] actualmente mayores de 25 años de edad, sin ninguna discapacidad y dependen de sí mismos. El señor LUIS ALFONSO GARCÍA FIGUEROA (q.e.p.d.) no hizo vida marital con otra persona, no volvió a contraer matrimonio, tampoco dejó más hijos mi matrimoniales, ni extramatrimoniales ni adoptivos y tampoco dejó por reconocer menores de 25 años de edad ni que dependieran económicamente de él" (archivo 1 del expediente digital).

De igual manera, militan en el expediente dos declaraciones extraproceso suscritas por el causante y por Benedicta Rivera el 23 de febrero y el 1° de diciembre de 2010; en la primera de ellas hacen constar que su estado civil es "SEPARADOS" y "QUE TENEMOS VIDA MARITAL DE HECHO DESDE EL AÑO 1962"; mientras que en la segunda indican que "[c]onvivimos de manera permanente e ininterrumpida compartiendo techo, lecho y mesa desde hace 10 años o sea desde el 01 de enero de 1990 hasta la actualidad" (sic).

Asimismo, se observa en el expediente una certificación expedida por Nueva EPS SA el 23 de diciembre de 2019, en la que se consigna que Benedicta Rivera era beneficiaria en los servicios de salud de Luis Alfonso García Figueroa desde el 1° de abril de 2013.

Aunado a lo anterior, en el informe técnico de investigación contratado por Colpensiones a la empresa Cosinte Ltda., de fecha 12 de marzo de 2020, se leen las siguientes conclusiones:

> ***"CONCLUSIONES GENERALES***
>
> ***NO SE ACREDITÓ** el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por **María Gloria Lucia González Valencia**, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa.*
>
> *Ya que no es posible establecer una relación de convivencia entre el señor Luis Alfonso García Figueroa y la señora María Gloria Lucia González Valencia, ya que se encuentra contradicciones frente a la información aportada por la solicitante a la aportada por los familiares del causante y vecinos del sector.*
>
> *Se resalta que, al dialogar con los familiares del causante, manifestaron que la solicitante no convivio con el causante, ya que el causante vivió solo en un apartamento de Suba.*
>
> *Al realizar labores de campo en el municipio de Chía Cundinamarca, las personas abordadas manifestaron no conocer a la pareja implicada.*

Al realizar labores de campo en el barrio Suba donde el causante vivió solo, donde el guarda de seguridad manifestó que conoció al causante quien vivió solo en un apartamento mismo donde falleció, indicó que no le conocía esposa ni compañera permanente al causante.

Un primo del causante, indicó saber que ellos convivieron por esa ocio de 5 a 6 años (sic), situación que nunca evidencio ya que él vive fuera de la ciudad y no visitaba al causante, aunque el solicitante visitaba uno o dos veces por año a su casa y lo hacía en compañía de la solicitante.

De acuerdo a la información verificada y obtenida, se presume que existió una relación sentimental entre los implicados mas no de convivencia permanente como lo señaló la solicitante.

***NO SE ACREDITÓ** el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por **Benedicta Rivera de García**, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa.*

Ya que se corroboro que el señor Luis Alfonso García Figueroa y la señora Benedicta Rivera de García no convivieron los últimos 5 años de vida del causante.

Los implicados se casaron el día 30 de septiembre de 1962, realizaron trámite de separación de bienes el día 8 de mayo de 1995, fecha que se toma como finalización de la convivencia de los implicados ya que los familiares del causante coinciden en decir que la misma época aproximada como fecha de separación de los implicados.

Los implicados después de su separación viven en la misma casa en habitaciones diferentes hasta que el causante decide irse de la casa a un apartamento ubicado en el barrio Suba (se desconoce desde cuando vivió en ese lugar)".

Por su parte, María Gloria Lucía González Valencia al absolver interrogatorio de parte aseguró que en el 2013 inició un noviazgo con el causante y en los últimos 5 años convivieron en dos sitios: en Suba en la calle 148 No. 99-38, interior 11, apartamento 304; y en Chía en la calle 9 No. 7-31 apartamento 205. Reconoció que el pensionado fallecido promovió en contra suya un proceso ante la Procuraduría General de la Nación por la inconformidad con el porcentaje que le correspondió del apartamento de Chía (25%), pero, finalmente, retiró la demanda. Aceptó que el de cujus radicó una carta en el conjunto residencial en Suba prohibiendo su entrada, pero ella iba con él y podía entrar sin problema. Dijo que no procreó hijos con el causante; que los hijos de éste no la querían; que Luis Alfonso García dejó de convivir con Benedicta Rivera hacía 22 años; que la causa del deceso fue un ataque cardiaco; que al momento del fallecimiento, García Figueroa estaba en Suba y ella se encontraba en el apartamento de Chía, al día siguiente una vecina la llamó como a las 3 pm a contarle que lo habían encontrado muerto. Agregó que fue al velorio, pero los hijos del causante la sacaron y no le dejaron asistir al entierro.

Se recibió el testimonio de María Mercedes Alvarado Ramírez, nuera del causante y de Benedicta Rivera, y esposa de Yilver Alfonso García Rivera, quien informó

que Luis Alfonso García Figueroa siempre vivió en el barrio La Florida, en la calle 70 A No. 95A – 73, y que falleció de un ataque al corazón. Informó que en alguna ocasión sus suegros se separaron, pero no recuerda las fechas. Indicó que siempre vio a Benedicta acompañando y apoyando a Luis Alfonso, aunque reconoció que estuvo fuera del país desde el 2001 hasta el 2010, y desde el 2014 hasta la fecha del deceso procuraba visitar a sus suegros por lo menos una vez al mes. Afirmó que no conoce a María Gloria Lucía González Valencia, y que no la vio en el velorio ni el sepelio.

La testigo María Deisy Mora Díaz, amiga de María Gloria Lucía González Valencia, informó que vive en Suba en la calle 148 No. 99-38, allí también tenía un apartamento el causante y otro apartamento María Gloria Lucía, pero esta última vendió su apartamento para comprar una propiedad en Chía con el pensionado fallecido. Dijo que María Gloria Lucía se fue a vivir con el de cujus a comienzos del año 2014, inicialmente vivieron en el apartamento de Luis Alfonso en Suba, luego se fueron a vivir a Chía. Indicó que ella y otra amiga de nombre Betty vistaron a la pareja en Chía, pero Luis Alfonso las trató mal y nunca volvieron; esto sucedió aproximadamente en el 2014 o 2015. Informó que el causante falleció en su apartamento en Suba, y María Gloria Lucía no se encontraba con él en ese momento porque estaban disgustados.

Rindió testimonio Germán Arturo Estévez Molano, amigo de Luis Alfonso y María Gloria Lucía desde el año 2014, quien manifestó que era vecino de ellos en Chía, pero a principios de 2015 le tocó mudarse a otro barrio. Dijo que se veía con la pareja casi a diario en el parque y salían a tomar tinto, a veces veía a Luis Alfonso solo y en ocasiones con María Gloria Lucía, y ellos se veían como una pareja normal, cogidos de la mano en todo momento. Manifestó que visitó la casa de la pareja en una o dos ocasiones, pero se sentó en la sala y no recorrió las habitaciones. Indicó que la última vez que los vio para tomar tinto fue entre septiembre y octubre de 2018, y luego volvió a ver a María Gloria Lucía en el 2020 y le comentó que Luis Alfonso había muerto.

La testigo Rosalbina Rincón Roa, quien conoce a María Gloria Lucía desde hace 33 años, manifestó que conoció al causante en Suba a principios de 2014. Agregó que el pensionado fallecido y María Gloria Lucía vivieron en Suba un año y luego se fueron para Chía; que el día del deceso Luis Alfonso se encontraba en su

apartamento en Suba bebiendo con unos amigos; en ese apartamento vivió él con María Gloria Lucía. Informó que María Gloria Lucía tuvo un apartamento que vendió para comprar otro en Chía. Manifestó no constarle separación alguna de la pareja.

El testigo Pedro Vargas García, sobrino del causante, indicó que Luis Alfonso llevaba 55 años casado con Benedicta Rivera; que vio en tres ocasiones a María Gloria Lucía y su tío se la presentó como "una novia"; que el de cujus tuvo un problema con María Gloria Lucía por el apartamento en Chía y la iba a demandar. Informó que se veía con su tío cada 15 días, por lo que le consta que éste vivió 52 años con Benedicta, adicional vivió dos años con María Gloria Lucía en el apartamento en Chía y cuando falleció vivía solo en Suba.

Por su parte, la testigo Tania Ximena Cañón Suárez, nuera de María Gloria Lucía, afirmó que conoció a Luis Alfonso hace 7 u 8 años en Suba, en el apartamento de María Gloria. Agregó que, al momento del fallecimiento, el causante vivía en Suba con Gloria. Aclaró que la pareja no vivía en Chía, "lo que pasa es que mi esposo y yo estábamos viviendo en Chía y ella vino a compartir con mi hijo el día de las velitas". Aseguró que María Gloria Lucía y Luis Alfonso tuvieron un problema por un apartamento que compraron; que la pareja vivió un año en Suba y aproximadamente en el 2015 todos se fueron a vivir a Chía a una casa más grande. Indicó que todos vivieron juntos del 2014 al 2017, después de eso María Gloria Lucía y Luis Alfonso compraron el apartamento y se fueron a vivir juntos. Por último, manifestó que fue una vecina quien les comentó que Luis Alfonso había fallecido.

A su turno, la testigo Ingrith Paola Guerra Ramírez, amiga y vecina de Benedicta Rivera y del causante, afirmó que hace 18 años llegó a vivir al barrio La Florida, donde vivía la pareja; que el causante vivió en ese barrio hasta su deceso; y cada 8 o 15 días veía Luis Alfonso en el barrio La Florida.

Finalmente, el testigo Germán Eduardo Patiño, amigo de María Gloria Lucía desde hace 23 o 25 años, manifestó que conoció al pensionado fallecido hace 7 u 8 años cuando iba a Suba a saludar a María Gloria Lucía y ella se lo presentó como su esposo (más o menos en el año 2013 o 2014); inicialmente los conoció de novios, pero la relación se formalizó en el año 2014; ellos vivieron en Suba

aproximadamente un año; luego se fueron a vivir a Chía; el causante falleció en el apartamento que tenía en Suba.

Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas, de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, es posible llegar a las siguientes conclusiones:

i) Para la fecha del deceso, el vínculo matrimonial del causante con Benedicta Rivera no se encontraba vigente. En efecto, pese a que no obra en el plenario el registro civil de matrimonio, tal documental sí fue aportada junto con la reclamación presentada ante Colpensiones, frente a la cual se refirió en el informe técnico de investigación en los siguientes términos: "[…] entre la documentación aportada como pruebas de convivencia aportó el registro civil de matrimonio el cual registra 2 notas marginales:

8 de mayo de 1995 Separación de bienes.

16 de abril de 2004: Cesación de efectos civiles de matrimonio".

ii) En su último año de vida, Luis Alfonso García Figueroa no convivió con ninguna de las reclamantes; como a continuación pasa a explicarse.

Quedó establecido que, al momento del deceso, Luis Alfonso García Figueroa vivía solo en Suba, en un apartamento de su propiedad ubicado en la calle 148 No. 99-38, tal como lo refirió el testigo Pedro Vargas García, y que se corrobora con la información suministrada por Benedicta Rivera en la entrevista realizada ante Colpensiones, en la que reconoció que "el causante decidió irse de la casa meses antes de fallecer y vivió solo en Suba hasta el día del fallecimiento". Tampoco es objeto de duda que Benedicta Rivera ha vivido en el barrio La Florida, en la calle 70 A # 91 A – 73, lugar diferente a la residencia del accionante durante su último año de vida; sin que hubiese acreditado en el sub lite alguna causal justificante de tal separación. De lo que se colige que Benedicta Rivera no es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama, al no verificarse la voluntad del pensionado fallecido de formar un hogar y tener una comunidad de vida con la aludida señora durante el tiempo establecido en la norma; conclusión que no se desvirtúa con la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2021 por el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá, en el marco de un proceso promovido por Benedicta Rivera en contra de sus propios hijos, que culminó con el acuerdo conciliatorio de las partes, y en el que no se adelantó debate probatorio alguno, como el aquí desplegado, por lo que tal decisión no obliga al juez laboral.

Los anteriores argumentos se hacen extensivos a María Gloria Lucía González

Valencia, quien tampoco acreditó la convivencia con el causante durante los 5 años previos al deceso, pues, las manifestaciones de los testigos únicamente dan cuenta de uno o dos años de convivencia con el pensionado fallecido en Suba, sin que les conste la alegada convivencia en Chía, que, en todo caso, no corresponde con su último año de vida. Lo que sí se logra establecer es la existencia de conflictos derivados de la compra de un apartamento en Chía y que el de cujus radicó una carta en el conjunto residencial en Suba prohibiendo la entrada de González Valencia a su apartamento; sin pasar por alto que esta reclamante se enteró del deceso de Luis Alfonso García Figueroa por una llamada que le realizó una vecina, ya que para ese momento ella se encontraba en Chía, tal como lo indicó al absolver interrogatorio de parte, manifestación que resulta contradictoria con lo informado en la entrevista realizada ante Colpensiones, en la que declaró que se encontraba de viaje en Medellín.

Corolario de lo anterior, al no encontrarse acreditada la convivencia con el causante de manera continua durante los 5 años anteriores al fallecimiento, en los términos señalados por la norma antes citada, se revocará la sentencia apelada para, en su lugar, absolver a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra por Benedicta Rivera y María Gloria Lucía González Valencia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

***Primero.-** Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, absolver a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra por Benedicta Rivera y María Gloria Lucía González Valencia.*
***Segundo.-** Costas a cargo de Benedicta Rivera y de María Gloria Lucía González Valencia. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $300.000,oo por concepto de agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GLADYS BARRERA DE REYES CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de enero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

Gladys Barrera de Reyes, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a partir del 12 de abril de 2010, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año; junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 11 de abril de 1955; el 27 de abril de 1972 se afilió al ISS; prestó sus servicios para la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. desde el 11 de marzo de 1991 hasta el 6 de octubre de 2001, para un total de 10 años, 3 meses y 22 días, equivalentes a 530,28 semanas; el 25 de junio de 2010 solicitó ante el ISS el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, la cual fue negada mediante Resolución No. 038750 del 27 de octubre de 2011, decisión confirmada a través de Actos Administrativos GNR 217348 del 28 de agosto de 2013, VPB 22400 del 26 de noviembre de 2014, SUB 194757 del 23 de julio de 2018 y SUB 187246 del 1° de septiembre de 2020; es beneficiaria del régimen de transición; cotizó en su vida laboral un total de 1.189,28 semanas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 12 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento (archivo 31 del expediente digital), ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que declaró que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez vitalicia, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 1° de mayo de 2022, en

cuantía equivalente al salario mínimo, por 14 mesadas, debiendo aplicarse los respectivos reajustes anuales. Condenó a Colpensiones a pagar a la demandante el retroactivo pensional causado desde el 1˚ de mayo de 2022 y que a 31 de octubre de 2022 asciende a $8.000.000,oo, el cual deberá pagarse debidamente indexado. Declaró probada la excepción denominada no configuración al pago de intereses moratorios, y no probadas las demás. Absolvió a Colpensiones de las restantes pretensiones formuladas en su contra; absteniéndose de imponer condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación solicitando que se condene al pago de la prestación a partir del 11 de abril de 2010, junto con los intereses moratorios, fecha en la cual ya acreditada los requisitos de edad y semanas para acceder a la prestación, aduciendo que se vio obligada a seguir cotizando ante la negativa de Colpensiones de otorgar la pensión de vejez, por lo que no se pueden tener en cuentas las cotizaciones realizadas con posterioridad.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia solicitando que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se tenga como fecha de reconocimiento de la pensión el día siguiente a la última cotización, es decir, el 1˚ de octubre del 2022, conforme la historia laboral.

La demandante presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación.

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

De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, atendiendo las razones expuestas en la sustentación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN - PENSIÓN DE VEJEZ

Comoquiera que la demandante solicita que se declare que es beneficiaria del régimen de transición y el reconocimiento de la pensión de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, entonces, es cuestión primordial establecer si se encuentra inmersa en el régimen contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, el artículo en mención estableció un régimen de transición para las personas que a la entrada en vigencia de dicha normatividad tuvieran 35 años siendo mujeres o 40 siendo hombres o 15 años de servicios; requisito que cumple la demandante toda vez que, para la entrada en vigencia de la referida ley, esto es, el 1° de abril de 1994, contaba con 38 años de edad, pues nació el 11 de abril de 1955, tal y como se observa en la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 01 del expediente digital). Por lo que no existe duda que su situación pensional debe ser analizada bajo la óptica del Acuerdo 049 de 1990, por haber prestado sus servicios en el sector privado y haber estado afiliada al régimen de prima media administrado por Colpensiones, desde el año 1972. Tampoco es objeto de reparo que la edad de 55 años a la que refiere el artículo 12 del mentado acuerdo la cumplió el 11 de abril de 2010.

Ahora, la norma en cita exige como requisito para acceder a la prestación pensional 500 semanas de aportes dentro de los 20 años inmediatamente anteriores al cumplimiento de la edad mínima exigida o 1000 en cualquier tiempo. Así, la Sala constata que el accionante tan sólo acredita 381,62 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima (11 de abril de 1990 a 11 de abril de 2010) y 851 en toda su vida laboral, conforme se establece en su historia laboral (expediente administrativo, archivo 12 del expediente digital); cotizaciones que resultan insuficientes para acceder al derecho pensional pretendido. Empero, ha de recordarse que precisamente uno de los planteamientos de la demanda se centra en la posibilidad de sumar tiempos públicos y privados a efecto de acceder a la pensión de vejez aquí reclamada.

En punto a este tema, cumple recordar el criterio expuesto tanto por la Corte Constitucional como por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, según el cual el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, interpretado en su tenor literal, no impide incluir para la causación de la pensión de vejez, los tiempos públicos cotizados o no al ISS.

Así, en las sentencias T-090 y T-398 de 2009 la Corte Constitucional señaló que el régimen de transición, solo previó la aplicación de las normas del régimen al que venían afiliados, en tres tópicos: edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y monto (entendido como tasa de reemplazo o retorno); sin que se mencione la acumulación de tiempos públicos y privados en cualquiera de los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993; por lo que para resolver ese punto, debe acudirse al literal f) del artículo 13 de la Ley 100, que posibilita sumar períodos de labor en los sectores públicos y privados; el cual resulta más favorable. Posición que tomó más fuerza cuando se profirieron las providencias de unificación SU-769 de 2014 y SU-057 de 2018 en las que el máximo Tribunal Constitucional, reiteró la intelección explicada, por ser la que en mejor proporción garantiza el efectivo goce de derechos fundamentales de alto raigambre, como la seguridad social.

En similar sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1947 de 2020 indicó que la posición jurisprudencial de la Corporación inicialmente apuntó a la improcedencia de acumular los tiempos cotizados al ISS con tiempos de servicios públicos bajo el régimen del Acuerdo 049 de 1990, en el entendido de que dicha norma no previó expresamente dicha posibilidad; sin embargo, en la aludida providencia modificó el anterior precedente, por cuanto señaló que el régimen de transición protegió las expectativas legítimas de causar la pensión según los requisitos de edad, tiempo y monto consagrados en los regímenes anteriores, mientras que las demás condiciones fueron reguladas por la Ley 100 de 1993, por lo que la forma de computar las semanas es la consagrada en el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de dicha Ley, que contemplan expresamente la posibilidad de sumar tiempos públicos y privados, así estos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social; cambio de criterio que la Corporación estimó acorde al mandato de protección del derecho a la seguridad social.

El citado cambio de postura jurisprudencial fue ratificado con la sentencia SL1981 de 2020, providencia en la cual la H. Corte Suprema de Justicia reiteró que el actual Sistema General de Pensiones adoptado con la Ley 100 de 1993 privilegia el otorgar efectos a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) al que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados, siendo las pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición parte del actual sistema pensional, por tanto, le aplican las normas de la Ley 100 de 1993 que ordenan la sumatoria de tiempos cotizados al ISS con tiempos servidos a entidades públicas, aun cuando no fueron cotizados, criterio que ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias SL2659 de 2020, SL2557 de 2020, SL2590 de 2020 y SL3110 de 2020.

Así, resulta claro que le asiste el derecho a la demandante a la acumulación de los tiempos cotizados al ISS, hoy Colpensiones, con los tiempos laborados a entidades públicas, como acertadamente lo concluyó el a quo.

Precisado lo anterior, observa la Sala que en la historia laboral expedida el 27 de agosto de 2020, en el aparte de "RESUMEN DE TIEMPOS PÚBLICOS NO COTIZADOS A COLPENSIONES", se registran 233,71 semanas con el empleador Secretaría de Educación de Bogotá desde el 11 de marzo de 1991 hasta el 30 de diciembre de 1995.

Así, al sumar los tiempos públicos referidos, a las semanas aportadas al ISS, hoy Colpensiones, arroja un total de 1.084,71, de las cuales 615,33 fueron cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima. De lo que se concluye que Gladys Barrera de Reyes efectivamente acreditó los requisitos para acceder al derecho pretendido el 11 de abril de 2010.

Procede ahora la Sala, al estudio de la procedencia o no del retroactivo pensional reclamado por la accionante a partir del 11 de abril de 2010, aduciendo que, si bien continuó realizando aportes con posterioridad a esa fecha, ello se debió a la negativa de Colpensiones a otorgar la pensión. Advirtiéndose entonces que se debe tener en cuenta lo consagrado en el artículo 13 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, en concordancia con lo previsto en el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, que al efecto enseña:

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

En igual sentido el artículo 35 del mencionado acuerdo prevé que para disfrutar de la pensión de vejez se requiere el retiro del servicio o del régimen.

Conforme a las normas citadas una situación es la causación de la pensión de vejez y otra el disfrute de la misma, pues bien puede suceder que una vez reunidos los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez el trabajador siga laborando o cotizando a la seguridad social para mejorar la pensión, por eso advierte la norma que "(...) para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo"; es palmario que el disfrute de la pensión se difiere en beneficio del afiliado, en tanto que se le da la oportunidad de seguir cotizando al sistema y obviamente mejorar su pensión, ya por el número de semanas cotizadas que le da la oportunidad de aumentar el porcentaje o por la actualización del salario mensual base. La norma hay que interpretarla integralmente y no por partes para mantener el espíritu y la esencia que el legislador quiso darle al momento de expedirla, que no es otro que el ya señalado; por ello si una vez cumplidos los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez deja de prestar el servicio personal al empleador y éste no lo desafilia del régimen y no sigue cotizando al mismo, es razonable entender que la pensión tiene vigencia a partir del momento en que cumplió con los requisitos mínimos o hasta cuando cotizó a la seguridad social, así no se haya desafiliado.

En tal sentido, remitiéndonos al contenido de la Resolución No. 038750 del 27 de octubre de 2011, se observa que Colpensiones negó la pensión de vejez reclamada por la actora con fundamento en que no acreditaba el total de semanas cotizadas exclusivamente al ISS para acceder a la pensión establecida en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año; decisión que fue confirmada a través de Actos Administrativos GNR 217348 del 28 de agosto de 2013, VPB 22400 del 26 de noviembre de 2014, SUB 194757 del 23 de julio de 2018 y SUB 187246 del 1° de septiembre de 2020.

Es de resaltar que la negativa de Colpensiones encontraba respaldo en el criterio expuesto en su momento por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, postura que fue modificada únicamente a partir del año 2020, como ya se indicó; por lo que la decisión de Colpensiones no fue caprichosa ni arbitraria, sino el resultado de la aplicación de la normatividad y jurisprudencia vigente.

Ahora, al revisar la historia laboral expedida por Colpensiones el 25 de mayo de 2022 observa la Sala que no se ha reportado novedad de retiro del sistema. Tampoco existe certeza para la Sala que la intención de la accionante hubiese sido retirarse del sistema general de pensiones en los ciclos 04/2010 o 05/2022, siendo ésta una carga probatoria en cabeza de la demandante. Por el contrario, atendiendo lo manifestado por la entidad de seguridad social accionada en las alegaciones presentadas en esta instancia, parecería sugerir que Gladys Barrera de Reyes ha efectuado aportes al sistema aún con posterioridad a mayo de 2022; lo que torna en imperioso condicionar el pago de la prestación a la desafiliación del sistema por parte de la accionante.

En los anteriores términos se modificará la decisión de primer grado; no sin antes precisar que, atendiendo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 a la actora le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho, su IBL debe calcularse conforme a lo previsto en el artículo 21 ibídem, vale decir, el promedio de los salarios o rentas sobre los que hubiera cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en toda su vida laboral si le resulta más favorable, en caso de completar más de 1250 semanas, como lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia con radicado 43336 de 15 de febrero de 2011). Adicionalmente, a efecto de determinar la tasa de reemplazo, deberá acudirse a lo preceptuado por el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990. Prestación que se reconocerá en 14 mesadas pensionales al año, según lo señalado en el artículo 1° inciso 9° y parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 01 de 2005, y considerando que la pensión se causó con anterioridad al 31 de julio de 2011, como acertadamente lo concluyó el a quo.

Finalmente, es del caso precisar a la accionante que no se causan intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, dado que no se verifica mora en el pago de las mesadas pensionales.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Modificar los ordinales primero y segundo de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condicionar el pago de la pensión de vejez al retiro del sistema por parte de Gladys Barrera de Reyes. El IBL de la prestación deberá calcularse conforme a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y la tasa de reemplazo en la forma dispuesta por el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.*

Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia.*

Tercero.- *Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de $200.000,oo por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SANTOS PERALTA ORTIZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de enero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con C.C. No 37.627.008 y la T.P. No. 221.228 del CS de la J, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 29 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Santos Peralta Ortiz, actuando por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene a reliquidar la pensión de jubilación que le fue reconocida a partir del 2 de diciembre de 2013, en cuantía inicial de $1.400.250,oo, de conformidad con el artículo 1° de la Ley 33 de 1985; por catorce mesadas al año; junto con la indexación de las sumas, los intereses moratorios, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis indicó que: nació el 1° de mayo de 1957; el 5 de julio de 2012 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con fundamento en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, la cual fue concedida mediante Resolución GNR 352869 del 12 de diciembre de 2013, a partir del 2 de diciembre de ese mismo año, en cuantía inicial de 1.143.979,oo, cuando debió reconocerse en la suma de $1.400.250,oo teniendo en cuenta el 75% de los ingresos del último año de servicios; reclamó ante Colpensiones la reliquidación de su pensión, obteniendo respuestas negativas a través de los Actos Administrativos GNR 268434 del 25 de julio de 2014, GNR 39084 del 19 de febrero de 2015, GNR 53689 del 19 de febrero de 2016 y VPB 20233 del 3 de mayo de 2016.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 01 del expediente digital); aceptó la mayoría de los hechos, excepto que el demandante tenga derecho a la reliquidación pretendida. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido,

inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 3 del expediente digital), en la que absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra; condenando en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación solicitando que se aplique la jurisprudencia del Consejo de Estado que permite aplicar la tasa de reemplazo al promedio de ingresos del último año de servicios.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión absolutoria de primer grado.

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

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la parte demandante al momento de sustentar su recurso de apelación.

CALIDAD DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No se discute que al demandante le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de Colpensiones mediante la Resolución GNR 352869 del 12 de diciembre de 2013, a partir del 2 de diciembre de 2013, considerando un total de 1.817 semanas, bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985, con un IBL más favorable de

$1.525.305,oo, al cual le fue aplicada una tasa de reemplazo del 75%, para una mesada en cuantía inicial de $1.143.979,oo. Prestación que fue reliquidada a través de la Resolución GNR 268434 del 25 de julio de 2014, concediendo la mesada en cuantía inicial de $1.155.594,oo.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Insiste la parte actora en la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta como IBL el promedio de lo cotizado en el último año de servicios.

Al respecto, es de precisar que para el reconocimiento de la pensión al demandante se aplicó lo previsto en la Ley 33 de 1985, en razón a que es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por tal razón, en lo que hace a la edad, al tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión (porcentaje) es de recibo lo contenido en el régimen anterior "las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley", precisando que la norma aplicable es el mentado artículo 36, el que se debe aplicar íntegramente atendiendo el principio de inescindibilidad, mas no el régimen anterior, porque es aquella la que autoriza el régimen de transición en los términos ya referidos. Por ello, para obtener el IBL se ha de acudir a lo consignado en su inciso 3°, que expresa "El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE"; o cuando se trata de personas que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 les hacía falta más de 10 años para acceder a su derecho la norma a aplicar es el artículo 21 de la mentada ley de seguridad social. Para rematar el punto basta traer a colación lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, órgano de cierre de esta jurisdicción en la especialidad laboral y de seguridad social, en sentencia del 1° de marzo de 2011, radicado Nº 40552, en donde precisó:

> *"[…] En efecto, el mencionado régimen de transición garantiza a sus beneficiarios, la utilización de la normatividad que venía aplicándose en cada caso, únicamente en lo concerniente a tres aspectos: la edad, el tiempo o número de semanas cotizadas, y el monto de la prestación, entendiéndose por este último el monto porcentual de la pensión.*

> *En estas condiciones, el ingreso base de liquidación se regulará, como regla general, por la nueva reglamentación contenida en la Ley 100 de 1993…"*

De acuerdo con lo anterior, si bien el demandante es beneficiario del régimen de transición, lo cierto es que no es posible jurídicamente liquidar la pensión de jubilación bajo los parámetros establecidos en el artículo 1˚ de la Ley 33 de 1985, pues con ello se estaría creando un nuevo régimen, al tomar lo más favorable de los distintos regímenes pensionales y adaptarlo al pensionado. Pero primordialmente no es procedente acceder a lo pretendido por el demandante por la potísima razón de que en cualquier régimen anterior a la ley 100, el IBL se obtiene en la forma establecida precedentemente (inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993).

Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión absolutoria de primer grado.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.
Segundo.- Costas en esta instancia a cargo del demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $200.000,oo por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JAIRO OSPINO RUBIO CONTRA WEATHERFORD SOUTH AMÉRICA GMBH

En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de enero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora escogidos para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 4 de febrero de 2022, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Jairo Ospino Rubio, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Weatherford South América GMBH, para que, se declare la existencia de un contrato de trabajo en los periodos comprendidos, entre el 1° de agosto de 1985 al 31 de julio de 1986, del 20 de junio de 1988 al 15 de junio de 1990, del 3 de junio de 1992 al 2 de diciembre de 1992, y del 5 de enero de 1993 al 31 de mayo

de 1994. En consecuencia, se condene al pago de los aportes a seguridad social en pensiones actualizados a la fecha de los periodos anteriormente mencionados y se solicite a la AFP Porvenir SA, la realización de un cálculo actuarial de los periodos anteriormente mencionados, para que, la demandada proceda a su respectivo pago.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: trabajó para la empresa Pipe Service Inc hoy Weatherford South América GMBH entre el 1° de agosto de 1985 al 31 de julio de 1986 y del 20 de junio de 1988 al 15 de junio de 1990 con un salario diario de $3.550.oo diarios; entre el 3 de junio de 1992 al 2 de diciembre de 1992, con un salario diario de $4.200.oo y del 5 de enero de 1993 al 31 de mayo de 1994 con un salario diario de $12.300.oo; que durante ese interregno, el empleador no efectuó las cotizaciones al sistema de seguridad social.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Weatherford South América GMBH dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 1 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la existencia de la relación laboral de los siguientes periodos, del 1° de agosto de 1985 al 31 de julio de 1986, del 20 de junio de 1988 al 15 de junio de 1990 y del 3 de junio de 1992 al 2 de diciembre de 1992; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido por inexistencia de obligación y ausencia de causa, buena fe, inobservancia por parte del demandante de los tramites legales para la redención del bono pensional, petición anticipada y prescripción.

La pasiva sostuvo que no están llamadas a prosperar las pretensiones relacionadas con el pago del cálculo actuarial por los períodos reclamados, pues la empresa no estaba obligada a realizar afiliación y pago de aportes, pues eso sólo se hizo obligatorio, a partir del 1° de octubre de 1993, para la industria del petróleo, tiempo a partir del cual, la empresa sí afilió al actor y realizó el pago de aportes respectivos.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 12 del expediente digital) en la cual declaró que entre el demandante y la empresa Weatherford South América GMBH existió una relación laboral en los siguientes períodos: entre el 1° de agosto de 1985 hasta el 31 de julio de 1986, del 20 de junio de 1988 hasta el 15 de junio de 1990, del 3 de junio de 1992 hasta el 2 de diciembre de 1992 y del 5 de enero de 1993 hasta el 31 de enero de 1996. Condenó a la demandada a solicitar a la AFP Porvenir SA, el cálculo actuarial correspondiente de las cotizaciones dejadas de efectuar en los periodos mencionados anteriormente. Condenó a la demandada a transferir a la cuenta de ahorro individual de la demandante los aportes liquidados en el cálculo actuarial. Condenó a la demandada a transferir a la cuenta de ahorro individual de la demandante el bono pensional de los periodos comprendidos entre el 5 de enero de 1993 y el 31 de enero de 1996. Declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada. Condena en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las partes interpusieron el recurso de apelación, así: la parte demandante adujo que su salario básico para los periodos objeto de debate son mayores a los decretados por la juez de primera instancia, por lo que solicita se revoque la decisión y en su defecto se corrija tal situación.

La demandada solicitó que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva de todas y cada una de las pretensiones, toda vez que, para las fechas del vínculo laboral aun no existía legislación alguna que obligara a realizar tales pagos, y en todo caso, de mantenerse la condena, debe modificarse utilizando otra fórmula como es que el cálculo se haga sobre el salario mínimo, utilizando únicamente las semanas faltantes para el reconocimiento pensional y que el Estado, a través de Colpensiones asuma un porcentaje, en cuanto no fue por incuria de la empresa que se dejó de hacer ese pago, sino porque por ley no estaba obligada a inscribir a sus trabajadores. Por último, indicó que, de mantenerse la

condena, debe modificarse la última parte, pues el demandante debe seguir el proceso previsto en la ley para solicitar el pago del bono pensional que la empresa constituyó a su favor.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Weatherford South América GMBH., presentó alegatos en esta instancia solicitando que sea revocada en su integridad la sentencia de primera instancia de acuerdo a los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

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

De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por las partes, atendiendo las razones expuestas en la sustentación.

APORTES PENSIONALES

No es motivo de discusión por los recurrentes que el demandante prestó sus servicios personales a la empresa Weatherford South América GMBH en ejecución de varios contratos de trabajos así: del 01 de agosto de 1985 al 31 de julio de 1986, del 20 de junio de 1988 al 15 de junio de 1990, del 03 de junio al 02 de diciembre de 1992 y del 05 de enero de 1993 al 31 de enero de 1996.

La controversia a resolver consiste en definir si la sociedad empleadora debe realizar el pago de aportes pensionales correspondientes con ocasión de las vinculaciones antes mencionadas, y para dilucidar este asunto, considera la Sala pertinente rememorar la historia de la asunción de los riegos de invalidez, vejez y muerte. Al respecto, tenemos que, en sus inicios, la pensión de jubilación se encontraba a cargo del empleador, por lo cual, con el fin de reglamentar las relaciones con los trabajadores, se expidió la Ley 6ª de 1945, que creó a cargo de los empleadores, mientras se organizaba el Instituto Social Obligatorio, indemnizaciones y prestaciones sociales, y concretamente impuso a las empresas con capital superior a $1.000.000,oo, la obligación de reconocer y pagar una

pensión de jubilación a los trabajadores que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios, continuos o discontinuos[1] (art. 14).

Posteriormente, la Ley 90 de 1946 creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales que, como se indicó, finalmente asumiría las enunciadas prestaciones sociales para quienes laboraran para otro, "en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje, inclusive a los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico"[2].

De la mano con la creación del Seguro Social, fue definido un sistema tripartito de contribuciones, es decir que el empleador, el trabajador y el Estado estaban obligados a realizar aportes para la financiación de los diferentes riesgos amparados[3], sin embargo el sistema de financiación del fondo común para el pago de las pensiones de jubilación fue modificado mediante los Decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973, por medio de los cuales se exoneró al Estado de los aportes para la financiación de los seguros pensionales, abandonando así el sistema tripartito y radicando únicamente las cotizaciones en cabeza del trabajador y el patrono. Con todo esto, frente a la denominación de pensión de jubilación, que venía desde la legislación anterior, el artículo 76 de la referida ley determinó reemplazarla, en adelante, por pensión de vejez.

---

[1] *Art. 14, ib. "La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos ($1.000.000) estará también obligada:*
a) A sostener y establecer escuelas primarias para los hijos de sus trabajadores, con sujeción a las normas del Ministerio de Educación, cuando el lugar de los trabajos este situado a más de dos (2) kilómetros de las poblaciones en donde funcionen las escuelas oficiales, y siempre que haya al menos veinte (20) niños de edad escolar;
b) A costear permanentemente estudios de especialización técnica relacionados con su actividad característica, en establecimientos nacionales o extranjeros, a sus trabajadores o a los hijos de estos, a razón de uno (1) por cada quinientos (500) trabajadores o fracción;
c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos ($ 30) ni exceder de doscientos pesos ($ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión."

[2] *Art. 2°, L. 90/46.*

[3] *Art. 16, ib.: "Los recursos necesarios para cubrir las prestaciones en especie y en dinero correspondientes a los seguros obligatorios y los gastos generales de los mismos, serán obtenidos, salvo en los casos expresamente exceptuados, por el sistema de triple contribución forzosa de los asegurados, de los patronos y del Estado. Cuando a este último le corresponda contribuir, su cuota no será inferior a la mitad de la cuota del patrono. Además, para las empresas cuyo capital no exceda de treinta mil pesos ($ 30.000), o de ciento veinticinco mil ($ 125.000) tratándose de empresas agrícolas o mineras explotadoras de metales preciosos, el Estado contribuirá con una parte de la respectiva cuota patronal, que el decreto reglamentario fijará entre un diez por ciento (10%) y un cuarenta por ciento (40%) de la misma. Los aportes del Estado se financiarán, en primer término, con los productos de las rentas especiales de que trata el artículo 29, pero si no fueren suficientes, el Gobierno arbitrará los recursos ordinarios y extraordinarios que sean indispensables.*
PARÁGRAFO. Cuando se trate de asegurados obligatorios que tengan efectivamente más de cuatro personas a su cargo, de aquellas a las que está obligado a alimentar de acuerdo con las prescripciones del Código Civil, el Estado podrá contribuir hasta con la mitad del aporte que le corresponda al asegurado, lo que regulará el Departamento Matemático - Actuarial, teniendo en cuenta el excedente de personas que vivan a cargo de éste." Sin embargo, ese sistema de común financiación fue modificado por los Decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973.

Así, con el fin de que el Seguro Social estuviera en capacidad de asumir el riesgo de vejez, en relación con los servicios prestados con anterioridad a la expedición de esa ley, estableció:

> *"… el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esta obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de estas pensiones eventuales.*
> *En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley."*[4]

Esa gradualidad fue adoptada por el Código Sustantivo del Trabajo, Decretos 2663 y 3743 de 1950, en el artículo 259 determinó de manera temporal:

> *"1. Los empleadores o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo.*
> *2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los {empleadores} cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto."*

En ese orden, el trabajador que hubiere laborado para una misma compañía, con un capital igual o superior a $800.000,oo que haya cumplido 50 años de edad si es mujer, o 55 años si es hombre, y acredite 20 años de servicios "continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio"[5]*.*

Luego, fue expedido el Decreto 3041 de 1966[6]*, cuyos artículos 60*[7] *y 61 regularon la subrogación paulatina por la referida entidad al empleador en el reconocimiento de la pensión de jubilación (art. 260 CST), de modo que "bajo la vigencia de esas disposiciones el Instituto de Seguros Sociales tan solo podía, por mandato de la ley, asumir gradual*

---

[4] *Art. 76, ib..*
[5] *Art. 260, CST.*
[6] *Mediante el Decreto 3041 de 1966 se aprobó el Acuerdo 224 de 1966, que a su vez reglamentó el seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte.*
[7] *D. 3041/66, art. 60: "Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte lleven 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos ($ 800.000) M/cte. o superior, ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado, a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono."*

y progresivamente las pensiones de creación estrictamente legal, esto es las consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo"[8]**.**

Así, a la entrada en funcionamiento del Seguro Social se efectuó de manera paulatina y progresiva, tardándose un tiempo importante después de la expedición de la ley que establecía su creación, por lo cual la obligatoriedad en la afiliación de los trabajadores se dio a partir de enero 1° de 1967; pero no para todo el territorio nacional.

Tratándose del llamamiento a inscripción de las empresas petroleras que tenían a cargo sus propias pensiones (como es el caso que aquí nos ocupa), dicha obligación principia el 1° de octubre de 1993, por virtud de lo dispuesto en la Resolución 4250 del 28 de septiembre de ese año expedida por el ISS. No obstante lo anterior, resulta fundamental para la solución del caso que nos ocupa resaltar que, si bien la obligatoriedad para realizar la afiliación de los trabajadores de las empresas petroleras inició el 1° de octubre de 1993; ***el empleador debía hacer los aprovisionamientos de capital necesario para efectuar los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación****, tal como lo previó el artículo 72 de la ley 90 de 1946 que establece que: "Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores." en concordancia por lo previsto en el artículo 76 ibídem, que puntualizó "El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos*

---

[8] *Art. 31 ib.: "Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse al Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos ($ 800.000) M/cte, o superior a diez o más años de servicios continuos o discontinuos, ingresarán al seguro obligatorio como afiliados en las mismas condiciones establecidas en el artículo 60 del Acuerdo 224 de 1966 y en caso de ser despedidos por los patronos sin justa causa tendrán derecho al cumplir la edad requerida por la ley al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8 de la ley 71 de 1961, con la obligación de seguir cotizando de acuerdo con los reglamentos del Instituto hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por éste para otorgar la pensión de vejez, en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.*
La obligación consagrada en el artículo 60 del Acuerdo 224 de 1966 y en esta disposición, de seguir cotizando al seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, sólo rige para el patrono."

empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley (…)", normas que se encuentran vigente.

Y, aunque, el llamado de afiliación a los trabajadores de las empresas petroleras se hizo el 1° de octubre de 1993, esto no significa que la obligación a reconocer la pensión haya desaparecido o que el empleador haya quedado exonerado de hacer los aportes de sus trabajadores a fin de obtener la pensión de vejez, pues, únicamente se ordenó que las cotizaciones se transfirieran al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones; lo contrario implicaría que esos trabajadores quedarían desamparados del sistema de seguridad social en pensiones o que el empleador no estaría obligado a reconocer pensiones (art. 260 del CST); solo así se garantiza el derecho a la igualdad y a la seguridad social de estos trabajadores.

Es que desde la entrada en vigencia de la Ley 90 de 1946, artículo 72, se impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realización del aporte previo al sistema de seguro social en el momento en que el Instituto de Seguros Sociales asumiera la obligación, asunto diferente es la obligación de inscripción de los trabajadores al Instituto, la que para el caso de las empresas petroleras sólo se materializó con la expedición de la Resolución 4250 del 28 de septiembre de 1993 y la asunción por éste de tal riesgo; ya que, no es concebible que los trabajadores estuvieran desamparados de la seguridad social y el tiempo laborado en esas empresas no se contabilizara para obtener la pensión de vejez o lo que es lo mismo, que cuando el ISS asumió el riesgo, las empresas petroleras quedaran exonerados del pago de la pensión o de realizar los aportes que antes estaban a su cargo, para que el Instituto asumiera tal prestación, cuestión que no fue prevista por el legislador y no lo podía estar, dado que, el servicio subordinado se ejecutó y esa obligación en principio estaba en cabeza del empleador, la cual fue subrogada por el ISS, pero no en forma gratuita para la empresa petrolera o desconociendo el derecho al trabajador o con la pérdida de tiempo laborado por éste a aquella.

En cuanto al argumento relativo a la exigencia de que el contrato de trabajo se encontrara vigente para el momento de comenzar a regir la Ley 100 de 1993, condición prevista en el literal c) del parágrafo 1° del artículo 33 de dicho cuerpo

normativo y reiterada en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no es éste el fundamento del pago de aportes que debe hacer Weatherford South América GMBH, es por lo atrás explicitado, esto es por la obligación como empleador que tenía en primer término de pagar la pensión y luego de la subrogación de la pensión por el ISS de pagar los aportes causados por el tiempo laborado por el actor y no cotizados a la seguridad social, ya por omisión o por no tener cobertura el ISS es el sitio de prestación del servicio.

Han sido múltiples los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, particularmente en las sentencias SL 2138 de 2016 y SL 3892 de ese mismo año, en el sentido de estimar:

> *"…que ese presupuesto de vigencia del contrato de trabajo, en una época determinada, deviene innecesario y contrario a los postulados de la seguridad social que ya se han reseñado, pues la obligación de afiliación es permanente e incondicional, a la vez que encuentra su causa en la prestación de los servicios del trabajador (CSJ SL, 30 Sep 2008, Rad. 33476), sin que en ello influya, en principio, la época en la que se mantuvo vigente la relación laboral."*

Aunado a lo anterior, debe recordarse que el parágrafo 1° del referido artículo 33 de la Ley 100 de 1993 es claro en señalar que "En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el ***cálculo actuarial****, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional". Luego, fue el mismo legislador quien estableció, no sólo en casos como el presente sino en todos aquellos en que la prestación del servicio ya se había dado, es decir, en situaciones acaecidas con anterioridad, que esos tiempos fueran computados con base en el cálculo actuarial que se elabore, sin que su aplicación estuviese limitada exclusivamente a los empleadores omisos –como al parecer lo entiende la empresa petrolera demandada.*

Así, cumple recordar que para la elaboración del cálculo actuarial se debe hacer en los términos del Decreto 1887 de 1994, pues si bien en su artículo 1° se indica que el campo de aplicación se limita a "las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus trabajadores que seleccionen el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993 o se hubiere iniciado con posterioridad a dicha fecha, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993"; también es cierto que el inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el al artículo 57 del del Decreto

1748 de 1995, modificado por el artículo 15 del Decreto 1474 de 1997, amplió dicho campo de aplicación al establecer que: "… sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994…".

La remisión hecha por esta norma para efectos de realizar el título pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado para un empleador, amplió el campo de aplicación contenido en el artículo 1º del Decreto 1887 de 1994, y lo hizo de forma pura y simple, pues no puso como condición que la relación laboral estuviera vigente al 23 de diciembre de 1993 o que se hubiere iniciado con posterioridad a esta fecha. El no condicionamiento mencionado se explica en razón a que la situación a reglamentar contenida en el literal d) del artículo 9 de la Ley 797, que modificó el artículo 33 original de la Ley 100 de 1993 tampoco tiene ese condicionamiento, como sí lo trajo, desde un principio, la hipótesis prevista en el literal c) del Parágrafo 1º del artículo 33 de la citada Ley 100.

Sobre el particular la H. Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, ha sostenido que, en los periodos no cotizados por falta de cobertura, los empleadores a través de un título pensional asumen las contingencias que se originan en la vejez, invalidez o muerte, de tal forma que con dichos recursos se garantice el financiamiento de las prestaciones que se encuentran a cargo de la entidad de seguridad social. Así lo precisó en sentencia CSJ SL10122-2017, reiterada en sentencia SL4334- 2019 del 2 de octubre de 2019, con radicación 79045.

Finalmente, en cuanto a este punto, la pasiva sostuvo en la apelación que, en virtud de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-281 de 2020, se deben aplicar mecanismos alternos y no la imposición de un cálculo actuarial, que en últimas funciona como instrumento sancionatorio al empleador, siendo que la omisión en el pago o provisión correspondiente se debe a una falta de reglamentación del gobierno nacional de la época, por lo que, se debe aplicar como solución, por ejemplo, que los aportes deben realizarse en favor de la administradora de pensiones, no por la totalidad del tiempo laborado (sin cobertura del ICSS), sino por el necesario restante para que la persona pueda pensionarse; u ordenar que la base para el referido pago no debe ser el sueldo que devengaba el antiguo empleado, sino el salario mínimo de la época en la que se desarrolló el

vínculo laboral, como también, que el trabajador participe en la cancelación de estos aportes en una proporción, lo mismo que el Estado por esa falta de regulación.

Sobre ello, hay que advertir que la posición adoptada en la aludida sentencia de tutela, en la cual se estableció un mecanismo alterno a la condena por cálculo actuarial, que fue visto como mecanismo sancionatorio para el empleador y donde se dijo que "(…) con esto, el empleador deberá cancelar un 50%, el trabajador un 25% y el Estado –representado por Colpensiones– otro 25%. Así, la Corte busca, por un lado, dar cumplimiento a la regulación de la época y, por otro, cobrar al Estado una parte de la cuota, lo cual se corresponde con un sentido de justicia si se asume que el causante de la omisión de que trató el capítulo quinto fue el ICSS", es una posición que no es mayoritaria en esa alta Corporación, pues, varias Salas de decisión todavía apoyan el criterio según el cual, desde la L. 90 de 1946 se estableció por el legislador un deber prestacional en favor de los trabajadores, que implicaba la obligación de aprovisionar el capital necesario, en consideración de los tiempos de servicio prestados por el respectivo empleado, los cuales, además, estarían llamados a ser acumulados en el cómputo de los requisitos exigidos para acceder a la prestación, dando lugar a que el respectivo empleador esté llamado a trasladar el capital del correspondiente aprovisionamiento de la pensión de vejez, con base en la liquidación actuarial fijada por la entidad administradora, y que será recibido en calidad de bono o título pensional.

Y, por otro lado, como se sabe, las decisiones de tutela sólo tienen efectos interpartes, además, y para el caso, lo dicho allí no se erige en criterio determinante, máxime que, sobre el mismo punto, recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia descartó tal argumentación de la entidad, tal como lo citó en la sentencia SL 4292 de 2022, como sigue:

> ***Interpretación y aplicación del del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia CC C-506-2001. Y, La responsabilidad del Estado***
>
> *Respecto de la exégesis dada por el Tribunal al literal c) del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia CC C-506-2001, se precisó en sentencia CSJ SL1579-2022 que:*
>
> > *A ese respecto, importa señalar que aun cuando el legislador contempló la posibilidad de habilitar los tiempos de servicios prestados a los empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones, siempre que estuviera vigente el vínculo laboral al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, la jurisprudencia de la Sala ha asentado que esa protección*

se extiende aún si no estuviera vigente para ese momento la relación laboral, tal y como reiteradamente lo ha manifestado, entre otras, en sentencia CSJ SL 2138-2016, como sigue:

Debe insistirse, de igual forma, en que la intención del sistema de seguridad social es la de integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se presentaron en el pasado, por cualquier causa (CSJ SL14388-2015), para garantizarle una protección adecuada y completa a los afiliados en sus contingencias, propósito para el cual no es relevante el hecho de que el contrato mantenga su vigencia en una determinada época, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones.

Así igualmente dijo en sentencia CSJ SL3892-2016:

Por todo lo antes dicho, considera la Sala que el ad quem sí se equivocó al considerar que, en razón a que el empleador no estuvo obligado a la afiliación de la trabajadora ante el ISS durante la existencia del contrato de trabajo, y el contrato finalizó el 31 de diciembre de 1978, entonces aquel no tenía la obligación de reconocer esos tiempos, como si la pensión nunca hubiese estado a su cargo; con esta posición del juez colegiado se desconoce el derecho que tenía la accionante, en arreglo al artículo 260 del CST, a que el empleador le fuera sumando esos tiempos de trabajo subordinado prestado para reunir los requisitos de la pensión del artículo 260 del CST, es decir hasta completar mínimo 20 años, y que el único fin de la afiliación era que este se subrogara en el ISS de dicha carga, previo cumplimiento de los requisitos establecidos para tal efecto, más no perjudicar al trabajador; por el contrario, el propósito fue favorecerlo, para que ya no tuviera que prestar a un mismo empleador todo el tiempo de servicio requerido para la maduración del derecho, sino que pudiera sumar tiempos con distintos empleadores.

De ahí que el artículo 72 de la Ley 90 de 1946 dejó a salvo el derecho a la pensión a cargo del empleador hasta tanto se diera la subrogación por haberse cumplido el aporte previo para cada caso, así:

Artículo 72. Las prestaciones reglamentarias en esta ley, que se venían causando en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esta fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores.

Así las cosas, fuerza concluir por la Sala que el empleador debe reconocer esos tiempos de servicios con el valor correspondiente del cálculo actuarial, en los términos del literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, el cual se mantuvo igual luego de la reforma introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, sin que deba tenerse en cuenta si el contrato de trabajo estaba vigente o no a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, puesto que esta condición atenta contra los derechos adquiridos, reconocidos no solo de manera genérica en el artículo 58 de la Constitución, sino de forma específica en cuanto a la seguridad social con la reforma introducida al artículo 48 ibidem por el A.L. 01 de 2005, cuando señala que «en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos». Además, que esta reforma añadió al contenido normativo del artículo 48

> *superior el principio de efectividad de las cotizaciones y los tiempos laborados.*

Y respecto de señalar al Estado como responsable de no haber podido afiliar al actor reitera la Sala que:

> *No le asiste razón a la censura al señalar al Estado como responsable de no haber podido afiliar al actor durante la vigencia del contrato de trabajo, porque en ese período no había cobertura para el riesgo de vejez, pues ese no es el asunto que se discute en este caso, esto es, los efectos de una posible 'omisión' en la reglamentación para la subrogación del riesgo, sino su obligación como empleador de responder por el tiempo en que el trabajador le prestó sus servicios, cuando no existía cobertura del seguro social ni mecanismo dispuesto por el legislador para ello (CSJ SL1579-2022).*

Señala además la jurisprudencia que en otros escenarios se puede discutir la imprevisión del legislador en la reglamentación de la subrogación del riesgo al Seguro Social, escenario donde seguramente se analizarían, entre otros aspectos, el papel que jugó en este tema el representante de los empleadores en el Consejo Directivo del Seguro Social, organismo que tenía a su cargo la dirección administrativa, financiera y técnica de dicho instituto, a quien le correspondía presentar para la aprobación del Gobierno Nacional la ampliación de la cobertura de los diferentes riesgos en las diferentes regiones del territorio nacional – numeral 5, art. 9 Ley 90 de 1946 – y, en el mismo sentido, la posición de los empleadores frente a la financiación del seguro obligatorio de vejez (CSJ SL1579-2022).

En relación con el principio de confianza legítima:

Siguiendo lo expuesto en sentencia CSJ SL1579-2022, se precisa que:

> *"La Corte, en la sentencia CSJ SL 17300-2014, explicó que los valores superiores deben prevalecer a comportamientos simplemente ajustados a los mandatos legales:*
>
> *A juicio de la Sala, la obligación de pagar el cálculo actuarial por el período laborado antes de que se suscitara la obligación de afiliar al trabajador al sistema general de pensiones, no surge como la imposición de una sanción por un incumplimiento que no se ha presentado, sino en virtud de la aplicación de principios y valores superiores y de la interpretación en un contexto histórico de las reglas de derecho que han regulado la materia a través del tiempo.*
>
> *[…]*
>
> *Por demás, la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede tener tan drástica repercusión frente a derechos sociales y, si bien podría oponerse la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador, principios y valores de orden superior deben prevalecer en casos como el presente. (Subrayado fuera de texto)*
>
> *Asimismo, de tiempo atrás, la jurisprudencia de la Corte tiene adoctrinado que desde la expedición de la Ley 90 de 1946, a los empleadores les correspondía aprovisionar los recursos necesarios para cuando el seguro social fuera asumiendo, gradualmente, la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte. La sentencia CSJ SL 2584-2020, precisó:*

Al respecto, vale recordar que la obligación del pago de las pensiones de jubilación, estaba en cabeza de los empleadores antes de la creación del Instituto de Seguros Sociales. Por ello, cuando la Ley 90 de 1946 estatuyó el seguro social obligatorio, dispuso, en sus artículos 72 y 76, que esa entidad asumiría gradualmente el riesgo de vejez en aquellos sitios en los que iniciara su cobertura, para lo cual los empleadores debían realizar la provisión proporcional al tiempo que el trabajador había laborado y entregársela al instituto en tal momento, para efectos del reconocimiento del derecho pensional.

De modo que la carga pensional de jubilación continuó bajo la responsabilidad de los empleadores aun cuando no hubiera presencia del ISS en algunas zonas geográficas o frente a algunos sectores de industria; deber que se mantuvo con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que así se contempló en los artículos 259 y 260 de dicho estatuto.

De otra parte, el artículo 272 de la Ley 100 de 1993 permite que el tiempo de servicio prestado a empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, cuando no se encontraba vigente la relación laboral al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, se tenga en cuenta para acceder al derecho pensional, para lo que basta acudirse a los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política.

Recientemente, la Sala resaltó esa posibilidad de activar las garantías constitucionales en materia de seguridad social para hacer efectivos los derechos fundamentales de los trabajadores. Así lo indicó en sentencia CSJ SL220-2021:

Los argumentos vertidos en las sentencias en cita bastarían para declarar la improsperidad del cargo, sino fuera necesario añadir a lo ya argüido que la lectura de las normas relativas a la seguridad social debe hacerse desde una perspectiva constitucional, que consulte la característica fundamental de que a partir de la vigencia de la Carta de 1991 somos un Estado Social de Derecho (art. 1.˚ CN), entre cuyos fines esenciales se encuentran los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como los de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (art. 2.˚ CN).

Añádase a lo anterior que la seguridad social en particular fue definida a nivel constitucional como un servicio público de carácter obligatorio, sujeta a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (art. 48 CN); y que la Corte, en desarrollo de ese fenómeno de constitucionalización del derecho laboral y de la seguridad social, ha propuesto y materializado la reinterpretación de algunas normas de orden legal, preconstitucionales, para armonizarlas con el texto y el espíritu de la Carta del 91, cristalizando lo dispuesto en el artículo 93 en cuanto prevalecen en el orden interno los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que la interpretación de los derechos y deberes debe sujetarse a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Recuérdese, entonces, el Tribunal en su sentencia manifestó expresamente no desconocer los argumentos expuestos por la demandada tanto en la contestación del escrito inaugural, como en la alzada respecto de las normas que ahora se acusan como violadas, pero señaló que el criterio interpretativo de las mismas ya había sido establecido por la Corte

> *Suprema, a las cuales se agrega ahora un componente expreso de entendimiento constitucional.*
>
> *El eje fundamental y principal basamento de lo aquí discurrido es entender que el trabajo es la actividad sobre la cual descansa la construcción de la prestación pensional a lo largo de los años y que esa actividad se expresa en términos de tiempo de servicio o semanas cotizadas, que como ha dicho la Corporación en cuanto a los trabajadores subordinados, pueden haber sido sufragadas o no, porque siempre se podrá acudir a las herramientas o instrumentos que han sido diseñados con el propósito de obtener la financiación del derecho que potencialmente se vaya a reconocer: título pensional, bono pensional o cálculo actuarial.*
>
> *Así, distinguir entre trabajadores de un específico sector de la producción (petróleos), como lo pretende la censura, respecto de la generación de derechos de tanta trascendencia como lo es la pensión no se encuentra plausible, menos, cuando quiera que la afiliación obligatoria al sistema de seguridad de social vigente pende no de la propia voluntad del trabajador sino de la de las administradoras de los riesgos o aún, de la del empleador por efecto del ius variandi o de la cobertura operativa de los servicios de aquéllas.*

En consideración a lo anterior, concluye la Sala que Weatherford South América GMBH debe pagar a Colpensiones o al fondo de pensiones que se encuentre afiliado o escoja el promotor, el cálculo actuarial que por ésta se establezca, por los periodos determinados por la juzgadora de primera instancia teniendo en cuenta el salario devengado para cada periodo, y los topes máximos de cotización; correspondiéndole al demandante concurrir con el pago del porcentaje a su cargo, por ser obligaciones de ambas partes y no sólo del empleador, pues en la actualidad la contribución para construir la pensión es por cotizaciones en cabeza del trabajador y el patrono; sin que pueda beneficiarse aquél de eventuales prestaciones financiadas con los aportes realizados, cuando no ha contribuido con ellos, como lo dispone la ley, toda vez que esto implicaría un enriquecimiento sin justa causa, que no es fuente de obligación alguna (art. 1524 CC). No obstante, el empleador debe pagar el total del cálculo del aporte, quedando facultado para obtener el reembolso del aporte del trabajador, ya sea consensuado o mediante acción judicial, con miras a que el demandante pueda acceder a la prestación, por lo que se adicionará la sentencia de primera instancia en tal sentido.

SALARIO DEVENGADO

Como se dijo previamente, los períodos sobre los cuales la demandada debe proceder al pago del cálculo actuarial y el salario de liquidación son aquellos que determinó la juzgadora de primer grado, para lo cual se debe adoptar el sueldo

básico descrito por el mismo demandante en los hechos del libelo, que la pasiva aceptó al contestar; y pese a que, el actor sostuvo en el recurso, que el verdadero salario que se debe adoptar es el promedio que obra en las liquidaciones de prestaciones sociales de los vínculos laborales que celebró con la demandada, esto es, el valor que la empresa en su momento obtuvo como base para la liquidación de las cesantías, que, efectivamente, es una suma abiertamente superior, lo cierto es, que para la Sala no es posible adoptar esa base salarial, dado que no existe certeza de los factores salariales tenidos en cuenta por el empleador en ese instante para obtener ese salario promedio mensual, que se insiste es exponencialmente superior al salario básico, el cual, es un parámetro fijo y por lo menos consistente de la retribución en los periodos omitidos, y por ello, a ese valor debe ajustarse la liquidación correspondiente.

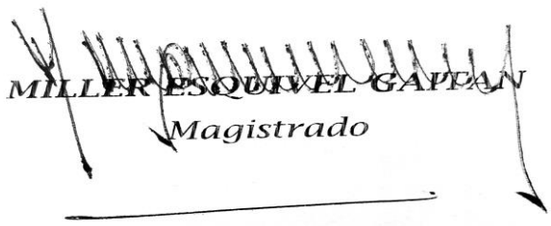
En tal sentido, se confirmará en ese punto la sentencia de primera instancia. No se impondrán costas en esta instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

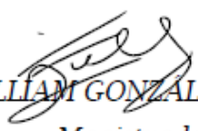
Primero.- Adicionar el ordinal primero de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que para la elaboración del cálculo actuarial se debe tener en cuenta, el salario básico devengado para cada periodo, y los topes máximos de cotización; correspondiéndole al demandante concurrir con el pago del porcentaje a su cargo. No obstante, el empleador debe hacer el total del cálculo del aporte, quedando facultado para obtener el reembolso del aporte del trabajador, ya sea consensuado o mediante acción judicial, con miras a que el demandante pueda acceder a la prestación.
Segundo.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada.
Tercero.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.



MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIA LUCY QUINTERO FITATA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y BRIGITTE LINA MEYER TELLEZ

En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de enero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada Michael Cortázar Camelo quien se identifica con C.C. No 1.032.435.292 y la T.P. No. 289.256 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

María Lucy Quintero Fitata, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y a Brigitte Lina Meyer Téllez, para que se declare la existencia de una relación laboral con esta última, vigente desde el 1˚ de mayo de 1996. En consecuencia, se condene a Brigitte Meyer a pagar a Colpensiones el cálculo actuarial por los periodos comprendidos del 01/05/1996 al 30/07/2007. De igual manera, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, a partir del 21 de noviembre de 2000, como beneficiaria del régimen de transición; junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 21 de abril de 1946; es beneficiaria del régimen de transición, ya que contaba con más de 35 años de edad a 1˚ de abril de 1994; desde 1979 hasta diciembre de 2018 acredita 837 semanas de cotización; desde el 1˚ de mayo de 1996 labora como trabajadora dependiente de Brigitte Meyer; esta empleadora no la afilió al sistema general de pensiones y tampoco efectuó los aportes correspondientes a los ciclos comprendidos del 01/05/1996 al 30/07/2007, que equivalen a 586,86 semanas; sumados los anteriores tiempos, totaliza 1.423 semanas de aportes; el 2 de mayo de 2019 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue negada mediante Resolución SUB 189689 del 19 de julio de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 03 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la solicitud presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de legitimación

en la causa por pasiva, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe de Colpensiones, y la innominada o genérica.

A su turno, Brigitte Lina Meyer Téllez, en legal forma y dentro del término legal, dio contestación al libelo inicial en escrito incorporado en el archivo 08 del expediente digital, oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó buena fe, inexistencia de la obligación, prescripción y compensación.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento (archivo 16 del expediente digital), ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que declaró que entre la demandante y Brigitte Lina Meyer existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente del 1° de enero de 1997 hasta el 30 de septiembre de 2019. Condenó a Brigitte Lina Meyer a efectuar los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones en favor de la actora por el periodo comprendido entre el 1° de enero de 1997 y el 31 de julio de 2007, previo cálculo actuarial que realice Colpensiones con base en el smlmv para cada año. Condenó a Colpensiones a pagar la pensión de vejez de María Lucy Quintero a partir del 1° de octubre de 2019, en cuantía equivalente a un smlmv, en 14 mesadas anuales; cuyo retroactivo causado a 31 de agosto de 2022 asciende a la suma de $37.321.070,oo. Autorizó a Colpensiones a descontar los aportes que deben efectuarse al sistema de seguridad social en salud. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a la demandada Brigitte Lina Meyer.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Brigitte Lina Meyer argumentó que la actora no probó la prestación personal del servicio por el tiempo reclamado. Agregó que, el hecho de haber efectuado unas cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, no implica la existencia de un vínculo laboral.

Por su parte, Colpensiones manifestó que no hay sustento probatorio que permita declarar la existencia del contrato de trabajo reclamado por la accionante. Solicitó que el estudio de la pensión de vejez se condicione al pago del cálculo actuarial por parte de Brigitte Lina Meyer.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia señalando que no se le puede endilgar culpa alguna a esta entidad por la omisión en el pago de aportes en caso que se llegue a probar la existencia de un contrato laboral entre las partes. Indicó que la accionante no acredita los condicionamientos para acceder a la pensión de vejez pretendida.

La demandada Brigitte Lina Meyer Téllez también presentó alegatos reiterando lo dicho en el recurso de apelación.

La demandante presentó alegatos de conclusión solicitando que se confirme la decisión de primer grado.

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

De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, atendiendo las razones expuestas en las respectivas sustentaciones.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

La demandada Brigitte Lina Meyer Téllez manifestó en su recurso de apelación que la parte actora no cumplió con la carga de demostrar la prestación personal del servicio en el periodo comprendido entre el 1° de enero de 1997 y el 31 de julio de 2007.

Para resolver lo pertinente, cumple recordar que el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: "es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración", siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art. 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurran los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato". De otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia del contrato de trabajo quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal. Sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).

Sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades que impera en materia laboral, según el cual en caso de discordancia entre lo que surge de los documentos y lo que emerge de los hechos, se le da prevalencia a estos últimos, esto es, lo que sucede en el terreno de los hechos, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia y que se constitucionalizó en 1991 (art. 53 de la CP).

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegiado a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo.

Fue aportada una certificación expedida por la EPS Famisanar SAS el 11 de enero de 2019, en la que se observan cotizaciones ininterrumpidas efectuadas en favor de la actora desde el 1° de enero de 1997 hasta enero de 2019, por parte de Brigitte Lina Meyer Téllez.

La demandada Brigitte Lina Meyer Téllez, al absolver interrogatorio de parte, aceptó la existencia de un contrato de trabajo con la actora desde el 2007 hasta el 2019, en virtud del cual esta última desarrolló labores de aseo y cocina, efectuándose los correspondientes aportes pensionales. Aseguró que la accionante trabajó con unas familiares suyas de nombres Yolanda Téllez de Meyer (ya fallecida) y Miriam Téllez, y también laboró para la empresa Hospimedics SA, de la cual la accionada es representante legal; aunque manifestó no recordar las fechas precisas de estas vinculaciones.

La promotora de litis, al absolver interrogatorio de parte, afirmó que trabajó con Hospimedics SA desde 1992 hasta 1996, y también desarrolló actividades para las señoras Yolanda Téllez y Miriam Téllez. Indicó que desarrolló actividades para Brigitte Lina Meyer Téllez desde el 2007 hasta el 2019.

Así, con los medios de convicción anteriormente reseñados, es claro para la Sala que no se logró acreditar la prestación personal del servicio por parte de la demandante en favor de Brigitte Lina Meyer Téllez por el lapso reclamado, esto es, desde el 1° de enero de 1997 hasta el 31 de julio de 2007, lo que de suyo impide que surja la presunción de tipo legal de existencia del contrato de trabajo peticionado; asistiéndole razón a esta demandada en su apelación. En efecto, recuérdese que fue la misma accionante quien, al absolver interrogatorio de parte, aceptó que desarrolló actividades para Brigitte Lina Meyer Téllez desde el 2007 hasta el 2019 y que, con anterioridad, prestó sus servicios personales en favor de otras de personas (Hospimedics SA, Yolanda Téllez y Miriam Téllez), quienes no fueron convocadas al proceso.

Ahora, en lo que respecta a los aportes efectuados con destino al sistema de seguridad social en salud, de los cuales el a quo derivó la prestación personal del servicio de la actora, cumple indicar que de antaño la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que la afiliación de una persona al sistema general de seguridad social por un periodo determinado "no es suficiente para demostrar la existencia del contrato de trabajo al ser ello apenas un <mero indicio de ese tipo de vinculación>, no resulta un razonamiento equivocado, habida consideración que como lo ha reiterado la Corte de tiempo atrás <…el hecho de la afiliación al seguro social, no demuestra por sí sólo el contrato de trabajo, pues para la estructuración de este, se requiere la coexistencia de los elementos del contrato de trabajo> (Sentencia del 18 de marzo de 1994, radicado 6261)"; posición reiterada, entre otras, en sentencias con radicación No. 24313 del 10 de marzo de 2005 y No. 32735 del 28 de mayo de 2008 .

Y es que, frente a la certificación de aportes efectuados a la EPS Famisanar SAS, Brigitte Lina Meyer Téllez manifestó que, entre 1996 y 2007, la accionante laboró para su progenitora (Yolanda Téllez) y para Hospimedics SA; y ésta podría ser la causa de esos aportes. Adicionalmente, María Lucy Quintero Fitata refirió que trabajó con Miriam Téllez, Hospimedics SA, Yolanda Téllez y en los últimos años con Brigitte Lina Meyer Téllez, sin recordar con exactitud las fechas de esas vinculaciones, añadiendo que antes de 2007 "de pronto estaba trabajando con Miriam o con la señora Yolanda", y que estas dos señoras no la afiliaron al sistema de seguridad social.

Por lo que, teniendo como base estas manifestaciones, es claro que los aportes efectuados al sistema de seguridad social en salud no pueden tenerse como demostración de la prestación personal del servicio por parte de la actora en favor de Meyer Téllez por el periodo comprendido entre el 1° de enero de 1997 y el 31 de julio de 2007. En este sentido, se hace preciso recordar que es la demandante quien tenía la carga de probar esa prestación personal del servicio, de conformidad con el artículo 167 del CGP, al cual nos remitimos por disposición expresa del artículo 145 del CPTSS, sobre lo cual la Honorable Corte Suprema de Justicia de vieja data ha manifestado:

> *"Sabido es que en materia probatoria es principio universal el de que quien afirma una cosa es quien esta obligado a probarla. La vieja máxima: Onus probandi incumbi actori, a través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas ha sido tenida conforme con la razón y con los más elementales dictados de la justicia. Siendo la prueba el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades, es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad judicial pueda calificarla (casación de 31 de mayo de 1947).*

Y en caso de no cumplir con esta carga procesal, la parte reclamante ha de correr con las consecuencias negativas por su inactividad o negligencia, que no es otra que no acceder al derecho reclamado. Por lo anteriormente expuesto, se revocará la decisión de primer grado en este punto para, en su lugar, absolver a Brigitte Lina Meyer Téllez de todas las pretensiones formuladas en su contra.

PENSIÓN DE VEJEZ

Siguiendo con el análisis de los problemas jurídicos planteados, es de precisar que en el sub examine la actora demanda el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año; entonces, es cuestión primordial establecer si se encuentra inmersa en el régimen contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, el artículo en mención estableció un régimen de transición para las personas que a la entrada en vigencia de dicha normatividad tuvieran 35 años siendo mujeres o 40 siendo hombres o 15 años de servicios; requisito que cumple la demandante toda vez que, para la entrada en vigencia de la referida ley, esto es, el 1° de abril de 1994, contaba con 47 años de edad, pues nació el 21 de abril de 1946, tal y como se observa en la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 01 del expediente digital). Por lo que no existe duda que su situación pensional debe ser analizada bajo la óptica del Acuerdo 049 de 1990, por haber prestado sus servicios en el sector privado y haber estado afiliada al régimen de prima media administrado por Colpensiones, desde el año 1986. Tampoco es objeto de reparo que la edad de 55 años a la que refiere el artículo 12 del mentado acuerdo la cumplió el 21 de abril de 2001.

Ahora, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 exige como requisito para acceder a la prestación pensional 500 semanas de aportes dentro de los 20 años inmediatamente anteriores al cumplimiento de la edad mínima exigida o 1000 en cualquier tiempo. Así, la Sala constata que la accionante tan sólo acredita 269,43 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima (21 de abril de 1981 a 21 de abril de 2001) y 637 semanas hasta el 31 de diciembre de 2014, que resultan insuficientes para acceder al derecho pretendido.

Aunado a lo anterior, se observa que el último aporte pensional de la accionante se efectuó para el ciclo junio de 2019, completando 868 semanas de cotización, por lo que tampoco acredita los condicionamientos para acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003.

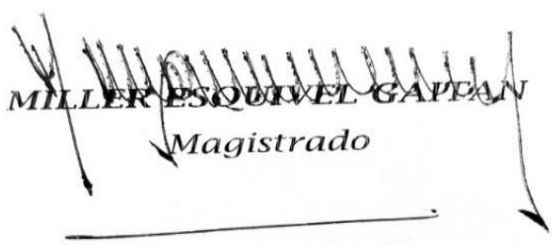
En consecuencia, se revocará de sentencia apelada y, en su lugar, se absolverá a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, absolver a las demandadas de todas las pretensiones formuladas en su contra.*
Segundo.- *Sin costas en esta instancia. Las de primer grado estarán a cargo de la demandante.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE YACQUELINE LOZANO NEIRA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA; LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA

En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de enero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Skandia SA, Colpensiones y Porvenir SA contra la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta contra aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Yacqueline Lozano Neira, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir SA, Protección SA y Skandia SA, para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, así como de los traslados horizontales efectuados entre AFP, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a la AFP Protección SA a trasladar a Colpensiones los aportes contenidos en su cuenta de ahorro individual, incluyendo los gastos de administración descontados; debiendo Colpensiones aceptar dichas sumas y activar su afiliación en el RPMPD. De igual manera, se condene a Protección SA a pagar 50 salarios mínimos de que trata el artículo 13 literal b y 271 de la Ley 100 de 1993. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: al inicio de su vida laboral estuvo vinculada en el RPMPD; el 20 de junio de 1996 se trasladó a la AFP Protección SA; el asesor de esa AFP no le brindó información respecto de las características, ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional; el 18 de julio de 2019 solicitó ante Protección SA su desvinculación del RAIS, obteniendo respuesta negativa el 31 de julio de 2019; asimismo solicitó ante Colpensiones su afiliación al RPMPD, pero esta entidad negó su solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 5 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la inicial vinculación de la actora al RPMPD, su traslado al RAIS, la solicitud presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al régimen de prima media con prestación definida, error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la genérica.

A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 20 del expediente digital); no aceptó ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

A su turno, Skandia SA en oportunidad contestó oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 19 del expediente digital); no aceptó ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal – falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe, y la genérica.

Skandia SA llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros SA (archivo 23 del expediente digital); quien contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda y del llamamiento en garantía. Propuso las excepciones que denominó el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a Skandia SA, prescripción de la acción de nulidad, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional, y la genérica.

Pese a que fue debidamente notificada, Protección SA no presentó escrito de contestación en término, razón por la cual mediante auto del 19 de marzo de 2021 se le tuvo por no contestada la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 40 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, el 20 de junio de 1996, por intermedio de Protección SA. Condenó a las AFP Porvenir SA, Protección SA y Skandia SA a devolver a Colpensiones todos las cotizaciones recibidas integralmente con motivo de la afiliación de la demandante, debidamente indexadas, concediéndoles para el efecto el término de 30 días. Absolvió a la llamada en garantía de todas las pretensiones formuladas en su contra. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Protección SA y en favor de la demandante. Asimismo, condenó en costas a Skandia SA en favor de Mapfre Colombia Vida Seguros SA.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA argumentó que el traslado de régimen pensional de la actora se dio de manera válida, libre, voluntaria, informada y con apego a la normatividad vigente, por lo que no existen razones de hecho ni de derecho para declarar la ineficacia del traslado. Indicó que la devolución de rendimientos es incompatible con la declaración de ineficacia y que ha actuado como agente oficioso involuntario. Solicitó la aplicación de la figura de las restituciones mutuas. Aseguró que las primas de seguros previsionales fueron trasladadas a las aseguradoras, por lo que se presenta una imposibilidad material para su devolución. Finalmente, manifestó que no es procedente la indexación de las sumas, ya que los rendimientos generados impidieron la pérdida de poder adquisitivo.

Skandia SA manifestó que los aportes de la accionante no se encuentran en su poder, en virtud del traslado horizontal realizado; aunado a esto, las primas de seguros previsionales fueron giradas a la aseguradora, quien brindó la correspondiente cobertura, lo que impide su devolución y, en caso de confirmarse esta condena, debe ser la llamada en garantía quien responda por ella. Indicó

que tampoco es posible devolver los gastos de administración, los cuales fueron descontados por disposición legal y como contraprestación por la gestión realizada, en virtud de la cual se generaron altos rendimientos. Finalmente, aseguró que la indexación de las sumas no fue solicitada en la demanda, por lo que la condena en este sentido configura violación al debido proceso.

Colpensiones indicó que el traslado de régimen pensional de la actora goza de plena validez, y actualmente se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003. Dijo que la demandante incumplió con sus obligaciones como consumidora financiera, al no informarse sobre su situación pensional. Aseguró que el tiempo de permanencia de la accionante en el RAIS ratificó su escogencia de este régimen.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presento alegatos en instancia reiterando los argumentos planteados en su recurso de apelación.

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

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por las demandadas al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por cuanto es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 58 años de edad, en tanto nació el 3 de febrero de 1964, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 1 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda

que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 20 de junio de 1996, con destino a la AFP Protección SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN – CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "el asesor de esa AFP no le brindó información respecto de las características, ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de

Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, Rad. 56174, 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

> *"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.*
>
> *Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.*
>
> *Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
>
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*
>
> *La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
>
> *La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
>
> *Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*
>
> *Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."*

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Protección SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 20 de junio de 1996 y no si existió vicios del consentimiento. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

La demandante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que en 1996 fue visitado en su sitio de trabajo por unos asesores de Protección SA, quienes le manifestaron que al trasladarse a esta AFP tendría una mesada pensional mayor a la que obtendría en el RPMPD, además le manifestaron que el ISS se iba a acabar y por tal razón suscribió el formulario de afiliación, el cual se encontraba previamente diligenciado.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Protección SA, al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Al respecto, cumple precisar que las manifestaciones relativas a que "se pensionaría con una mesada más alta", no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que expresiones de este tipo no son válidas cuando la persona desconoce la incidencia que éstas puedan tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa

y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo éstas impactan su proyección pensional. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Sobre el particular, cabe señalar que, contrario a lo indicado por Colpensiones en su apelación, no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 20 de junio de 1996, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Protección SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual "hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones" no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Protección SA conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su

selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, "dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (…)" por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

> *"Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.*
>
> *Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes."*

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por Colpensiones relativas a que la actora incumplió sus obligaciones como consumidora financiera; ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado. Fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por las AFP recurrentes, relativos a que estos valores fueron descontados por disposición legal, como contraprestación por la

gestión adelantada, o no se encuentran en su poder; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; lo que torna en improcedente la aplicación de las restituciones mutuas. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

> *Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción 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 de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*
>
> *Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

De conformidad con el criterio jurisprudencial antedicho, resulta claro que corresponde a Skandia SA asumir, con cargo a su propio patrimonio, lo descontando por concepto de gastos de administración, en los que se incluye el valor del seguro previsional; como acertadamente lo concluyó el a quo. Imponiéndose confirmar la absolución impartida respecto de la llamada en garantía, ya que "Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe

asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C." (Sentencia del 9 de septiembre de 2008 con radicado No. 31989).

En lo que respecta a la inconformidad planteada por Porvenir SA frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y por ello la necesidad de traerlos a valor presente; además sobre los aportes si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido por el a quo. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos; lo que impone modificar la decisión apelada y consultada en este punto.

Adicionalmente, cumple precisar que si bien la indexación de las sumas no hizo parte de las pretensiones de la demanda, también es cierto que su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada. Así lo adoctrinó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia Sl359-2021:

> *"[…] la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla*

> *como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito."*

Siguiendo con el análisis del problema jurídico, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, dada las consecuencias de dicha declaratoria, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP, incluidos los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos, así como los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta a la condena impuesta a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con "desequilibrios pensionales", entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se modificará la decisión apelada y consultada, en los términos previamente señalados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

***Primero.-** Modificar el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que la indexación opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el evento de que las AFP no pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo concedido por el a quo; conforme a lo considerado.*
***Segundo.-** Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*
***Tercero.-** Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir SA y Skandia SA. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $800.000,oo a cargo de cada una de ellas por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANA MARIA PUERTO SOSA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA

En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de enero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada Protección SA contra la sentencia proferida el 15 de julio de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Ana María Puerto Sosa, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Protección SA, para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Protección SA a trasladar a Colpensiones el capital contenido en su cuenta de ahorro individual, incluidos rendimientos, bonos y/o títulos pensionales; debiendo Colpensiones recibir dichos dineros y activar su afiliación en el RPMPD. En subsidio peticionó que se condene a Protección SA al pago de una mesada pensional equivalente a la que correspondería en el RPMPD, desde la fecha de causación del derecho. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 28 de abril de 1958; realizó cotizaciones al ISS el 1° de julio de 1978; el 29 de abril de 1999 suscribió formulario de afiliación a Protección SA; el asesor de la AFP accionada omitió brindarle información suficiente, clara y oportuna respecto de las características, ventajas y desventajas de uno y otro régimen; el 14 de noviembre de 2009 el ISS le informó que no podía realizar traslado de régimen pensional ya que le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse; el 28 de junio de 2016 Protección SA le informó sobre el reconocimiento de la garantía de pensión mínima; su ingreso base de cotización es $1.906.215,oo; la mesada pensional que le correspondería en Colpensiones equivaldría a $1.336.592,oo; solicitó ante las demandadas la anulación de su afiliación y su traslado al RPMPD, obteniendo respuestas negativas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 1 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, el traslado a la AFP Protección SA, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inoponibilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la

seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la genérica.

A su turno, Protección SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 4 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación inicial al RPMPD, el reconocimiento de la garantía de pensión mínima y la solicitud presentada ante esa AFP; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la genérica.

Protección SA presentó demanda de reconvención (archivo 5 del expediente digital) en la que peticionó que, en caso de prosperar las pretensiones de la demanda, se condene a la accionante a reintegrar todos los valores recibidos por concepto de mesadas pensionales desde el 16 de agosto de 2016.

Mediante auto del 24 de junio de 2021 se ordenó vincular al trámite al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 10 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y el reconocimiento de la garantía de pensión mínima; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó falta de ejercicio de la facultad de regresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones, la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, validez y eficacia del traslado de régimen no puede sustentarse en la realización o no de una proyección pensional, la oficina de bonos pensionales del Ministerio

de Hacienda y Crédito Publico ya cumplió con la emisión y redención del bono pensional de la señora Ana María Puerto Sosa, y la señora Ana María Puerto Sosa es beneficiaria de una pensión de vejez (garantía de pensión mínima) situación que impide su retorno a Colpensiones.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 23 del expediente digital) en la que declaró probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y no probadas las formuladas por Protección SA. Condenó a Protección SA a reconocer y pagar a la demandante, a título de perjuicios, una pensión de vejez en las mismas condiciones en que hubiese sido reconocida en el RPMPD, como beneficiaria del régimen de transición, en cuantía inicial de $1.725.891,oo, junto con los incrementos anuales y de manera vitalicia; retroactivo que calculado al 30 de junio de 2022 asciende a la suma de $88.892.717,oo. Autorizó a Protección SA a descontar del retroactivo pensional los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud. Absolvió a Colpensiones y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público de todas las pretensiones de la demanda. Condenó en costas a Protección SA.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Protección SA interpone recurso de apelación argumentando que la accionante ostenta la calidad de pensionada desde el año 2016, bajo la modalidad de garantía de pensión mínima, previo a lo cual recibió asesoría sobre las modalidades de pensión y optó voluntariamente y de manera libre por una prestación propia del RAIS. Agregó que no se acreditó la conducta o hecho culposo imputable a Protección SA, tampoco se demostró el perjuicio causado, ni el nexo causal entre la conducta y el perjuicio. Indicó que se deben diferenciar dos momentos clave: el primero, cuando la accionante decidió trasladarse de régimen pensional; y el segundo, cuando optó por la modalidad de pensión en el RAIS, siendo este último el que interesa de cara al análisis de la indemnización de perjuicios, y respecto del cual no se verifica un actuar culposo por parte de la AFP. Añadió que la demandante no presentó juramento

estimatorio y que la condena al pago de un mayor en la mesada desconoce las diferencias existentes entre los regímenes pensionales. Dijo que se encuentra probada la excepción de prescripción, ya que han transcurrido más de 3 años desde el momento en que la accionante adquirió la calidad de pensionada. Por último, solicitó que se condene a la accionante a la devolución de las sumas pagadas por concepto de mesadas pensionales, como compensación.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la sentencia de primer grado.

La parte demandante también presentó alegatos en esta instancia peticionando que se confirme la decisión del a quo, aduciendo que la AFP accionada incumplió con su deber de información, por lo que es necesario que se repare el daño causado.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Protección SA al momento de sustentar su recurso de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en el presente asunto quedó acreditado que: i) el 9 de mayo de 1999, la demandante se trasladó del RPMPD administrado por el entonces ISS, hoy Colpensiones, al RAIS administrado por la AFP Protección SA; ii) mediante comunicación del 28 de junio de 2016 Protección SA reconoció a Ana María Puerto Sosa una pensión de vejez con garantía de pensión mínima, a partir del 1˚ de junio de misma anualidad, en cuantía inicial de $689.455,oo; y iii) quedó establecido en primera instancia, sin que fuera objeto de reproche en la alzada, el incumplimiento en el deber de información

por parte de la AFP accionada al momento del traslado de régimen pensional de la accionante.

Así, corresponde a la Sala verificar si es procedente el reconocimiento de perjuicios a cargo de la AFP Protección SA.

Para resolver el interrogante, sea lo primero recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no es posible la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de quienes ya tienen la calidad de pensionados, como es el caso de la accionante, porque frente a ese grupo, en particular, no es viable retrotraer el estado de las cosas al punto en que se encontraban antes de dicho cambio, entre otras razones, porque ya hay situaciones consolidadas y podría afectarse a terceros de buena fe, y sólo procedería el resarcimiento de perjuicios, siempre y cuando se hayan reclamado, probado y no estén prescritos. Así lo señaló en la sentencia CSJ SL373-2021, posición reiterada, entre otras, en sentencias SL1498-2022, SL1496-2022, SL1497-2022, SL959-2022 y SL3871-2021.

Concretamente, ese máximo Tribunal explicó en la sentencia CSJ SL373-2021, lo siguiente:

> *"Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.*
>
> *El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.*
>
> *En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento".*

En similar sentido se pronunció en la sentencia SL3535-2021:

> *"Por consiguiente, siempre que dicha pretensión sea plasmada en la demanda -lo que en este caso no ocurrió-, bien podría el juez ordenar a título de indemnización de perjuicios el pago a cargo de la AFP de la diferencia entre la prestación reconocida en el RAIS y*

> *aquella que hubiese tenido en el RPMPD. Esto es, imponer el pago de una renta periódica en los mismos términos en que lo habría hecho el régimen de prima media con prestación definida, tanto para el pensionado como para sus potenciales beneficiarios, ordenando compensar o restituir todo aquello a lo que haya lugar".*

Precisado lo anterior, es menester recalcar que en el sub lite, desde el libelo genitor, se solicitó el reconocimiento de los perjuicios causados, que se concretan en el pago de la mesada pensional en la cuantía que correspondería en el RPMPD; pretensión que quedó incluida en la fijación del litigio, lo que habilita su estudio por parte de esta Sala.

Ahora, habida cuenta que nos encontramos frente a un régimen de responsabilidad subjetivacontractual por culpa probada, al que se llega por vía de aplicación supletoria del artículo 19 del CST, resulta oportuno traer a colación los predicamentos que en torno al daño ha esbozado con solvencia la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (SC282-2021/2008-00234-01), en cuyos apartados pertinentes expresa:

> *"El daño, como el elemento nuclear de la responsabilidad, consiste en el menoscabo que la conducta dañosa del victimario irroga al patrimonio, sentimientos, vida de relación o bienes de especial protección constitucional de la víctima.*
>
> *Se trata de «una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vistajurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal,a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio» (CSJ, SC10297, 5 ag. 2014, rad. n.° 2003-00660-01; reiterada SC2758, 16 jul. 2018, rad. n.° 1999-00227-01).*
>
> *En otras palabras, «es 'todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad'» (SC16690, 17 nov. 2016, rad. n.° 2000-00196-01).*
>
> *2.1.2. Para que el daño sea susceptible de ser reparado se requiere que sea «'directo y cierto' y no meramente 'eventual o hipotético', esto es, que se presente como consecuencia de la 'culpa' y que aparezca 'real y efectivamente causado' (Sentencias de 26 de enero de 1967 (CXIX, 11-16) y 10 de mayo de1997, entre otras)» (SC, 27 mar. 2003, exp. n.° C-6879); asimismo, debe afectar un interés protegido por el orden jurídico (SC13925, 30 sep. 2016, rad. n.° 2005-00174-01).*
> *(…)*
> *El principio de reparación integral propugna porque la víctima de un daño sea restablecida a la situación en que se encontraría de no haber sufrido el agravio, de suerte que se mantenga indemne de las consecuencias negativas del hecho culposo. Por tanto, «[e]l resarcimiento no puede superar la pérdida efectiva, ni generar una ventaja para el damnificado».*
>
> *La Corte, refiriéndose a este principio, ha ordenado «que al afectado por daños en su persona o en sus bienes, se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior…, y por eso, acreditada la responsabilidad civil, el juez 'tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio» (SC, 18 dic. 2012, rad.n.° 2004-00172-01, reiterada en SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.° 2009-0014-01)".*

Bajo los anteriores derroteros, procede la Sala a verificar si se ha ocasionado un daño que deba repararse, lo que en efecto acontece, puesto que, en lo concerniente al traslado de régimen pensional de la actora, quedó establecido por el fallador de primer grado la omisión en el deber de información por parte de la AFP Protección SA al momento de la suscripción del formulario de afiliación, conclusión que no mereció reparo alguno por parte de la recurrente; lo que da lugar a dar por acreditada la culpa de la AFP convocada a juicio.

Esta falta de información cualificada por parte de Protección SA, que determinó la afiliación, traslado y permanencia de la actora en el RAIS, y su consecuente reconocimiento jurídico del estatus de pensionada con el pleno y satisfactorio disfrute pensional, causó un daño directo, cierto, real y efectivo en la liquidación del ingreso base y en el monto de la mesada pensional, lo que en efecto logra extraerse del plenario, dado que la actora antes de trasladarse a Protección SA era beneficiaria del régimen de transición, por contar con 35 años de edad al 1° de abril de 1994, en razón de haber nacido el 28 de abril de 1958 (fl. 13), pese a que no contaba con los 15 años de servicio o semanas cotizadas a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.

A la par de lo anterior, para el 31 de diciembre de 2001, ya completaba 756,13 semanas, es decir, que hubiera seguido conservando el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, en observancia a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005; así mismo, para el mes de diciembre de 2014 contaba con más de 1.400 semanas en toda su vida laboral, hecho que al no haberse ponderado para la fecha en que suscribió el formulario de afiliación a la AFP accionada, significó la pérdida de oportunidad de acceder a un mayor valor en su mesada pensional, en tanto que, de haber continuado en el RPMPD, le hubiese correspondido una mesada con una tasa de reemplazo del 90% del IBL, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, situación que evidentemente le significaría un mayor monto de la mesada pensional de la que le fue otorgada por Protección SA a partir del 1° de junio de 2016, y, en este orden de ideas, se configura el elemento base constitutivo de la responsabilidad en cabeza de la AFP, como lo es el daño, con su particular carácter de ser "directo y cierto" y no simplemente "eventual o hipotético".

En este punto, vale la pena memorar lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL373-2021), frente a la concreción del daño, al resaltar que "el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado", lo que en efecto se presenta en el sub examine, pues la falta del deber de información detallada e íntegra por parte de la AFP previo al momento del traslado de régimen pensional, determinante de su consentimiento, su permanencia y pleno y satisfactorio disfrute de la pensión, privó a la accionante de la oportunidad de pensionarse con mejores condiciones en el régimen de prima media con prestación definida, visto que en el ámbito de la responsabilidad subjetiva se denomina "pérdida de oportunidad" como daño reparable, dentro de las siguientes condiciones:

> *"La Sala, asimismo, en oportunidad reciente, se refirió a "la pérdida de una oportunidad" como "la frustración, supresión o privación definitiva de la oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro o, para evitar una desventaja, pérdida o afectación ulterior del patrimonio" y luego de hacer mención de las diferentes tesis que plantea la doctrina respecto de la naturaleza del detrimento que se estudia, concluyó que "[a]l margen de la problemática precedente, la pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual. (Sentencia del 01 de noviembre de 2013, ref: 08001-3103-008-1994-26630-01, Sala de Casación Civil)"*

Así las cosas, se advierte la presencia de la tríada de elementos constitutivos de la responsabilidad subjetiva, esto es, una culpa probada de la AFP accionada, un daño directo y cierto, y un nexo causal entre los dos primeros elementos; de lo que se colige la viabilidad de la indemnización de perjuicios, imponiéndose confirmar la decisión del a quo en este punto; no sin antes señalar que el perjuicio ocasionado como consecuencia de la falta al deber de información se traduce en la diferencia pensional que le correspondería entre la prestación que hubiese recibido en el RPMPD con la mesada pensional que actualmente recibe en el RAIS.

Por otra parte, en lo relativo al juramento estimatorio contemplado en el artículo 206 del CGP y que a juicio del recurrente debe ser observado en este tipo de procesos, advierte la Sala que dicha norma no resulta aplicable comoquiera que la indemnización que fue solicitada por la demandante corresponde a una figura propia de la seguridad social, pretensión que se rige por la normativa contemplada en el CPT y SS, compendio que no exige para la solicitud de indemnizaciones dicha figura.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

En lo que respecta a esta excepción, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL373-2021) ha dicho que el término de prescripción de la acción debe contarse desde el momento en que se adquiere el estatus jurídico de pensionado, vale decir, desde el momento en que el daño es perceptible en toda su magnitud, lo que ocurre cuando se entra en el disfrute pleno y satisfactorio de la prestación, momento en el cual el afiliado tiene el conocimiento exacto y cierto de que el IBL y el monto de la pensión no corresponde con el ofrecimiento realizado a la sazón de la afiliación y traslado de régimen pensional, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias que pudiera haber advertido el afiliado, que su mesada pensional iba a ser menor a la que le hubiere correspondido de haber continuado o retornado dentro de los parámetros legales al RPMPD.

De los anteriores lineamientos jurisprudenciales, cumple afirmar que el daño producto de la falta al deber de información se exterioriza o concreta con la finalización de la circunstancia fáctica generante del daño una vez se adquiere la calidad de pensionado y se entra en el pleno disfrute pensional, es decir, que se puede estar ante un daño de carácter continuado, dado que los efectos o consecuencias de la omisión al deber de información sólo vienen a materializarse a través del tiempo y advertirse al momento en que se adquiere la calidad de pensionado, esto es, desde la perpetración del acto o hecho, fuente generatriz del daño, como lo tiene dicho la jurisprudencia civil (STC 8885-2016), y, en consecuencia, es a partir de allí que se debe contar el término de prescripción para incoar la acción de reparación del daño o indemnizatoria de perjuicios.

En armonía con lo anterior, observa la Sala que la accionante adquirió la calidad de pensionada el 1˚ de junio de 2016, circunstancia que le fue notificada sólo hasta el 5 de agosto de 2016 (fl. 48), lo que determina que tenía hasta el 5 de agosto de 2019 para interrumpir la prescripción o acudir a la vía judicial a demandar la reparación deldaño o la indemnización de perjuicios que aquí persigue, lo que en efecto aconteció con la reclamación presentada el 23 de julio de 2019 (fl. 56) y la radicación de la demanda en fecha 26 de noviembre de 2019 (acta de reparto, fl. 67); por lo que es claro para la Sala que en el presente asunto no operó el fenómeno prescriptivo, al no haber transcurrido el plazo de 3 años

de que tratan los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, por lo que habrá de confirmarse la decisión recurrida en este tópico.

COMPENSACIÓN

Finalmente, considera la Sala que no le asiste razón a la recurrente en lo que respecta a la compensación peticionada, pues no se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 1714 y s.s. del C.C. al advertir que el medio exceptivo procede cuando dos personas son deudoras una de la otra, operando entre ellas una compensación que extingue ambas deudas; sin que se verifique deuda en cabeza de la accionante y en favor de la AFP Protección SA.

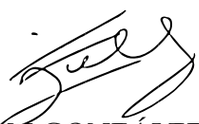
Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

***Primero.-** Confirmar la sentencia apelada.*
***Segundo.-** Costas en esta instancia a cargo de Protección SA. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $800.000,oo por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado