



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105039201800415-01

En Bogotá D.C., a los 14 días de julio de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Entonces, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ANA MARISOL DAZA SUAREZ y JOSE IGNACIO CORTES PEÑA contra el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

ANTECEDENTES

ANA MARISOL DAZA SUAREZ Y JOSE IGNACIO CORTES PEÑA promueven demanda en contra del FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, para que previa declaratoria que en su calidad de padres del causante, señor JHON FREDDY CORTES DAZA, les asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, se orden su pago a partir del 24 de septiembre de 2017, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, la indexación y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, relataron que, JHON FREDDY CORTES DAZA, su hijo, nació el 13 de diciembre de 1995, cotizó a PORVENIR, falleció el 24 de septiembre de 2017, momento para el cual laboraba para Cemex S.A acumulando 1 año y 3 meses quien lo tenía afiliado a esa AFP; era quien los sostenía económicamente ya que no contaban con un empleo formal, por lo que ante su deceso solicitaron a la demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la que les fue negada con el argumento de no acreditar la dependencia económica. (fls 3-14)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demanda fue contestada en escrito de folios 36 a 45 por PORVENIR quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su

contra, en cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con la afiliación del causante y la solicitud pensional y respuesta brindada a sus padres, manifestando no constarle los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; cobro de lo no debido e incumplimiento de los requisitos legales para acceder a la prestación económica; buena fe de Porvenir S.A; compensación; prescripción y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 22 de agosto de 2019 resolvió declarar que los demandantes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en porcentaje del 50% cada uno reconocida a la luz de la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003, la cual debe ser cancelada por la demandada, a partir del 25 de septiembre de 2017 en cuantía equivalente al SMLMV, por trece mesadas anuales, con los reajustes de ley; junto con los intereses moratorios contados desde el 15 de febrero de 2018; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la demandada incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$800.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación¹ para que se revoque la totalidad de condenas,

¹ "Perfecto, su señoría, de manera respetuosa me permito presentar el recurso de apelación y ante los honorables magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, sala laboral y en cumplimiento de las normas adjetivas que rigen el recurso en mención, me permito sustentarlo en los siguientes términos: Señores magistrados, como lo he venido manifestando y así se expresó al juez de primera instancia, para mi representada no se cumple el requisito por parte de los demandantes para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del afiliado como al que se refiere precisamente el literal del artículo 3 de la ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la ley 100 del 93. Como efectivamente mi representada ha sido insistente a lo largo de todo este proceso, lo que ha sido claro es que no existe para el caso que nos ocupa una dependencia total y absoluta, aunque lo que sí se nota es que si bien aclaro, la norma que acabo de mencionar no exige efectivamente una dependencia total y absoluta, pero sí exige una dependencia económica que le impide precisamente a los padres del fallecido subsistir en condiciones de vida digna y así como los honorables magistrados lo conocen, lo cita la Corte Constitucional en la sentencia C-111 del 2006. De ahí quiero referirme que si se acredita que los padres del causante no tenían una relación de subordinación material, en términos cualitativos, frente al ingreso que en vida les otorgaba su hijo, en aras de preservar su derecho al mínimo vital, es claro que no tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, pues se entiende que gozan de independencia económica para salvaguardar dicho mínimo existencial, y es que, señores magistrados, para mi representada es innegable efectivamente que lo que aportaba el afiliado fallecido era una colaboración que de alguna manera podía ayudar en la administración de la economía familiar de los actores, sin embargo, para mi representada es claro, señores magistrados, que no determinaban de una manera sustancial que hubiese afectado de fondo el mínimo vital de los actores para el caso que nos ocupa. Quiero ratificar efectivamente mis razones expuestas, igualmente al juez de primera instancia, en relación a que mi apoderada hace un estudio muy juicioso, no solamente sobre una de las circunstancias a las que hace relación la juez de primera instancia y hago mención al hecho de que mi apoderada haya mencionado en la contestación de su demanda, el hecho de que de alguna manera si los padres eran propietarios de un inmueble, no quiero dejarlo en análisis individual sino repito, es un conjunto de circunstancias que le permitió a mi apoderada en su momento rechazar en derecho la solicitud de la pensión de sobrevivientes porque la misma nos indicaba que efectivamente esta dependencia económica no había sido probada efectivamente por los apoderados, y recuerdo efectivamente que existen dentro de ese conjunto de circunstancias como lo acabo de mencionar, no solamente el hecho de que los padres del causante primero que seguían siendo casados que quiero hacer referencia que siempre mi representada de manera juiciosa analizó fue las circunstancias de modo, tiempo y lugar en el momento en el que se generó el óbito del afiliado y fuera que eran no solamente propietarios de un inmueble, lo que los liberaba de alguna manera del costo del pago de algún tipo de arriendo o de alguna cuota que pudiera de alguna manera afectar de manera sustancial sus ingresos, sino que además, el señor JOSÉ IGNACIO CORTÉS PEÑA, padre del afiliado, señores magistrados, se encontraba cotizando como independiente desde el año 2007, en el cual también tenía como beneficiaria a su señora esposa, que estaba igualmente afiliado a pensiones desde el 1ro de septiembre del año 98 con mi representada, y lo que es claro también es que él también se encontraba registrado años atrás como persona natural de establecimiento comercial ante la cámara de comercio, no figuraba con base en lo que he venido comentando como beneficiarios ni en salud ni en pensiones del afiliado fallecido y lo que sí quedó en evidencia, con base en las manifestaciones recogidas por parte de los testimonios y hago alusión y ratifico mi exposición realizada en mis alegatos de primera instancia, señores magistrados, y es que definitivamente lo que se ratifica y repite una y otra vez es que lo que recibían los padres del fallecido era justamente una colaboración, por ende él vivía en la casa de sus padres, él ganaba un salario el cual tenía una independencia económica que le permitía atender sus gastos personales y lo que le permitía con alguna parte mínima de su salario era

considerando que no se cumplen los requisitos del artículo 3 de la ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la ley 100 del 93, pues no se advierte una dependencia total y absoluta, que si bien la norma no exige en esos términos, sí es necesaria la dependencia económica de los padres del fallecido que les permita subsistir en condiciones de vida digna (C-111 del 2006), por lo que no tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, al gozar de independencia económica para salvaguardar dicho mínimo existencial, ya que lo que aportaba el afiliado fallecido era una "colaboración" que de alguna manera podía ayudar en la administración de la economía familiar de los actores, no afectándose en el fondo su mínimo vital, insistiendo en el hecho de que los padres eran propietarios de un inmueble, seguían siendo casados, José Ignacio Cortés Peña, padre del afiliado, se encuentra cotizando como independiente desde el año 2007, en el cual también tenía como beneficiaria a su señora esposa, estado afiliado a pensiones desde el 1º de septiembre del año 98, años atrás tenía un establecimiento comercial, no figurando ninguno de los padres como beneficiarios en salud y pensiones del afiliado fallecido, además, pese a que el causante vivía en la casa de sus padres, ganaba un salario para gastos personales y con alguna parte mínima apoyaba a su padre, por ser el responsable de los temas económicos, como así lo dijo Marisol Daza, quedando claro que aun sin esa ayuda, sus padres podían pagar servicios públicos y continuar con una vida digna. Entonces, al no proceder el reconocimiento pensional, tampoco hay lugar a la condena por intereses de mora, y en todo caso la negativa de la pensión fue producto de una interpretación jurisprudencial.

apoyar a su padre quien lo que queda en evidencia es lo que don JOSÉ IGNACIO siempre ha sido responsable ante los temas económicos familiares ante su esposa primero porque era, ha sido y es su conyuge con sociedad conyugal vigente desde hace mucho tiempo atrás y nunca les ha faltado nada, lo que sí queda claro es que don JHON FREDDY le facilitaba a sus padres como habitante de la casa, siendo aún mayor de edad, una contribución para algunos de los gastos que generaba la economía familiar y es que de hecho, así lo ha ratificado una de las personas que genera mayor credibilidad, señores magistrados, en criterio de esta apoderada y es el relacionado con precisamente a la hermana de la hoy actora, doña ANA MARISOL DAZA, donde hace una clara manifestación y deja en evidencia que siempre lo que facilitaba don JHON FREDDY era una ayuda, no queda en evidencia de que ha sido permanente definitivamente para esta apoderada no queda claro que efectivamente sin esa ayuda de él era que ellos no pudiesen dejar de pagar servicios públicos o que hayan dejado de hacer mercado o que hayan dejado de continuar con una vida digna que les permitiera mantener la vida que desde 2007 o antes, desde que don JOSÉ IGNACIO, padre del hoy afiliado fallecido, siempre había respondido, responde y seguramente seguirá respondiendo. Se hace mención que efectivamente el señor don JOSÉ IGNACIO, el señor padre, sigue respondiendo por los gastos del hogar, que efectivamente a ninguna de las tres personas que asisten como testigo, no les consta ningún tipo de distribución de los gastos, pero lo que sí queda en evidencia y esta apoderada lo reitera, es que siempre se habla de una mera colaboración para los gastos que eventualmente se presentaran dentro del hogar. Es así, que entonces se infiere con claridad, señores magistrados, que no es cierto que los demandantes dependieran económicamente del afiliado fallecido don JHON FREDDY CORTÉS DAZA, para el momento del óbito y que se trataba como lo he venido manifestando, de manera reiterada de una colaboración o ayuda que no implicaba una subordinación material o relevante frente al aporte que les podría brindar el causante como se mencionó en la sentencia C-111 del 2006 de la Corte Constitucional. Por virtud de lo anterior, señores magistrados, pues mi representada procedió a rechazar la solicitud pensional por sobrevivientes y procedió en su momento ofrecerles a los señores MARISOL DAZA SUÁREZ y JOSÉ IGNACIO PEÑA, la devolución de los saldos como quedó en evidencia que en su momento mi representada lo aportó al juez de primera instancia. Puede concluirse que la decisión de mi representada al rechazar esta pensión reclamada estuvo plenamente ajustada a derecho por no encontrarse acreditado el requisito de dependencia económica de la que hemos venido hablando, ahora, precisamente refinándome a ello, solicito a ustedes, señores magistrados, igualmente que sean revocadas todas y cada una de las condenas impuestas a mi representada y quiero referirme también concretamente al hecho de que le sean impuestos intereses de mora en la misma, pues quiero ratificar que no puede predicarse de ninguna manera mora para mi representada en relación con pago de una obligación que como lo he venido diciendo pues es inexistente pues por no acreditar los actores el requisito legal de dependencia económica del cual me he venido refinando; y recordemos, señores magistrados, como muy bien ustedes lo conocen, que en casos como el que nos ocupa, en este concretamente y en particular donde la juez de primera instancia consideró que efectivamente con su fallo que los demandantes sí tienen el derecho a acceder a la pensión de sobreviviente en cuestión de calidad de beneficiarios, cabe anotar en este aspecto, que es la misma Corte Suprema de Justicia que ya ha sido clara al indicar que en los casos en que las administradoras de fondos de pensiones, en caso de mi representada, definen una prestación en aplicación rigurosa de la ley como es el caso que nos ocupa y posteriormente producto de una interpretación jurisprudencial, hay lugar a variar esa decisión, no hay lugar a condenar por intereses moratorios, queda claro que mi representada se ajustó a derecho, razón por la cual solicito, señores magistrados, se revoque en todas y cada una de las condenas impuestas a mi representada incluida obviamente la de los intereses moratorios. Muchas gracias"

ALEGACIONES

Descorrido el traslado de ley, la parte actora insistió en que con las pruebas tanto documentales como testimoniales se halla demostrada la dependencia económica que presentaban frente a su hijo fallecido, la cual no debe ser total y absoluta. Entre tanto la demandada aduce la falta de acreditación de tal condición respecto de los padres del causante pues debían encontrarse subordinados o supeditados de manera cabal al ingreso y dado que la colaboración de éste era de tan sólo \$200.000 cada 15 días más o menos es claro que ellos eran autosuficientes.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver las suplicas de la demanda previas las siguientes

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Se analizará si hay lugar al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a los demandantes, en calidad de padre y madre sobrevivientes del señor JHON FREDDY CORTES DAZA, teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, para lo cual deberá verificarse el tema de la dependencia económica respecto del afiliado fallecido, e igualmente si hay lugar al pago de los intereses moratorios en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA CONDICIÓN DE AFILIADO DEL CAUSANTE A LA AFP DEMANDADA Y DE SU CONDICION DE HIJO DE LOS DEMANDANTES

Con la forma asertiva como fue contestada la demanda y la documental que milita a folios 49 a 63 y 83 a 113, se tiene por acreditado que el señor JHON FREDDY CORTES DAZA estuvo vinculado a la AFP PORVENIR S.A, desde el 8 de julio de 2014, realizando cotizaciones como trabajador dependiente de manera ininterrumpida desde marzo de 2016 hasta septiembre de 2017, según relación de aportes vista a folios 53-56.

De otra parte, no es materia de controversia la relación de parentesco que detentan los promotores de esta actuación con el afiliado fallecido, la que por demás se corrobora con el registro civil de nacimiento de éste obrante a folio 17.

BENEFICIARIOS Y REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Como quiera que es la fecha del fallecimiento del señor JHON FREDDY COTES DAZA, la que define la norma vigente aplicable al caso concreto, toda vez que su deceso se produjo el 24 de septiembre de 2017 como se lee en el registro civil de defunción que obra a folio 16, se remite la Sala a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y que reza:

"Art. 47.- Modificado. Ley 797 de 2003, art. 13. Son beneficiarios de la pensión de sobreviviente:

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente (de forma total y absoluta) de éste;"

Debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-111 del 22 de febrero de 2006 declaró exequible el literal d) de la norma referida, salvo la expresión *"de forma total y absoluta"* señalada entre corchetes que fue declarada inexecutable, indicándose;

"Partiendo de estas consideraciones, se concluye que la decisión adoptada por el legislador frente a los padres del causante a pesar de ser conducente y adecuada para el logro de un fin constitucional válido, como lo es el correspondiente a la preservación económica y financiera del fondo mutual que asegura el reconocimiento y pago de las prestaciones que surgen de la seguridad social, desconoce el principio constitucional de proporcionalidad, pues como se demostró dicha medida legislativa sacrifica los derechos al mínimo vital y a la dignidad humana, y los deberes que le incumben al Estado de solidaridad y protección integral de la familia, que en términos constitucionales se consideran más importantes en defensa y protección del Estado Social de Estado.

Por lo anterior, la Corte declarará inexecutable la expresión: "de forma total y absoluta" prevista en la disposición acusada, para que, en su lugar, sean los jueces de la República quienes en cada caso concreto determinen si los padres son o no autosuficientes económicamente, para lo cual se deberá demostrar la subordinación material que da fundamento a la pensión de sobrevivientes prevista en la norma legal demandada.

Para el efecto, es indispensable comprobar la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los padres subsistir de manera digna, el cual debe predicarse de la situación que éstos tenían al momento de fallecer su hijo. En este contexto, es innegable que la dependencia económica siempre supondrá la verificación por parte de los progenitores de un criterio de necesidad, de sometimiento o sujeción al auxilio sustancial recibido del hijo, que no les permita, después de su muerte, llevar una vida digna con autosuficiencia económica." (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, es necesario entrar a verificar las pruebas allegadas y practicadas en el proceso a fin de terminar si los demandantes dependían del causante.

Al respecto obra a folios 57 a 63 y 15 formulario de solicitud de la pensión de sobrevivientes y la respuesta brindada a ellos por PORVENIR de fecha 18 de enero de 2018, en la que les niega la solitud de reconocimiento de la dicha pensión porque no cumplían con los requisitos establecidos para su aprobación al no depender económicamente del afiliado, indicándoles que lo procedente era solicitar la devolución de saldos.

Examinado el elenco probatorio obrante en el informativo encaminado a la demostración de la referida dependencia económica, el cual se contrajo exclusivamente a la prueba declarativa, se pudo constatar lo siguiente:

LIDA ADRIANA DAZA SUÁREZ, hermana de la demandante, precisó que su sobrino siempre vivió con los papás y con su otro hermano José Raúl Cortés Daza; trabajaba en Cemex, aunque no sabe cuánto le pagaban, pero sí que estaba sobre el millón; que su cuñado JOSÉ IGNACIO CORTÉS PEÑA siempre se ha dedicado a las ventas misceláneas, vendiendo puerta a puerta cosas como tarjetería, artículos que regala uno, muñequitos, detalles, desconociendo cuánto ganaba por esa actividad ya que trabajaba por temporadas, de ahí que para el día de la madre, amor y amistad y navidad hay buena venta, entonces depende de la temporada, cuando les iba bien, no alcanzaban a llegar a los 600, lo cual sabe porque a veces les preguntaba, y cuando no, alrededor de 350; respecto de su hermana MARISOL comentó que durante toda su vida estuvo cuidando los niños y nunca ha trabajado, y respecto de José Raúl, quien era el mayor de los hermanos, informó que estaba sin hacer nada porque hizo pasantías pero no ha terminado el inglés entonces no le han entregado la certificación del SENA y sin la certificación pues encontrar trabajo no era viable. Así mismo, relató que la casa donde vivía la familia la adquirieron ellos, inicialmente pagando crédito a 15 años, pero cuando su padre falleció, con parte de lo que correspondía a mi hermana ellos terminaron de pagar el inmueble más o menos en el 2016, el cual es estrato 3. De otra parte, en cuanto a la forma en la que el causante ayudaba a sus padres, narró que él se rebuscaba mucho porque veía bregar mucho al papá, cada quincenita en promedio con doscientos, doscientos veinte mil, lo que pudiera porque pues él también tenía que dejar sus gastos, en cada quincena les ayudaba lo cual sabe porque llegaba a veces y veía que le daba para un recibo que no habían pagado o no habían hecho un mercado, y era ella quien acompañaba a su hermana a hacerlo, iba casi todos los días y cuando él tenía turno de noche era cuando podía verlo porque se iba a las 4; luego de morir JHON ha visto a su hermana y cuñado algo alcanzaditos, por lo que su señora madre, en la medida de lo que puede, les colabora, ya que quien continua asumiendo los gastos es el señor JOSÉ IGNACIO en tanto su otro hijo continua estudiando con ayuda del seguro para estudio que contrajo el causante con CEMEX.

Por su parte, **LUIS FRANCISCO PEÑA MONRROY**, tío del aquí demandante JOSÉ IGNACIO CORTÉS PEÑA, comentó que fue quien se encargó de él hasta que creció y, por eso los dos hogares son muy allegados, de ahí que sepa que JHON FREDDY CORTÉS DAZA estudió en el SENA, luego fue a trabajar a CEMEX, ganando un sueldo de \$1.200.000, monto que del que se enteró porque JHON le contó pues se visitaban constantemente y tenían una comunicación igual de constante y unida, JHON FREDDY siempre vivió en la casa de sus padres junto a su hermano Raúl, JOSÉ IGNACIO trabajaba con él vendiendo productos de expresión social, como afiches, tarjetería para la temporada de la secretaria, de la fiesta de la madre, para la temporada del amor y la amistad y para diciembre, miscelánea por miscelánea, por lo que el actor podía hacerse por temporada 500, 580 a 600 mil no más; respecto de la señora MARISOL sabe que se dedica al

hogar y tienen apartamento propio muy pequeñito el cual nunca han arrendado; sabe que Raúl estudia y quien les ayudaba a los demandantes con la seguridad, la comida y otros gastos era JHON, porque así se lo dijo él mismo y el también lo vio, aunque no sabe con cuánto, suponiendo que más o menos 300 o 400mil pesos; afirmando que desde la muerte de aquél ese hogar ha pasado muchas necesidades.

Últimamente, **HÉCTOR NEFTALÍ PAZ**, amigo del actor desde hacia como 17 o 18 años y con una relación muy cercana por su afición al futbol y el tema de los detalles de temporada, en alguna oportunidad vio a JOHN diciéndole a su padre que le dejaba la plata para los recibos que estaban pendientes de pago, y por ello le hizo el comentario a Don JOSE que que chévere que su hijo ya estuviera colaborándole, que es como un orgullo de uno de papá de saber que sus hijos crecieron y que ya te pueden dar una mano, y fue por ello que se enteró que aquel estaba trabajando con CEMEX y le estaba ayudando a su padre porque el tema de la expresión social no le estaba dando mucho dinero, a veces 400; constándole además que la señora MARISOL siempre ha sido ama de casa, y asistió a las exequias en Cristo Rey.

Material probatorio que analizado en su conjunto permite colegir que si bien es cierto los demandantes son propietarios de un inmueble, el mismo no les genera ninguna ganancia ya que está destinado exclusivamente a residencia donde conviven con su otro hijo Raúl, quien no les colabora económicamente pues es estudiante, subsistiendo con los ingresos que puede obtener el señor JOSE IGNACIO de las ventas que realiza en las misceláneas de productos de temporada, esto es, que además de no ser un ingreso fijo tampoco cubre el mínimo legal, oscilando en cada una de las 4 buenas temporadas en las que labora entre \$350.000 y \$600.000, circunstancias que así vistas permiten tener plenamente acreditado que para garantizar su vida digna, ciertamente dependían de la colaboración o ayuda que les proporcionaba el señor JHON FREDDY, para el pago de servicios y alimentación, de lo cual fueron testigos directos todos y cada uno de los antes mencionados, cuya declaración además de ser espontánea y clara, resulta suficiente para concluir que si bien tal apoyó no se trató de un monto que satisficiera totalmente las necesidades de sus padres, sí las menguaba de alguna manera, en particular la colaboración que les permitía pagar la seguridad social, no debiendo estar, entonces, como lo supone la recurrente, destinada netamente a proporcionarles lo necesario para su congrua subsistencia, ya que esa no, es la concepción que tanto legal ni jurisprudencialmente ha sido aceptada.

Por tanto, como quedó visto, a partir de la sentencia C-111/2006 de la Corte Constitucional, la dependencia económica no tiene que ser total y absoluta; esto es, que si bien debe existir una relación de sujeción de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo, tal situación no excluye que aquellos puedan percibir rentas o ingresos adicionales, a condición que estos no sean suficientes para garantizar su independencia económica, es decir, que esas rentas no alcancen a cubrir los costos de su propia vida (CSJ SL400- 2013, CSJ SL816- 2013, CSJ SL2800-2014, CSJ SL3630- 2014, CSJ SL6690-2014, CSJ SL14923- 2014). Es así como ha estimado la jurisprudencia del trabajo que la carga de la

prueba de la dependencia económica corresponde a los padres-demandantes y, al demandado, el deber de desvirtuar esa sujeción material mediante el aporte de los medios de convicción que acrediten la autosuficiencia económica de los padres para solventar sus necesidades básicas (CSJ SL, 24 nov. 2009, rad. 36026), situación esta última que no se logró por parte del Fondo, ya que ni siquiera se tomó la molestia de constatar las condiciones en las que vivían tanto la señora ANA MARISOL como el señor JOSE IGNACIO.

Conforme al análisis realizado de las pruebas existentes en el proceso la Sala puede concluir que los demandantes dependían económicamente del causante, JHON FREDDY CORTES DAZA, dado que independientemente de la proporción de su aporte en el hogar, este era necesario para sufragar los gastos necesarios de aquellos y en busca de una vida digna, sin que tengan que demostrar un estado de mendicidad o indigencia para ser acreedores del derecho a la prestación pensional.

Y es que no deben olvidarse los distintos pronunciamientos referidos en primera instancia por la A quo y que se refuerzan además por ejemplo con la "*sentencia del 29 de octubre del 2014 con radicado 47676 de la H. CSJ*", en la que se hace referencia a que la dependencia económica exigida para acceder a la pensión de sobrevivientes no puede concebirse como aquella frente a la cual el o los beneficiarios se encuentren en estado de mendicidad o indigencia, en tanto de que la situación de recibir dinero de otras fuentes no significa que sea económicamente autónomo y pueda subsistir sin la ayuda de sus hijos.

Finalmente, atinente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993² y que se causan por la tardanza en el pago de la pensión, basta indicar que al no encontrarse justificada la decisión por la cual la demandada se abstuvo de reconocer la pensión de sobrevivientes a los padres de su afiliado, pues se limitó en su respuesta a indicar que no dependían económicamente del mismo, sin siquiera verificar las condiciones que daban lugar a su reclamación, por supuesto que no es dable la revocatoria de esta condena, máxime cuando tampoco se invocó la aplicación de una norma o jurisprudencia³ - bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley-, que le permitiera en su momento al Fondo argumentar su determinación de rechazo de la solicitud pensional.

Por lo anterior, la providencia atacada mediante el recurso ordinario se mantendrá incólume.

² ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

³ Si se quiere, se puede consultar la Sentencia 43602 (7872013), nov. 6/13, de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, M. P. Jorge Maunicio Burgos, entre otras, en la que en lo pertinente precisó "*Si el atraso se debe a que la jurisprudencia o el régimen legal existente al momento de exigir el derecho indicaban que el afiliado no había cumplido los requisitos, no hay lugar a que se aplique la sanción, aunque nuevas disposiciones permitan acceder al beneficio y obliguen al fondo respectivo a cancelar los meses atrasados.*"

Costas en esta instancia lo serán a cargo de la parte demandada al haber sido resuelto de manera desfavorable su recurso. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ANA MARISOL DAZA SUAREZ y JOSE IGNACIO CORTES PEÑA contra el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

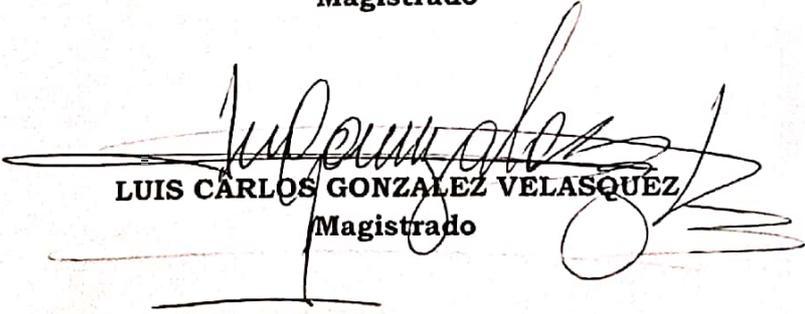
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del fondo demandado. Inclúyase en ellas como agencias en derecho la suma de \$1.200.000. Las de primera instancia se confirman.

Notifíquese y cúmplase

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

Aprueba Proyecto
MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**
Magistrado ponente
Expediente 110013105025201800241-01

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE BENILDA PÉREZ EN CONTRA DE
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

En Bogotá D.C. a los veintitrés (23) días del mes de Julio de dos mil veinte (2020), día previamente señalados para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

Previo a resolver se reconoce personería adjetiva a la Dra. María Marcela Pérez Montero, como apoderada de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme al poder obran al proceso. (Folio 130)

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Entonces una vez corrido el traslado correspondiente a fin de que las partes procedieran a allegar sus escritos de alegatos de conclusión, procede la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2019 por el Juzgado 25º Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

BENILDA PÉREZ, llamó a juicio a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, para que se condene a rectificar historia

laboral incluyendo unas semanas que se encuentran en mora y no fueron contabilizadas, en consecuencia, que se declare que es beneficiaria del régimen de transición, que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 30 de enero de 2014, que se reconozcan las mesadas adicionales, intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 de forma subsidiaria a esta pretensión a la indexación, a lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. (Folios 4-5)

Como fundamento de sus pretensiones señaló que nació el 29 de enero de 1959, que se encuentra afiliada a COLPENSIONES desde el 24 de noviembre de 1976, que para el 1 de abril de 1994 contaba con 35 años de edad, que cotizó hasta noviembre de 2008, cotizando un total de 1.021.71 semanas, que COLPENSIONES ha expedido varios reportes de semanas estableciendo en el último que cuenta con un total de 985 semanas, que no tuvo en cuenta los siguientes ciclos diciembre de 1997, agosto y septiembre de 1999, diciembre de 2005, enero, marzo, abril y mayo de 2006, además de no contabilizar de forma correcta los siguientes ciclos julio de 1999, octubre de 2000 y noviembre de 2005, que elevó solicitud de corrección de historia laboral el 24 de julio de 2015 para lo cual anexo copias de las planillas de pagos, que el 23 de septiembre de 2015 COLPENSIONES indica que no se reporta el correspondiente pago por parte del empleador, que el 3 de marzo de 2016 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, que mediante Resolución No. GNR 129075 del 2 de mayo de 2016 la entidad niega la prestación, que el 26 de mayo de 2016 interpuso los recursos de ley, los cuales fueron resueltos mediante actos administrativos No. GNR 209517 del 18 de julio de 2016 y VPB 34671 del 5 de septiembre de 2016 en las que se confirma la negativa, que cumplió los requisitos para acceder al derecho el 29 de enero de 2014. (Folios 2-4)

Contestación de la demanda:

La llamada a juicio, al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones. Manifestó que las pretensiones no pueden prosperar por carecer de sustento fáctico y legal, dado que la demandante no conservó el derecho al régimen de transición, dado que para el 25 de julio de 2005 contaba con 676 inferiores a las consagradas por el Legislador en el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que los actos administrativos expedidos se encuentran ajustados a derecho, además de que la demandante es quien debe acreditar la existencia y extremos temporales del vínculo laboral respecto de los empleadores que no aparecen en la historia laboral para verificar los periodos que pretende hacer valer. Propuso como excepciones de fondo las denominadas, prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, innominada o genérica. (Folios 100-105).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25º Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia de 5 de septiembre de 2019, resolvió; condenar a la demandada de algunas de las pretensiones.

Como fundamento se su decisión manifestó; que la demandante es beneficiaria del régimen de transición en razón a que para el 1 de abril de 1994 contaba con la edad y que el mismo fue conservado al cumplir con los requisitos del Acto Legislativo 01 de 2005 dado que tenía cotizadas más de 750 semanas, que efectivamente se evidencia unos periodos de mora por parte del empleador los cuales la demandada no tuvo en cuenta para la contabilización total de las semanas cotizadas, así las cosas, se tiene un total de las 1.035 semanas requeridas en el Acuerdo 049 de 1990, causándose el derecho en favor de la demandante a partir del 3 de marzo de 2016 fecha en que solicitó la prestación pensional, aplicó una tasa de reemplazo del 75%, reconoció una mesada pensional para el año 2016 por valor de \$689.455.00 pesos más las mesadas adicionales, también reconoció intereses moratorios a partir del 3 de julio de 2016 hasta que se produzca su pago, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó a la demandada al pago de costas en la suma de \$1.900.000.00 pesos.

Recurso de apelación de la parte demandada

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada judicial de la parte demandada interpone recurso de apelación, para que solicite se revoque la sentencia. Lo que en sus palabras fundamento así; que la demandante no cumple con el requisito establecido de las semanas establecido en el Acuerdo 049 de 1990, en cuanto al cobro coactivo se adelantaron los respectivos los cuales fueron actualizados en la historia laboral de la demandante, sin embargo, se tienen deudas por intereses moratorios ante el incumplimiento de pago por empleadores (STI LTDA.), así las cosas, la demandante no cumple con las semanas requeridas en la normatividad antes mencionadas, pues no se tiene para los ciclos 8 y 9 de 1999 los correspondientes, ahora para los ciclos 01 de 2005, 01, 03, 04, 05 de 2006 no hay rastros de cotizaciones requiriéndose la acreditación del vínculo laboral que tenía la demandante con la empresa, para realizar la respectiva corrección de que haya lugar. Ahora bien, se realizó los correspondientes cobros coactivos, estableciendo que cuenta con la edad para acceder al derecho, pero no con la totalidad de las semanas, dado que cuenta con 985 semanas cotizadas incumpliendo con la densidad de semanas.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el correspondiente traslado, la demandada COLPENSIONES indicó; que la demandante acredita un total de 922 semanas, por lo que, no cumple con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993; en consecuencia, solicita se absuelva a la entidad.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso.

Problema jurídico:

La Sala estudiara si (i) el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, teniendo en cuenta lo establecido en el régimen de transición, aplicandose lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para lo cual deberá verificarse si existen periodos en mora y el cumplimiento de las semanas requeridas en la normatividad señalada, y (ii) establecer si hay lugar también al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, estudiar lo concerniente al fenómeno de la prescripción. Lo anterior, dando cumplimiento a lo establecido por el Legislador en los artículos 66A y 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

Del régimen de transición

Ahora bien, no existe duda, en el presente asunto, que la señora BENILDA PÉREZ nació el 29 de enero de 1959, de conformidad con lo referido en la cédula de ciudadanía en la que se indica fecha de nacimiento (Folio 92); es decir, que para el 01 de abril de 1994 la demandante contaba con 35 años de edad, siendo a todas luces evidente que gozaba del precitado régimen de transición pensional, sin embargo, este beneficio fue supeditado con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, en cuyo parágrafo transitorio 4º, indicó que el régimen de transición pensional establecido en la Ley 100 de 1993, no podría extenderse más allá del **31 de julio de 2010**, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, tengan cotizados al menos **750 semanas** o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría el régimen hasta el año 2014.

A folios 20 al 43 y de lo que reposa en el expediente administrativo CD folio 111 del expediente, aparece reporte de las semanas cotizadas expedida por COLPENSIONES la más actualizada con fecha el 1 de junio

de 2018 aportada por la demandada. Ese documento, que tiene pleno valor probatorio, nos informa que la demandante cotizó entre el **24 de noviembre de 1976 al 29 de julio de 2005**, un total de **837.66 semanas**; es decir, que, para la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, esto es, el **29 de julio de 2005** contaba con más de 750 semanas exigidas para mantener el régimen de transición.

De la pensión de vejez Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año:

El régimen anterior que tenía la demandante es el contenido en el Acuerdo 049 de 1990 que aprobó el Decreto 758 del mismo año, el cual establece:

“Requisitos de la pensión por vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos.

Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer, y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”
(Negrilla fuera de texto)

Atendiendo los supuestos de hecho que se tienen superados en esta instancia -cobertura del régimen de transición, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 y cumplimiento de la edad para adquirir el derecho pensional-, dado que cumplió 55 años de edad el 29 de enero de 2014, para establecer la procedencia de la pensión de vejez, conforme al Acuerdo 049 de 1990, resta únicamente determinar si el número de semanas cotizadas durante toda la vida laboral de la demandante ascienden a 1.000 cotizadas en cualquier tiempo, o a 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para acceder a la pensión de vejez.

Así las cosas, tenemos que la demandante dentro cuenta en el reporte de semanas cotizadas aportado por COLPENSIONES con un total de 985 semanas, cotizadas entre el 24 de noviembre de 1976 al 30 de noviembre de 2008, con lo cual en principio puede establecerse que no acredita el mínimo de semanas requerido en la norma en cita, sin embargo, se evidencian periodos en 0 de los ciclos de agosto y septiembre de 1999 y que una vez revisado el detalle de pagos efectuados a partir de 1995 aparece como observación para dichos ciclos valor devuelto del régimen de ahorro individual por pago al fondo, reportándose además para el ciclo de septiembre la novedad de retiro con el empleador S.P.I. INTERNACIONAL S.A., también se reportan los montos del Ingreso Base de Cotización y la respectiva cotización pagada, así como la totalidad de 30 días por cada uno de los ciclos. Ahora bien, aunque aparece en 0 los días cotizados

claramente se evidencia respecto a estos periodos la inconsistencia en la última historia laboral emitida por COLPENSIONES, así como en la demás en donde aparecen observaciones de que el empleador presente deuda por mora, situación que no puede afectar al afiliado, así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia Rad. 42468 del 9 de octubre de 2013, en donde establece que mora patronal en el pago de aportes por el patrono al fondo de pensiones, el empleado no puede sufrir las consecuencias de la misma, es así como estos ciclos deben ser reconocidos, por lo que, estos ciclos sumados a los ya reconocidos suman 993.58 semanas

Ahora bien, en cuanto a los ciclos enero de 2005, enero, marzo, abril y mayo de 2006, no reposan en las historias laborales allegadas al proceso, sin embargo, a folios 60 al 62 aparecen documentos denominados de autoliquidación mensual de aportes al sistema de seguridad social integral de los ciclos de enero, marzo y mayo de 2006 que debía cancelar el empleador HORTICOLA EL TRIUNFO LTDA., en los cuales no se evidencia en favor de que trabajadores se realizaron los pagos de seguridad social y nada reposa sobre los ciclos de enero de 2005 y abril de 2006, pero, a pesar de ello reposa certificación folio 44 del plenario con el cual se acredita que la señora Benilda Pérez para los ciclos de enero, marzo y mayo de 2006 laboraba con la entidad, debiéndose sumar dichos ciclos para un total de 1.006.45 semanas cotizadas.

Entonces, como el requisito de la edad lo cumplió la promotora de esta actuación el 29 de enero de 2014, cuando alcanzó los 55 años de edad y que cotizó 1.006.45 semanas a COLPENSIONES por cuenta del sector privado exclusivamente, es evidente que cumple con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990. Así las cosas, la señora BENILDA PÉREZ tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, dando aplicación al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

De la causación y disfrute de la pensión de vejez

Respecto del reconocimiento de la prestación económica incoada, y la fecha a partir de la cual se debe condenar a la pasiva a reconocer y pagar la pensión de vejez, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 señala:

“CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN 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.”
(Negrilla fuera de texto)

De la citada norma se desprende que la causación de la pensión de vejez es un concepto diferente al disfrute de la prestación; la primera, ocurre siempre que se reúnan los requisitos de edad y semanas de cotización exigidos por la ley, en tanto que el disfrute ocurre una vez se produzca la desafiliación del Sistema de Pensiones.

En el presente asunto, se tiene acreditado que el último periodo cotizado lo fue el ciclo de noviembre de 2008 y cumplió los 55 años de edad el 29 de enero de 2014, contando para ese entonces con 1.006,45 semanas; luego, de conformidad con lo establecido en líneas precedentes, es a partir del momento en que reunió el requisito de la edad que debe otorgarse la pensión, sin embargo, solo hasta el 3 de marzo de 2016 solicitó la prestación pensional fecha en la cual reconoció el derecho el A quo, situación que sería procedente de modificación, no obstante, la parte demandante no apelo lo concerniente a este punto, debiendo tenerse como indicativo de conformidad con el fallo proferido en primera instancia y por ser la demandada única apelante y además conocer la Sala en grado jurisdiccional de consulta en lo desfavorable a su cargo por actuar como garante de la Nación no podrá agravarse la condena impuesta.

Del ingreso base de liquidación para pensiones de vejez

Acerca del ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, para aquellos afiliados que son beneficiarios del régimen de transición pensional, conforme lo explicado en las sentencias CSJ SL, 1 mar. 2011, rad. 40552¹, reiterada en la del 17 jul. 2013, rad. 45712², entre otras, debe liquidarse

¹ "Como quedó visto en sede de casación, para el caso de quienes les faltaba <menos> de 10 años para adquirir el derecho de la pensión, al momento en que entró a regir el Sistema General de Pensiones, se les aplica a fin de establecer el IBL, las reglas contenidas en el inciso 3° del artículo 36 de la citada Ley 100. Empero, para quienes les faltare <más> de 10 años, el IBL será el previsto en el artículo 21 ibidem, norma que el censor también enunció en la proposición jurídica del cargo, esto es, el "promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión", o el promedio del ingreso base de cotización, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del afiliado, si resulta superior al anterior, siempre y cuando éste haya cotizado 1250 semanas como mínimo."

² "(...)" Así las cosas, para quienes les faltare más de 10 años, el IBL será el consagrado en el artículo 21 de la Ley de Seguridad Social, esto es, "el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión" o el promedio del ingreso base de cotización ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del asegurado, si resulta superior al anterior siempre y cuando éste haya cotizado 1250 semanas como mínimo."

"De tal modo, que al haber tomado el *ad quem* el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, como norma aplicable en materia de IBL para este particular asunto, en el que el actor cotizó al sistema de seguridad social integral más de 1250 semanas, concretamente 1480, es dable optar por el IBL que le resultare más favorable al afiliado, y desde esta perspectiva la Colegiatura, no vulneró la ley en la forma en que le enrostra la censura."

"Y ello es así, por cuanto, se reitera, cuando entró en vigencia el Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- al demandante le hacían falta más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, pues reunió requisitos al cumplir la edad de 60 años el 16 de octubre de 2007, razón por la cual tal como lo sostuvo el Tribunal, pese a que era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley de Seguridad Social, el ingreso base de cotización de su prestación no se regía por esa disposición sino por el artículo 21 ibidem."

de acuerdo con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto con el artículo 21 de la misma Ley 100 de 1993, dependiendo si para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el 1º de abril de 1994, al afiliado le faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, evento en el cual el ingreso base de liquidación deberá ser el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, debidamente indexado; y para los casos en que para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el afiliado le faltare 10 o más años para adquirir el derecho, el ingreso base de liquidación corresponde al promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el de todo el tiempo de la vida laboral, si fuere superior, siempre que haya cotizado 1.250 semanas como mínimo, de manera que el mismo no se determina por la normatividad anterior.

De igual manera, en la sentencia CC SU-230 de 2015 (29 abril), se indicó que:

"(...) El ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resalto que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación." "(...)" (Subrayado fuera de texto original)

En el caso concreto, como quiera que a la demandante le será reconocida pensión de vejez a partir de 3 de marzo de 2016, le faltaba más de 10 años para adquirir para adquirir el derecho, por lo que su ingreso base de liquidación debe establecerse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de las cotizaciones efectuadas en los 10 años anteriores a la fecha de causación del derecho, tal y como se llevó a cabo por el Juez primigenio.

Del fenómeno de la prescripción

En primer lugar, ha de advertirse que el derecho pensional es a todas luces imprescriptible, no ocurriendo lo mismo con las mesadas

"Dicho criterio ha sido acogido por esta Corporación, entre otras, en la sentencia 37246 del 22 de enero de 2013, que reitera la proferida el 1º de marzo de 2011, Rad. 40552.)

pensionales, las cuales prescriben si transcurridos tres años de su causación no se reclaman.

En el presente caso, la demandante tenía el derecho a partir del 29 de enero de 2014, data para la cual, ya había cumplió los 55 años de edad, y cumplió con más de 1.000 semanas cotizadas en todo el tiempo laboral. En cuanto a la reclamación administrativa fue realizada el 3 de marzo de 2016, como se evidencia en la Resolución No. GNR 129075 del 2 de mayo de 2016, mediante la cual COLPENSIONES le negó su derecho pensional (folios 73 a 74), interpuso los recursos de ley los cuales fueron resueltos con Resoluciones GNR 209517 del 18 de julio de 2016 y VPB 34671 del 5 de septiembre de 2016 (Folios 81-89) en las que se confirma la negativa, que la demanda la presentó el 20 de abril de 2018, es decir, sin que se encuentre afectada la prestación pensional por el fenómeno prescriptivo, a que se refiere el artículo 151 del CPT y de la SS.

De los intereses moratorios

Se estudiará si la pensión reconocida a la señora BENILDA PÉREZ a partir del 3 de marzo de 2016 debe ser reconocida con los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y en caso afirmativo, desde cuándo se comienzan a generar estos.

Señala el tenor literal del artículo 141: "**INTERESES DE MORA.** *A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.*"

Los intereses de mora contemplados en el artículo aludido se consideran generados cuando existe mora en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, por lo tanto, los mismos se producen de pleno derecho por el simple hecho de que la entidad se encuentre en mora de reconocer y pagar la pensión a que tiene derecho el afiliado.

No obstante, el artículo 33 de la misma normatividad señala que: "*Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.*"

Quiere esto decir que al dar una interpretación integral al cuerpo normativo que regula el reconocimiento de la prestación, esto es, la Ley 100 de 1993, se encuentra que la entidad entrará en mora desde el día siguiente al vencimiento del plazo otorgado por ley para el reconocimiento de la prestación, en otras palabras, a partir del día siguiente al

cumplimiento de los 4 meses que tiene para dar respuesta a la solicitud pensional

Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en diferentes pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral que han abordado el tema, entre otros, es pertinente citar la Sentencia con radicación 43564 del 5 de abril de 2011 con ponencia del Magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza donde se señaló claramente lo arriba expuesto, diciendo: *“Como lo ha explicado esta Sala de la Corte, la imposición de los intereses moratorios debe hacerse desde el momento en el que vence el plazo legal para que la entidad de seguridad social otorgue el derecho pensional, pero ello es así en condiciones normales, vale decir, cuando se está frente a una sola petición de reconocimiento de la prestación (...)”*

En el presente asunto, frente al tema de los intereses moratorios, no encuentra esta Sala motivos para separarse de la pacífica jurisprudencia que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia, sobre la procedencia de los intereses de que trata la norma aludida cuando se trata de mora en el reconocimiento y pago de la prestación, en la medida que la demandante estuvo privada de su derecho a la pensión, durante el tiempo que injustificadamente la demandada demoró el reconocimiento.

Por lo tanto, como quiera que la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez la elevó por primera vez la demandante el 3 de marzo de 2016, el retroactivo correspondiente a las mesadas causadas desde que surgió el derecho deben ser reconocidas con los correspondientes intereses moratorios generados desde el 4 de julio de 2016, teniendo en cuenta que se ha establecido un plazo máximo de cuatro (4) meses a partir de la radicación de la solicitud para resolver la petición de la pensión de vejez y al haberse presentado solicitud el 3 de marzo de 2016, la entidad contaba con cuatro meses, los cuales vencían 3 de julio de 2016.

Así las cosas, los intereses moratorios a los que se hace referencia deberían pagarse desde el 4 de julio de 2016 hasta que se realice el correspondiente pago, sobre el retroactivo causado desde el 3 de marzo de 2016 y hasta que se produzca su correspondiente pago.

Conforme a las anteriores consideraciones la Sala modificará la sentencia del 5 de septiembre de 2019, proferida por el Juez Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, disponer el pago de los intereses moratorios peticionados sobre el retroactivo debido a partir del 4 de julio de 2016, confirmandola en lo demás. Costas en esta instancia a cargo de la demandada, las de primera se confirman dadas las resultas del proceso.

DECISIÓN

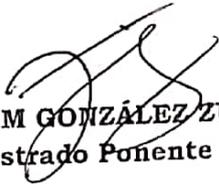
En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

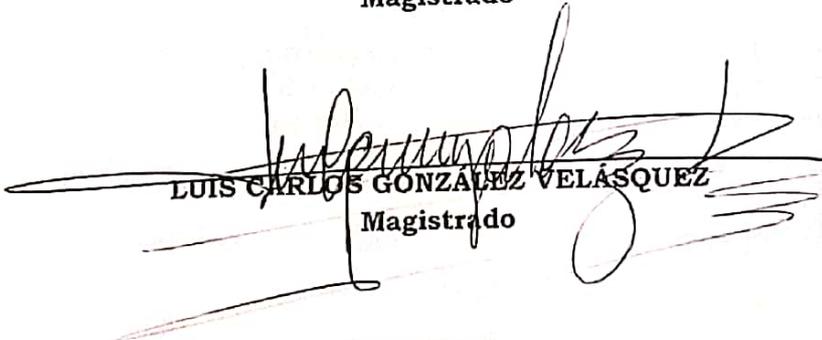
PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **BENILDA PÉREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, para en su lugar, disponer el pago de los intereses moratorios peticionados sobre el retroactivo debido a partir del 4 de julio de 2016, confirmándola en lo demás.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$1 000.000.00 pesos, se confirman las de primera instancia dadas las resultas del proceso.

Notifíquese y cúmplase,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Aprueba Proyecto
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105032201700258-02

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de julio de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: PENSION DE SOBREVIVIENTES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2019 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARIA DEL CARMEN CACERES PEREZ en contra del FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES -FONCEP- y contra la señora ANA ISABEL SILVA PEREZ.

ANTECEDENTES

MARIA DEL CARMEN CACERES PEREZ promueve demanda ordinaria laboral en contra de BOGOTA D.C - FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES -FONCEP- y de ANA ISABEL SILVA PEREZ, en procura de que se condene al FONCEP al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la que tiene derecho por ser la compañera permanente por más de 40 años y haber tenido 3 hijos con el causante, el retroactivo pensional junto con los aumentos legales anuales, las mesadas adicionales de junio y diciembre causadas y dejadas de percibir desde el momento del fallecimiento del causante, los intereses moratorios y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el señor REYES LEON APONTE laboró para la Secretaria de Obras Publicas hoy Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial por más de 20 años, siéndole reconocida pensión de jubilación por la Caja de Previsión Social de Bogotá; convivieron por más de 42 años desde el 25 de septiembre de 1970 hasta el 2 de julio de 2012 cuando falleció, pese a que lo hacían en diferentes lugares por separación física en los últimos años, concibieron 3 hijos de nombres Juan Rey, Omar Gerardo y Jazmín León, todos mayores de edad, quien lo cuidó y veló de su salud y bienes del causante fue ella en calidad de compañera permanente, siempre dependiendo económicamente de él, reclamó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente que el 12 de febrero de 2013 a lo que con Resolución No. 03644 del 27 de mayo de 2013 el FONCEP resolvió revocar parcialmente la resolución 2722 del 26 de noviembre de 2012, en lo referente al 50% de la pensión de sobreviviente a la señora ANA ISABEL

SILVA PEREZ en calidad de compañera permanente del causante y como consecuencia dejar en suspenso el 50% reclamado por ella y ANA ISABEL SILVA PEREZ, se presentó ante el Juzgado 4 laboral de Bogotá como tercero ad excludendum y no fue admitida, por lo que en Resolución No 2722 se le reconoció y ordeno pagar el 50% a la menor hija ANA MILENA LEON SILVA, reclamando nuevamente el día 6 de diciembre de 2016 negándola el FONCEP. (fls 2-14)

CONTESTACIÓN

Una vez notificadas las demandadas en debida forma de la demanda dieron contestación así:

ANA ISABEL SILVA PEREZ, con escrito de folios 104 a 116 se opuso a todas las pretensiones, en cuanto a los hechos los negó en su mayoría salvo los relacionados con el tiempo laborado y la condición de pensionado del causante así como las solicitudes elevadas por la demandante y las respuestas obtenidas. Propuso las excepciones de temeridad y mala fe de la demandante en el ejercicio de la acción, inexistencia de la obligación, buena fe de la demandada, prescripción laboral, falta de reclamación previa en la vía administrativa y la genérica.

FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS CESANTIAS Y PENSIONES – FONCEP, con escrito de folios 213 a 223, se opuso a la totalidad de pretensiones, aceptó los hechos relacionados con el tiempo laborado y la condición de pensionado del causante, las solicitudes elevadas por la demandante y las respuestas obtenidas así como la fecha de fallecimiento del pensionado. Propuso como excepciones de fondo la de la inexistencia de la obligación, prescripción de mesadas pensionales, oposición al pago de intereses moratorios y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de octubre de 2019 resolvió declarar probadas las excepciones de inexistencia de la obligación formuladas por el FONCEP y por la señora ANA ISABEL SILVA, absolviéndolas de todas las pretensiones y condenando en costas a la demandante en la suma de un (1) SMLMV para cada una de las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación con el fin de que sea revocada en su integridad y en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda; ello porque se encuentra demostrada la convivencia múltiple y simultánea de la compañeras con el causante, siendo que éste tuvo además otra relación con una mujer más joven, por lo que convivieron en tiempo superior de 42 años con la demandante y en los últimos 20 años de manera simultánea con la señora ANA ISABEL SILVA, en cuyo caso, conforme a la ley y la jurisprudencia de la corte constitucional y de la Corte Suprema de Justicia Sala laboral MP Elsy del pilar Cuello calderón radicación 41647 del 24 de enero de 2012, sobre la exigencia de convivencia durante los últimos cinco últimos años se modificó jurisprudencialmente debiéndose tener en cuenta esos cinco años en cualquier momento de la vida, de ahí que los elementos

externos para que la demandante sea beneficiaria se encuentran probados dentro del expediente con la documental y la prueba declarativa.

ALEGACIONES

Una vez corrido el traslado de ley, el FONCEP insistió en la confirmación de la sentencia de primera instancia que absolvió a dicha entidad de todas las pretensiones por cuanto la demandante no tiene derecho ante la falta de requisito de convivencia, porque desde el año 1991 se separaron, conforme lo establecido con la prueba testimonial.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El mismo se centra en determinar si a la demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, ya por encontrarse demostrada la convivencia por lapso superior a 42 años, los 20 últimos años anteriores al deceso del señor REYES LEON APONTE de manera simultánea con la señora ANA ISABEL SILVA, ora bien, por demostrar los cinco años de convivencia requeridos en la norma en cualquier tiempo, ello de confirmarse la conclusión a la que arribó el A quo sobre la separación, para lo cual debe analizarse si la misma fue por decisión del pensionado fallecido, concediendo el derecho por el tiempo que si la hubo, conforme los criterios acogidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia. Lo anterior en virtud a lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y SS.

DE LA SUSTITUCION PENSIONAL

No es objeto de discusión en esta instancia que mediante Resolución 910 del 9 de noviembre de 1993 le fue concedida al señor REYES LEÓN APONTE, pensión de jubilación por la Caja de Previsión Social de Bogotá, como tampoco el hecho de su fallecimiento el 2 de julio de 2012, lo que de suyo implica que el derecho a sustituirlo en la pensión debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003 que modificó los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, por ser la norma que se encontraba vigente a la fecha de fallecimiento del causante.

Así tenemos que el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, consagra:

"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 superviviente, 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 éste (sic). 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

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 esposo¹ 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 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.

Ordenamiento del que fácil es colegir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre, la convivencia por un lapso no inferior a 5 años, entendida esta como "comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado"². Convivencia real y efectiva que entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común, excluyéndose de tal modo los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

Aclarado lo anterior, toda vez que insiste la censura que las señoras MARIA DEL CARMEN CACERES PEREZ y ANA ISABEL SILVA DE PEREZ, de manera simultánea, convivieron con el señor REYES LEÓN APONTE por tiempo superior a los cinco años anteriores al deceso de dicho pensionado, sea lo primero precisar que al no ser materia de controversia en este proceso la referida convivencia respecto de la demandada ANA ISABEL SILVA, por cuanto la misma fue declarada judicialmente, según se advierte en las providencias judiciales que militan en el informativo de folios 228 a 251 y 371 a 382 proferidas, no es dable recabar sobre la misma procediendo exclusivamente a verificarse las condiciones de convivencia de

¹ El texto subrayado fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que «además de la esposa o 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

² CSJ SL, 2 mar. 1999, rad 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605

la señora CACERES PEREZ particularmente para el periodo comprendido entre el 2 de julio de 2007 y el 2 de julio de 2012 correspondiente a los cinco (5) años inmediatamente anteriores al deceso de éste.

En tal sentido, fue la propia demandante quien en su interrogatorio de parte confesó que una vez su compañero se pensionó, éste optó por irse a vivir al lote que consiguió en 1990 en Bosa, donde convivió con ANA ISABEL, con quien tuvo una hija, en el 2007, por la enfermedad que presentó "ciego", ella decidió junto con sus hijos y ANA ISABEL ayudarlo, turnándose para cuidarlo, visitándolo cada 8 o 15 días, pues él pagaba una enfermera para que lo asistiera, relatando que aunque él colaboraba con su manutención después de su enfermedad ya no continuó, precisando que se enteró del noviazgo que tenía con ANA desde 1993, quien era la que lo acompañaba a las citas médicas y su hija Jazmín le colabora con el cambio de sonda; aceptando que no volvieron a tener vida marital con él después desde su enfermedad

Declaración que así vista permite afirmar, sin lugar a equívocos que por lo menos desde 1993 cuándo se enteró de la relación que mantenía su compañero con la señora ANA no volvieron a convivir, siendo que antes de la enfermedad acaecida en 2007 ni siquiera tenían una relación de ayuda y apoyo mutuo con lazos de afecto y permanencia, pues fue tan sólo por esa situación, que como ella misma lo afirma "decidió bajar la guardia" y en adelante la colaboración o ayuda que le prestó de ninguna manera puede entenderse como la que protege la norma.

Separación de la que igualmente dieron cuenta los testigos **PAULA LOPEZ VEGA**, comadre de la actora, cuando al ratificar su declaración extraproceso (fl 27) relató que se enteró, por lo que ella le comentó, que el señor REYES LEON se fue de la casa a Bosa desde que su hija tenía 10 años de edad, que el mismo no volvió a la casa de la señora María del Carmen, en el barrio Candelaria desde su enfermedad (4 años antes de morir), siendo que eran los hijos los que lo visitaban, conociendo que convivía con otra señora en Bosa, y que colaboraba económicamente al hogar de la demandante, no volviendo a visitarla en la Candelaria desde su enfermedad. Por su parte **LEYLA JACOBA MORENO LOPEZ**, amiga de la señora CARMEN hace más de 30 años, quien igualmente ratificó en el curso de este proceso la declaración extraproceso (fl 31), sabe por su condición de amiga que vivía que el señor REYES vivía en Bosa, que el iba y venía, continuando la relación entre ellos pero después del infarto no lo volvió a ver, siendo ellos los que lo visitaban en Bosa. Entre tanto, la señora **JAZMIN LEON CACERES**, hija de la demandante y el causante, también al ratificar su declaración extraproceso (fls 28-29), informó que su padre decidió irse de la casa desde 1991 cuando ella tenía 10 años, y aunque continuo frecuentándola en el día por ahí cada 3 días y en momentos especiales, se iba en las noches a su hogar en Bosa donde convivía con ANA ISABEL, y ya en la enfermedad lo cuidaban ANA, otra persona en el día y a veces su madre, visitándolo por ahí cada 8 o 15 días y quien lo asistía en la clínica era la señora Ana, quien era docente y en ocasiones las llamaba para que ayudaran a cuidarlo. Por último **MARIA HILDA PINEDA FORERO** y **LUIS ALONSO LEON POVEDA**, vecinos de la señora ANA y el señor REYES fueron coincidentes al señalar que los conocieron como pareja desde 1991-1992, desconociendo que se hubieran separado o que éste tuviera otra relación, teniendo claro la fecha del fallecimiento fue en 2012, que después de la ceguera el no salía sólo y

tuvieron dos hijos, no conociendo a la señora MARIA DEL CARMEN.

Testimonios todos ellos que analizados en su conjunto permiten concluir que por lo menos desde el año 2007 la comadre y amiga de la demandante no volvieron a ver al señor REYES porque debido a su enfermedad no regresó a Candelaria a visitarla, no brindando por tanto certeza y credibilidad sobre su dicho en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se dio la convivencia entre esa pareja durante, por lo menos, los cinco años inmediatamente anteriores al deceso de éste, tratándose más bien de testigos de oídas. Sin que el testimonio de la señora JAZMIN LEON varié la conclusión si se tiene en cuenta que muy por el contrario corroboró la relación y efectiva convivencia con lazos de ayuda y apoyo mutuo existente entre su señor padre y la señora ANA.

Siendo que el interrogatorio de parte rendido por la señora ANA ISABEL SILVA nada aportó a título de confesión, que beneficiara a su contraparte, ya que aun cuando aceptó que la señora MARIA DEL CARMEN ocasionalmente lo visitó y le colaboró junto a sus hijos luego de la enfermedad de ello no se deduce una convivencia simultánea.

En consecuencia, con el propósito de resolver la apelación, debe referirse en primer lugar este Colegiado a que al no haberse acreditado en legal forma la convivencia de la demandante con el causante por el término exigido en la norma, no le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes; muy a pesar de los años de convivencia anteriores al momento en que aquél inicio su relación con la señora ANA ISABEL SILVA PEREZ (1990-1991).

En este punto conviene precisar que si bien es cierto la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha considerado que el requisito de la convivencia de cinco (5) años puede darse en cualquier tiempo, ello solo es permitido en tratándose de controversias en las que quien reclama la pensión ostenta la condición de cónyuge, lo cual no se extiende a las relaciones de compañeros permanentes como acontece en este caso.

Al respecto, dado que aduce el recurrente la ausencia de aplicación por parte del A quo del Criterio jurisprudencial en tal sentido, oportuno se muestra traer a colación lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 25 de abril de 2018, Radicación n.º 45779, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que en lo pertinente expuso:

“1.Convivencia singular del afiliado o pensionado fallecido con el cónyuge o compañero (a) permanente

a. Convivencia singular con el cónyuge

En tratándose de la relación del afiliado o pensionado con su cónyuge, esta Corporación ha defendido el criterio según el cual la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir *en cualquier tiempo*, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto.

En efecto, a partir de la sentencia SL, 24 en. 2012, rad. 41637, esta Sala planteó que el cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente de si se encuentra *separado de hecho* o no de su consorte, puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento, siempre que hubiese convivido con el (la) causante durante un interregno no inferior a 5 años, *en cualquier tiempo*. En específico, en esa oportunidad señaló:

Tal interpretación que ha desarrollado la Sala, sin embargo, debe ser ampliada, en tanto no es posible desconocer que el aparte final de la norma denunciada, evidencia que el legislador respetó el concepto de unión conyugal, y ante el supuesto de no existir simultaneidad física, reconoce una cuota parte a la cónyuge que convivió con el pensionado u afiliado, manteniéndose el vínculo matrimonial, aun cuando existiera separación de hecho

Esa medida, sin lugar a dudas, equilibra la situación que se origina cuando una pareja que decidió formalizar su relación, y que entregó parte de su existencia a la conformación de un comun proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión, se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba, esa situación es más palmaria cuando es la mujer quien queda sin ese apoyo, en tanto su incorporación al mercado laboral ha sido tardía, relegada históricamente al trabajo no remunerado o a labores periféricas que no han estado cubiertas por los sistemas de seguridad social.

No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, a no dudarlo, de quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época

Ahora bien, si tal postura se predica cuando existe compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, no encuentra la Corte proporcionalidad o razón alguna para privar a la (el) esposa (o) del reconocimiento de la pensión, en el evento de no concurrir aquel supuesto, pues de admitirse, la disposición no cumpliría su finalidad, esto es, la protección en tal escenario, más si se evalúa que quien aspira a tal prestación mantiene un lazo indeleble, jurídico, económico, sea que este último se haya originado en un mandato judicial, o en la simple voluntad de los esposos.

El anterior criterio se reivindicó en las sentencias SL7299-2015, SL6519-2017, SL16419-2017, SL6519-2017, entre otras.

Entonces la convivencia de 5 años con el cónyuge con lazo matrimonial vigente, puede darse *en cualquier tiempo*, así no se verifique una comunidad de vida al momento de la muerte del (la) afiliado (a) o pensionado (a), dado que: (i) el legislador de 2003 tuvo en mente la situación de un grupo social, integrado a más de las veces por mujeres cuyos trabajos históricamente han sido relegados al cuidado del hogar y que, por consiguiente, podían quedar en estado de vulnerabilidad o inminente miseria ante el abandono de su consorte y su posterior deceso; (ii) esta dimensión sociológica debe servir de parámetro interpretativo, a modo de un reconocimiento que la seguridad social hace a la pareja que durante largo período contribuyó a la consolidación de la pensión, mediante un trabajo que hasta hace poco no gozaba de valor económico o relevancia social; y (iii) es lógico pensar que si con arreglo al último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en los eventos de convivencia no simultánea, el cónyuge *separado de hecho* tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en forma compartida, también debe tener derecho a esa prestación ante la inexistencia de compañero (a) permanente.

Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la

separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho.

En efecto, la antinomia contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, visible cuando en su inciso 2.º hace referencia a «*sociedad anterior conyugal*» y, en el tercero, a «*unión conyugal*», fue resuelta por la Corte a favor de la última a través de sentencia SL, 13 mar. 2012, rad. 45038, en los siguientes términos:

El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 contiene dos situaciones que no pueden equipararse, una relacionada con la existencia de la "unión conyugal" y la restante con la de la "sociedad conyugal vigente". Estima la Sala, que si la protección que otorgó el legislador fue respecto del vínculo matrimonial, tal como se destacó en sede de casación, debe otorgarse la pensión a quien acreditó que el citado lazo jurídico no se extinguió amén de que no hubo divorcio, pues por el especial régimen del contrato matrimonial, es menester distinguir entre los efectos de orden personal, relativos a las obligaciones de los cónyuges entre sí y con sus hijos, del meramente patrimonial como acontece con la sociedad conyugal o la comunidad de bienes que se conforma con ocasión de aquel.

Esa distinción, en eventos como el aquí se discute es de especial interés, pues frente a los primeros, inclusive, subsiste la obligación de socorro y ayuda mutua, que están plasmados en el artículo 176 del Código Civil que dispone que "los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida", y en el propio artículo 152, modificado por el artículo 5 de la Ley 25 de 1992, prevé que el matrimonio se disuelve, entre otras, por el divorcio judicialmente decretado.

Así, por ejemplo en sentencia C-533 de 2000, la Corte Constitucional abordó la naturaleza del matrimonio, y en torno al punto que aquí interesa estimó:

"(...) el matrimonio no es la mera unión de hecho, ni la cohabitación entre los cónyuges. Los casados no son simplemente dos personas que viven juntas. Son más bien personas jurídicamente vinculadas (...). En el matrimonio (...) las obligaciones que surgen del pacto conyugal, a pesar de que pueden llegar a extinguirse por divorcio y éste a su vez puede darse por voluntad de los cónyuges, es menester lograr la declaración judicial del divorcio para que se produzca la disolución del vínculo jurídico a que se ha hecho referencia".

Por demás, es el propio artículo 42 de la Constitución Política el que señala que "los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil", y si a ello se suma la voluntad del legislador de proteger la "unión conyugal" a la que hizo referencia la norma que aquí se discute, no sería propio negar el otorgamiento de la prestación cuando la sociedad conyugal esté disuelta, pero exista el verdadero vínculo jurídico, máxime cuando en este evento, el propio Ramón Antonio Castrillon Uribe, en desarrollo de sus obligaciones de socorro y ayuda mutua, previó el tema pensional e incorporó en la cláusula atrás transcrita su deseo de prodigar amparo, a quien convivió con él por más de 20 años.

La anterior interpretación la ratifica la Corte en esta oportunidad, habida cuenta que, a diferencia del contrato matrimonial, el cual incorpora derechos y obligaciones personales tales como los de socorro y ayuda mutua, tolerancia y respeto a la personalidad del cónyuge, los cuales subsisten mientras el vínculo no sea disuelto por muerte, divorcio o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, la sociedad conyugal hace referencia al régimen económico de la unión. Por lo tanto, el primero de los conceptos posee un significado subjetivo e intrínseco, del cual emanan unos deberes personales, mientras que el segundo alude a una sociedad patrimonial o de bienes.

Al compás de lo anterior, no es adecuado atar el derecho a la pensión de sobrevivientes a la pervivencia de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes, figuras que responden a contenidos netamente económicos, sino más bien a la vigencia del contrato matrimonial, dado que es esta unión la que confiere derechos y asigna obligaciones personales y subjetivos a los consortes, y, por consiguiente, permite incluirlos como *miembros de su grupo familiar*.

Pero tampoco resulta acertado enervar el derecho pensional ante figuras tales como la separación de hecho o de cuerpos, toda vez que en la primera de estas situaciones la obligación de convivir subsiste y en la segunda tan solo se excluye la de cohabitación, pero no la de socorro y ayuda mutua que, pese a esas circunstancias, subsiste.

Para decirlo de otro modo, la separación de cuerpos, figura jurídica en virtud de la cual solo se extingue el deber de cohabitación, no es un obstáculo para que el consorte que haya convivido durante 5 años con el causante, acceda a la prestación. Así mismo, la *separación de hecho*, tampoco frustra este derecho, pues esta circunstancia fáctica no extingue de suyo los deberes recíprocos de los cónyuges de entrega mutua, apoyo incondicional y solidaridad, los cuales perviven hasta tanto se disuelva el vínculo matrimonial.

Ello explica por qué, para el legislador del 2003 a pesar de la *separación de hecho* de los cónyuges, es decir, de la cesación de la comunidad de vida, si alcanzan a convivir al menos 5 años, el supérstite puede adquirir la pensión de sobrevivientes mientras ese vínculo no se disuelva, ya que los deberes de la pareja subsisten, al margen de si se allanaron a ellos o no.

Así las cosas, en resumen, el cónyuge con unión marital vigente, separado o no de hecho, que haya convivido *en cualquier tiempo* durante un lapso no inferior a 5 años con el afiliado o pensionado fallecido, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes.

b. Convivencia singular con el(la) compañero(a) permanente

En tratándose del compañero permanente, la jurisprudencia ha sido pacífica en señalar que la convivencia debe verificarse dentro de los 5 años *inmediatamente* anteriores al deceso del causante. En la sentencia CSJ SL680-2013, reiterada en SL1067-2014, la Corte recabó este criterio, así:

Pese a lo argüido, la exégesis que el juez de alzada hizo de la disposición legal no resulta distorsionada en cuanto consideró necesario y vital que se cumpliera el lapso de convivencia que allí se exige, esto es, 5 años previos al deceso, al tratarse de compañera permanente.

El aludido texto es claro respecto de tal requisito, y aun cuando, como lo ha considerado esta Sala al fijar la inteligencia de su literal b), privilegió el vínculo matrimonial, lo cierto es que en ningún evento dispensó el término de 5 años de coexistencia, solo que en el caso de la compañera permanente, por tratarse de una situación de facto, derivada de la decisión libre y espontánea, se asentó sobre la necesidad de que fuera cumplido previo al fallecimiento [..]»

De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado o afiliado, puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la

jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)."

Así las cosas, el precedente normativo, factico y jurisprudencial hasta aquí expuesto comporta para la Sala la confirmación de la sentencia de primera instancia que absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra ante la ausencia de derecho a la pensión de sobrevivientes de la promotora de esta acción.

Costas a cargo de la parte demandante atendiendo el resultado desfavorable del recurso. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de octubre de 2019 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARIA DEL CARMEN CACERES PEREZ contra el FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES -FONCEP- y la señora ANA ISABEL SILVA PEREZ, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la demandante. Inclúyase como agencias en derecho la suma de \$400.000 para cada una de las demandadas. Las de primera instancia se confirman

Notifíquese y Cúmplase.

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

Apneba Proyecto
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105025201100586-02

En Bogotá D.C., hoy 14 de julio de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Régimen de Transición - Pensión de jubilación Ley 71 de 1988. Retorno RPMPD

Entonces, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia proferida el 24 de enero de 2019, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **DIEGO FERNANDEZ GOMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS ING hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A.**, y en lo no apelado conocerá del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES. Previo a ello se reconoce personería adjetiva para actuar a la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL con CC No. 38.551.125 de Cali y T.P No 158.999 del CSJ como apoderada principal y a la Dra. MARÍA MARCELA PEREZ MONTERO con CC No.41.750.752 y T.P No. 35.497 del CSJ como apoderada sustituta de la parte demandada, en los términos y para los efectos del poder conferido y sustituido obrante a folios 285-294.

ANTECEDENTES

DIEGO FERNANDEZ GOMEZ instauró demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES y a la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías ING hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía PROTECCIÓN S.A, para que previa declaratoria de que es beneficiario del régimen de transición, sea condenada a reconocerle la pensión de jubilación por aportes, junto con los intereses moratorios liquidados a la tasa más alta, condenando a la Administradora Del Fondo de Pensiones y Cesantías ING a trasladar al ISS la totalidad de los aportes efectuados, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de su pedido, en síntesis, afirmó que, nació el 6 de septiembre de 1946, cotizó un total de 1.030 semanas a entidades públicas y privadas, el 30 de octubre de 2008 solicitó al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes obteniendo como respuesta que quien debía

tramitar la prestación era ING, está última quien certificó que si bien estuvo afiliado desde el 1º de abril de 1995 no allegó prueba de la afiliación ni de las cotizaciones y además no atendió su solicitud de traslado de régimen, por lo que el ISS nuevamente le negó la pensión con el argumento de que no era posible el traslado de régimen porque no había acreditado 750 semanas al 1º de abril de 1994. (Fls. 3-11)

CONTESTACIÓN

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en los siguientes términos:

COLPENSIONES con escrito de folios 216-220 se opuso a todas y cada una de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento y la expedición de la resolución 015710 del 27 de abril de 2009. Propuso las excepciones de Inexistencia del derecho y de la obligación; Buena fe; Prescripción; Cobro de lo no debido y la Genérica.

ING hoy **PROTECCION S.A.**, con escrito de folios 174-186 se opuso a la pretensión manifestó no constarle la mayoría de los hechos salvo el relacionado con la respuesta brindada al demandante y propuso las excepciones de: Inexistencia de la obligación; Buena fe y la Genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 24 de enero de 2019, resolvió: 1º) **CONDENAR** a COLPENSIONES apagar la pensión de jubilación por aportes al demandante, a partir del 1º de agosto de 2008, en cuantía mensual de \$461.500, más la mesada adicional de diciembre y reajustes legales; 2º) **ORDENAR** a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes contenidos en la cuenta individual del actor, junto con sus beneficios, conforme a lo dicho en las consideraciones; y, 3º) **ABSOLVER** a los demandados de las demás pretensiones y condenó en costas a COLPENSIONES exclusivamente por la suma de \$1.500.000

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación¹, para que se modifique en cuanto a la cuantía

¹ "Muchísimas gracias, sí, en este momento procesal me permito presentar el recurso de apelación con la finalidad de que se modifique la decisión proferida en esta instancia por las siguientes consideraciones jurídicas: Sea lo primero señalar que frente a la cuantía de la pensión, a la parte demandante nos da un valor superior, razón por la cual solicito se revise la liquidación efectuada por el despacho y se tengan en cuenta todas las cotizaciones efectuadas, incluidas las del régimen de ahorro individual para establecer la cuantía teniendo en cuenta que como ya lo señalé, a nosotros nos da un valor superior de mesada pensional inicial, y lo segundo, para que se acceda al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, teniendo en cuenta que si bien esta es una pensión reconocida bajo los parámetros de la ley 71, lo cierto es que el demandante se pensiona bajo los parámetros de la ley 100 de 1993 artículo 36, y en tal sentido desde el año 93, se pensiona además en vigencia de la ley 100 del 93 y en tal sentido el artículo 141 de la ley 100 establece que todas las pensiones que en los cuales no se cumplan los términos legales para el reconocimiento pensional, tienen que pagarse los intereses moratorios en tanto el demandante y como quedó demostrado en este proceso, desde el 2008 podía gozar de su mesada pensional, a hoy o a la fecha del cumplimiento de la sentencia judicial es que va a empezar a disfrutar de la mesada pensional y lo cierto es que el valor adquisitivo de la pensión pues ha cambiado bastante y en tal sentido como lo ha señalado la Corte Constitucional, estos intereses moratorios deben proceder para que no se pierda precisamente ese valor adquisitivo de la pensión, y también es cierto como lo ha mencionado el Consejo de Estado de la Corte Suprema de Justicia, este tipo de intereses moratorios también debe pagarse frente a las pensiones reconocidas por ley 71 de 1988, no solo las contenidas en la ley 100, porque reitero, de una interpretación más favorable frente a la disposición normativa, es claro que el demandante se pensiona en vigencia de la ley 100 de 1993 y por la ley 100 de 1993, solo que cumple unas condiciones especiales que le permiten pensionarse bajo los parámetros del régimen de transición establecido en la ley 100 de 1993. Por estas

de la pensión, porque a ella en su liquidación le da un mayor valor debiéndose tener en cuenta todas las cotizaciones efectuadas incluidas las del RAIS; y para que se acceda al reconocimiento y pago de los intereses moratorios ya que la pensión se otorga bajo los parámetros del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y en vigencia de ésta, por lo que al existir tardanza en el reconocimiento de la pensión de jubilación, pues podía gozar de la pensión desde el 2008, deben concederse los intereses para que no se pierda el poder adquisitivo incluso aunque se hubiera concedido conforme la Ley 71 de 1988.

ALEGACIONES

Descorrido el traslado de ley, la parte demandada precisa que no es a ella sino a la Administradora de Fondos de Pensiones ING, hoy Protección Pensiones y Cesantías a quien le corresponde reconocer y pagar la prestación económica que reclama el actor, careciendo por tanto de una falta de legitimación en la causa. Entre tanto, el demandante insiste en la procedencia de los intereses moratorios y en el pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la instancia previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

La Sala estudiará si (i) el demandante cumple los requisitos para acceder a la pensión de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1998 con base en el régimen de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 y con los requisitos que trae el Acto Legislativo 01 de 2005 para determinar la aplicabilidad del mencionado régimen hasta 2010 o hasta 2014 (ii) de encontrar cumplidos los mismos, se determinará el monto de la pensión que deberá recibir el demandante, y iii) si hay lugar a disponer el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993. Debiendo determinar en primer lugar la entidad competente para resolver la prestación pensional.

DE LA ENTIDAD ENCARGADA DE RESOLVER LA SOLICITUD PENSIONAL (COLPENSIONES - ING HOY PROTECCIÓN S.A) RETORNO AL RPMPD

Toda vez que solicita el promotor de esta actuación que la pensión de jubilación por aportes le sea reconocida por COLPENSIONES, pretendiendo de la AFP simplemente el traslado de la totalidad de los aportes, evidentemente lo primero que ha de establecerse es si le asiste o no el derecho a retornar al Régimen de prima Media administrado por COLPENSIONES.

razones pues solicito se modifique la decisión proferida en esta instancia, se revise la cuantía de la mesada pensional y se acceda al reconocimiento y pago de los intereses moratorios o en su defecto en virtud de también las disposiciones legales y las facultades que tiene el juez, se haga la correspondiente condena de la indexación por los valores adeudados teniendo en cuenta que el demandante desde el 2008 está solicitando el reconocimiento y pago de su pensión y a hoy, 10 años después, más de 10 años, pues no ha podido gozar de su mesada pensional, igualmente pues nótese la edad del demandante, es una persona ya que ha superado la edad de pensión y todavía no goza de su beneficio pensional. En estos términos dejo sustentado el recurso".

Así, dado que no existe duda en el presente asunto, que el señor DIEGO FERNANDEZ GOMEZ contaba al 1° de abril de 1994 con más de 40 años de edad y más de 750 semanas cotizadas, encontrándose afiliado a un régimen pensional de los preexistentes a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones introducido por la Ley 100 de 1993, como quiera que satisface el requisito de 15 años de cotización anteriores a la entrada en vigencia de la mencionada ley, esa circunstancia le permite retornar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES para que sea dicha entidad -y no PROTECCIÓN S.A (a la cual se encuentra actualmente afiliado)-, la que reconozca su eventual derecho pensional, manteniendo los beneficios del régimen de transición; ello ya que se le permite retornar en cualquier tiempo.

En efecto, de conformidad con los períodos de afiliación al régimen de pensiones ISS (fls 12-23 y 100-107), los certificados laborales de tiempo servido al Departamento de Caldas (fls 24-26, 117-118, 134-134 y 256-261), las resoluciones 015710 del 27 de abril de 2009 y GNR 258913 del 16 de octubre de 2013 expedida por COLPENSIONES (fls 32-33 y 236 a 238), el certificado de aportes expedido por ING (35 a 38 y 188 a 194), el historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS (fl 187), y el conteo de tiempos expedido por el ISS (fls 98-99), se tiene plenamente acreditado que el actor cotizó al sector público por cuenta del Departamento de Caldas, entre el 9 de abril de 1986 y el 30 de junio de 1994, un total de 2.962 días equivalente a 8 años, 2 meses y 22 días, mientras que al ISS por cuenta del sector privado cotizó 3.113 días, de los cuales 2905 lo fueron entre el 5 de diciembre de 1975 y el 30 de junio de 1996, por lo que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, que para su caso lo fue el 1° de junio de 1994 por ser un servidor del orden departamental fl (256), registraba un total de 5.867 días de tiempo servido, esto es, 838.14 semanas y/o 16 años, 3 mes y 17 días.

Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en los incisos 4° y 5° del artículo 36 de las Ley 100/93, declarados exequibles en la Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, sin que aplique la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU 130 del 13 de marzo de 2013, MP Dr. Gabriel Eduardo Mendoza en la que en lo pertinente puntualizó:

“10.7. Así las cosas, más allá de la tesis jurisprudencial adoptada en algunas decisiones de tutela, que consideran la posibilidad de trasladado “en cualquier tiempo”, del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, con beneficio del régimen de transición para todos los beneficiarios de régimen, por edad y por tiempo de servicios, la Corte se aparta de dichos pronunciamientos y se reafirma en el alcance fijado en las sentencias de constitucionalidad, en el sentido de que solo pueden trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, en cualquier tiempo, conservando los beneficios del régimen de transición, los afiliados con 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994.

10.10. Bajo ese contexto, y con el propósito de aclarar y unificar la jurisprudencia Constitucional en torno a este tema, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición. Para tal

efecto, deberán trasladar a él la totalidad del ahorro depositado en la respectiva cuenta individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media. De no ser posible tal equivalencia, conforme quedó definido en la Sentencia C-062 de 2010, el afiliado tiene la opción de aportar el dinero que haga falta para cumplir con dicha exigencia, lo cual debe hacer dentro de un plazo razonable.”

De tal suerte, aclarado que el demandante puede retornar a COLPENSIONES manteniendo los beneficios de la transición, y que para ello no requiere de aportar el dinero que haga falta, en la medida que con sentencia de 6 de abril de 2011 dentro de la acción de simple nulidad radicada con el No. 11001-03-25-000-2007-00054-00(1095-07), C.P Doctor Gerardo Arenas Monsalve, se declaró la nulidad parcial del literal b) del artículo 3° del Decreto 3800 de 2003, pues el exigir como requisito para conservar el régimen de transición a quienes se trasladan del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, que el saldo de la cuenta no sea inferior al monto total del aporte de haber permanecido en él y los rendimientos que se hubiere obtenido, se excedió la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional. Igualmente, se declaró la nulidad del último inciso del precitado artículo en razón a la conexidad directa con el literal b)²; es por lo que resta examinar si conservó tales beneficios.

DEL REGIMEN DE TRANSICIÓN

Teniendo en cuenta que el actor cumple con los dos requisitos para ser beneficiario del régimen de transición (edad y tiempo de servicios o semanas de cotización), ya que de acuerdo a su documento de identidad y registro civil de nacimiento vistos a folios 61 y 137 a 137, su natalicio data del 6 de septiembre de 1946, se deberá estudiar hasta cuando le es aplicable el mismo con base en las disposiciones normativas del Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el artículo 48 de la Constitución de 1991.

Señala la mencionada reforma constitucional en el párrafo transitorio 4° que:

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

Quiere lo anterior decir que, el Acto Legislativo impuso un límite temporal para dar aplicabilidad al régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1996, determinando que el mismo tendría vigencia hasta el 31 de julio de 2010, pero que se extenderían sus beneficios para aquellas personas que a la fecha de entrada en vigencia de la norma tuvieran cotizadas por lo menos 750 semanas o el equivalente en tiempo de servicios.

Como se explicó anteriormente, la edad y tiempo de servicios se hallan plenamente superados pues para la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, contaba con menos de 750 semanas, situación que cubre el requisito constitucional para que la aplicación del régimen de transición le sea prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2014.

² [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/127/S2/25000-23-25-000-2010-01214-01\(1913-12\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/127/S2/25000-23-25-000-2010-01214-01(1913-12).pdf)

DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

El régimen anterior que tenía el demandante es el contenido en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 del mismo año, el cual establece:

“Artículo 7.- Reglamentado por el Decreto Nacional 2709 de 1994. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.

Parágrafo.- INEXEQUIBLE. Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente ley, tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarán aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes. Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994” (Negrilla fuera de texto)

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, con radicado N° 29991 del 11 de septiembre de 2007, se dijo “que lo que aporta el afiliado tanto en el sector oficial como en el ISS, se puede acumular de forma simultánea para el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes.”

En el caso concreto se observa que el demandante cumplió los 60 años de edad el 6 de septiembre de 2006, y que para el 30 de junio de 1994 contaba con 16 años, 3 meses y 17 días de servicios tanto al sector público como cotizados al ISS, los que sumados al tiempo cotizado con posterioridad a esa fecha, esto es, entre el 30 de septiembre de 1994 y el 31 de julio de 2008, correspondientes a 4 años, 5 meses y 21 días (fls 236-238, 105-107), arroja un total de tiempo de servicios igual a 20 años, 9 meses y 8 días, por tanto, al reunir tales requisitos incluso con anterioridad al plazo concedido en el acto legislativo no cabe la menor duda que tiene derecho a que le sea reconocida la pensión de jubilación por aportes en los términos exigidos por la ley 71 de 1988 previstos en su artículo 7°.

DE LA CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Respecto del reconocimiento de la prestación económica incoada, y la fecha a partir de la cual se debe condenar a la pasiva a reconocer y pagar la pensión de vejez, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 señala:

“CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN 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.” (Negrilla fuera de texto)

De la citada norma se desprende que la causación de la pensión de jubilación por aportes es un concepto diferente al disfrute de la prestación; la primera, ocurre siempre que se reúnan los requisitos de edad y semanas de cotización exigidos por la ley, en tanto que el disfrute ocurre una vez se produzca la desafiliación del Sistema de Pensiones.

En el presente asunto, se tiene acreditado que la última cotización, fue el 31 de julio de 2008, luego entonces, de conformidad con lo establecido en líneas precedentes, el demandante causó el derecho de la pensión de jubilación, a partir del 1° de agosto de 2008, ya que para dicha fecha acreditaba los requisitos al contar con 60 años y más de 20 años de servicios, tal y como lo indicó el Juez primigenio.

DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN PARA PENSIONES DE JUBILACIÓN.

Acerca del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación por aportes, para aquellos afiliados que son beneficiarios del régimen de transición pensional, debe liquidarse de acuerdo con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto con el artículo 21 de la misma Ley 100 de 1993, dependiendo si para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el 1° de abril de 1994, al afiliado le faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, evento en el cual el ingreso base de liquidación deberá ser el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, debidamente indexado; y para los caso en que para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el afiliado le faltare 10 o más años para adquirir el derecho, el ingreso base de liquidación corresponde al promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el de todo el tiempo de la vida laboral, si fuere superior, siempre que haya cotizado 1.250 semanas como mínimo, de manera que el mismo no se determina por la normatividad anterior.

En el caso concreto, como quiera que el demandante completó los 20 años de servicio hasta el 23 de octubre de 2007, es evidente que desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 le faltaba más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez denominada pensión de jubilación por aportes, por lo que su ingreso base de liquidación debe establecerse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de las cotizaciones efectuadas en los 10 años anteriores a la fecha de causación del derecho, al que se le aplica una tasa de reemplazo del 75%, la cual de acuerdo a la liquidación efectuada por el liquidador de esta Corporación que se adjunta y hace parte integral de esta providencia (fls 297-300), arrojó:

<i>Total devengado actualizado a:</i>	2008	\$ 64.744.631,95
<i>Ingreso Base Liquidación</i>		\$ 539.538,60
<i>Porcentaje aplicado</i>		75,00%
<i>Primera mesada</i>		\$ 404.653,95
<i>Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año</i>	2008	\$ 461.500,00

Entonces, dado que ninguna mesada pensional puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, es por lo que, el monto de la primera mesada pensional para agosto de 2008 ciertamente corresponde a la suma de \$461.500, debiéndose confirmar la providencia recurrida también en este punto.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Señala el tenor literal del artículo 141: **"INTERESES DE MORA.** *A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago."*

Los intereses de mora contemplados en el artículo aludido se consideran generados cuando existe mora en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, por lo tanto, los mismos se producen de pleno derecho por el simple hecho de que la entidad se encuentre en mora de reconocer y pagar la pensión a que tiene derecho el afiliado.

De acuerdo con lo dicho, es claro que si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredite el derecho **y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace**, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses moratorios, salvo que el fondo de pensiones justifique su conducta con la aplicación de una norma sin tener en cuenta la interpretación que sobre el mismo aspecto ha realizado la Corte Suprema de Justicia, según lo ha explicado la CSJ, Sala Laboral, en sentencia SL 787-2013, radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2012.³

En el caso concreto, por tratarse de una pensión consagrada en la Ley 71 de 1988, los intereses contemplados en la Ley 100 de 1993, son procedentes, pues si bien se reconoció una prestación pensional bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988, y aunque dichos intereses fueron contemplados en la Ley 100 de 1993, estos también han sido aplicados en los eventos del reconocimiento de la pensión de vejez conforme a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por lo que en virtud al principio de igualdad, tal y como lo ha indicado la Corte Constitucional debería entrarse a condenar por dicho concepto; sin embargo, dado que el presente asunto tiene una particularidad consistente en que es apenas con esta providencia que se accede al retorno del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, pues se encuentra vinculado con la AFP PROTECCIÓN S.A lo cual no desconoce el actor al punto de que solicita de ella el traslado de sus aportes, por supuesto que la tardanza que se le endilga a la entidad aquí condenada al reconocimiento de la pensión encuentra válidamente justificación, ya que actuó bajo la firme convicción de que la responsabilidad en el pago de la pensión solicitada corría a cargo del fondo privado, sobre todo

³ La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras.

cuando se adelantó por parte de dichas entidades el proceso de multivinculación que comportó una aplicación exegética de las normas vigentes, pero que por virtud de la jurisprudencia constitucional aquí adoptada comporta que en esta oportunidad se conceda el retorno, razón por la cual se impone la confirmación de la sentencia que absolvió a la demandada de esta suplica y en su lugar ordenó el pago indexado de la pensión.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

En primer lugar, ha de advertirse que el derecho pensional es a todas luces imprescriptible, no ocurriendo lo mismo con las mesadas pensionales, las cuales prescriben si transcurridos tres años de su causación no se reclaman.

En el presente caso, el demandante elevó solicitud de reconocimiento pensional ante COLPENSIONES el 30 de octubre de 2008 tal y como se observa en la resolución 015710 del 27 de abril de 2009, a través de la cual la pasiva negó dicha prestación (Fl 32-33) y la demanda la presentó el 15 de septiembre de 2011, por lo que las mesadas pensionales no se encuentran afectadas por esta institución conforme lo establecido en el artículo 151 del CPT y de la SS, motivo por el cual este medio exceptivo no está llamado a prosperar.

Conforme a las anteriores consideraciones se confirmará la sentencia proferida el 24 de enero de 2019 por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, no sin antes adicionarla en el sentido de: **i)** declarar que, de conformidad con lo previsto en los artículos 13, literal e) y 36, incisos 4° y 5° de la Ley 100 de 1993, tal y como fueron interpretados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, al contar el promotor de esta actuación con más de quince (15) años de servicios cotizados a la fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, puede trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición; **ii)** ordenar al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que, en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a autorizar el traslado del señor DIEGO FERNANDO GÓMEZ identificado con la CC No.14.935.039 a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, trasladando a éste la totalidad del ahorro depositado en su cuenta individual; y **iii)** ordenar a COLPENSIONES que, una vez se efectúe el anterior trámite, acepte, sin dilación alguna, el traslado del aquí demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes, reconociéndole su calidad de beneficiario del régimen de transición.

Sin costas en esta instancia, por no haberse causado, las de primera instancia se confirman.

OTRAS CONSIDERACIONES

Se conminará al titular del Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá para que en lo sucesivo, como director del proceso, adopte todas las decisiones que estime necesarias a fin de evitar dilaciones en el trámite de las actuaciones como la aquí advertida, en donde transcurrió un lapso considerable de tiempo entre la radicación del proceso (15 de septiembre de 2011 según acta de reparto obrante a folio 47) y la sentencia (24 de enero de 2019 conforme acta de fl 274 y CD de folio 268).

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y

por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 24 de enero de 2019 por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **DIEGO FERNANDO GOMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, en los siguientes aspectos:

PRIMERO: DECLARAR que, de conformidad con lo previsto en los artículos 13, literal e) y 36, incisos 4° y 5° de la Ley 100 de 1993, tal y como fueron interpretados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, al contar el promotor de esta actuación con más de quince (15) años de servicios cotizados a la fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, puede trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición.

SEGUNDO: ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que, en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a autorizar el traslado del señor **DIEGO FERNANDO GÓMEZ** identificado con la CC No.14.935.039 a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, trasladando a éste la totalidad del ahorro depositado en su cuenta individual.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que, una vez se efectúe el anterior trámite, acepte, sin dilación alguna, el traslado del aquí demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes, reconociéndole su calidad de beneficiario del régimen de transición.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia objeto de apelación y consulta en todo lo demás, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en la segunda instancia. Las de primera se confirman dadas las resultas del proceso.

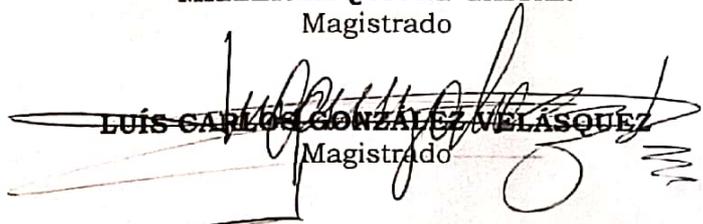
SEXTO: CONMINAR al titular del Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá para que en lo sucesivo, como director del proceso, adopte todas las decisiones que estime necesarias a fin de evitar dilaciones en el trámite de las actuaciones como la aquí advertida.

Notifíquese y Cúmplase

Los magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

276



**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

Expediente: Rad. 110013105013201800245-01

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PATRICIA NAVARRETE ÁLVAREZ
EN CONTRA DE ABBITT LABORATORIOS DE COLOMBIA S.A., NACIÓN
- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

En Bogotá D.C. a los catorce (14) días del mes de Julio de dos mil veinte (2020), día previamente señalados para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Entonces una vez corrido el traslado correspondiente a fin de que las partes procedieran a allegar sus escritos de alegatos de conclusión, procede la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la partes demandante en contra de la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2018 por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia, previo a ello se reconoce personería adjetiva a la Dra. Maria Elena Fierro García para que actué como apoderada de la demandada COLPENSIONES, conforme al poder allegado al proceso que reposa a folio 205 del plenario.

ANTECEDENTES:

La señora PATRICIA NAVARRETE ÁLVAREZ acudió a la justicia ordinaria laboral para que, según los trámites que le son propios a esta clase de procesos, de forma principal se declare el traslado a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. en junio de 1995, que trabajo al servicio

de ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A. entre el 14 de mayo de 1991 al 30 de noviembre de 1994 con un salario de \$745.000.00 pesos, en consecuencia se condene ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A. a la diferencia de aportes o el cálculo actuarial correspondiente al salario devengado, que se ordene a COLPENSIONES actualice la historia laboral, que se ordene a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - oficina de bonos pensionales a liquidar, emitir y pagar el bono pensional tipo A modalidad 2 con base en el salario realmente devengado, a lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. De forma subsidiaria se declare que se omitió actualizar el salario para el 30 de junio de 1992, en consecuencia se condene a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral y se ordene a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Oficina de Bonos Pensionales liquidar, emitir y redimir bono pensional tipo A modalidad 2. (Folios 4-5)

Como fundamento de sus pretensiones afirmo que; prestó sus servicios a la empresa ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A. desde el 14 de mayo de 1991 al 30 de noviembre de 1994 con un salario que asciende \$745.000.00 pesos para junio de 1992, sin embargo, ante el ISS se reportó \$645.000.00 pesos, que el 27 de abril de 1995 se trasladó al régimen de ahorro con solidaridad, que el 9 de julio de 1997 se solicita corrección de la historia laboral sobre el salario base en OLD MUTUAL, que el bono pensional no tuvo en cuenta el salario base de junio de 1992, que el 12 de febrero de 2016 solicita a la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la anulación del bono pensional emitido el 3 de septiembre de 1998, dado que COLPENSIONES no había reconocido su cuota parte, que el 31 de enero de 2017 solicita ante COLPENSIONES corrección de la historia laboral para continuar con el trámite del bono, que el empleador oficio a COLPENSIONES para la corrección del salario realmente devengado en junio de 1992, corrección que COLPENSIONES se ha negado realizar, que se reconoció bono pensional en un monto inferior al que se debía reconocer. (Folios 6-8)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones, con fundamento en que para obtener la modificación y actualización de la historia laboral frente al reporte del IBC del mes de junio de 1992 corresponde a su empleador ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A. realizar las acciones pertinentes a fin de obtener tal resultado, pues COLPENSIONES no puede adelantar las gestiones de manera oficiosa y menos aun cuando no se ha pagado las diferencias correspondientes, sin que pueda adelantarse la emisión y pago del bono pensional. Propuso como excepciones de fondo las denominadas; prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (Folios 94 a 98)

La demandada NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, manifestó que la demandante tienen derecho a un bono

227

pensional tipo A modalidad 2 el cual fue emitido con el salario devengado y reportado por su empleador y está pendiente de redención para el 15 de marzo de 2021 fecha en la cual cumpliría 60 años de edad, sin embargo, se manifiesta que el salario reportado es inferior al realmente devengado, pero es el reportado ante COLPENSIONES sin que el Ministerio pueda realizar modificación de ello de ser ello. Propuso como excepciones de mérito la ausencia de responsabilidad e inexistencia de obligación a cargo de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, buena fe y excepción genérica. (Folios 112 a 123).

Por último, la demandada Abbott Laboratorios de Colombia S.A., al contestar se opuso a todas las pretensiones, expresando que reporto oportunamente el salario y los pagos realizados en cada mes a favor del demandante y que para los periodos de junio y julio de 1992 no proceden cambios al salario, dado que para la época no aplicaba incrementos retroactivos, que además no se cometió ningún error, ni incumplió ninguna de sus obligaciones laborales.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia de 20 de noviembre de 2018, resolvió; absolver a las demandadas.

Para llegar a la anterior decisión, el Juez de instancia manifestó lo siguiente; que no existe error en el IBC la demandada Abbott reporto en debida forma el salario que la demandante devengaba para el año 1992 en la suma de \$645.000.00 pesos en razón a que para dicha fecha no se había incrementado el salario y de igual forma procedió para el mes de julio, puesto que ya para dicha data el mismo se había aumentado, pero como aquel fue retroactivo al 1 de junio procediendo a pagar la diferencia por un monto de \$100.000.00 pesos, es decir, no existe mora por parte del empleador, ni mora en el reporte o reporte erróneo de un salario, simplemente fue una actuación correcta y eficaz, puesto que una vez realizado el aumento del salario de la trabajadora procedió inmediatamente a reportarlo y pagar la diferencia, **situación que además no influye para la liquidación del bono pensional al haberse superado el salario asegurable, ya que el bono solo podrá liquidarse con el tope del salario por el cual el empleador debía cotizar esto es la categoría fijada por el Seguro Social y aprobada por el Gobierno Nacional.**

RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la demandante, interpone recurso de apelación el cual sustentó así; que el Juzgado de primera instancia encontró acreditado y probado que el salario realmente devengado por la demandante para junio de 1992 correspondía a \$745.000.00 pesos, situación que fue reportada por el empleador pagando la respectiva diferencia en el mes de julio, debiéndose ceñir el ISS a las categorías establecidas para el reporte de las cotizaciones, sin embargo, no

tuvo en cuenta así como se determinó que para junio de 1992 la demandante tenía un salario de \$745.000.00 pesos y por esta situación es que paga el retroactivo no solo el salarial sino el porcentaje que correspondía a su aporte para pensión dejándose de lado que la Corte en pronunciamientos en lo que tiene que ver con el ingreso base de cotización o los salarios que una persona ha trabajado en estos periodos anteriores a la expedición de la Ley 100 de 1993, lo que ha denominado lo efectivamente cotizado o efectivamente laborado, en el caso de la demandante encontramos que tenía un salario para fecha corte de su bono pensional de \$745.000.00 pesos, situación que no se tuvo en cuenta en el fallo de primera instancia.

Es así que los derechos en cuanto al bono se ven afectados contrario a lo que se indicó en las consideraciones del mismo fallo cuando se señala que el empleador cumplió con su obligación, sin embargo, tal situación en nada influye para el bono, aspecto que da por sentado el Despacho sin considerar que en el asunto no se trató, ni se tocó un tema relacionado o concretamente a valores o porcentajes de su mesada, es así como se da un error en la liquidación, pues si influye el ingreso base, al encontrarse acreditado y probado en el plenario que el salario para junio de 1992 era de \$745.000.00 pesos, por lo que el valor de su bono pensional debe ser modificado, lo que deviene en una reliquidación pensional derecho del que disfruta en la actualidad.

De otro lado, a pesar de que existían unas categorías el salario de la demandante no sobrepasa las mismas, sino que por el contrario el reconocido para junio de 1992 se encuentra en la categoría 51, por lo que corresponde acceder a las pretensiones de la demanda.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado la demandada COLPENSIONES solicita se absuelva de lo pretendido, dado que le corresponde al empleador el pago de los aportes que se encuentran en mora.

De otro lado, el apoderado de la parte demandante, indica que una vez estudiadas las pruebas aportadas al proceso es claro que la demandante tiene derecho a la reliquidación de su bono pensional.

Por último, la apoderada de la demandada Abbott Laboratorios de Colombia SAS, solicito ser absuelta, al manifestar que dio cumplimiento a la normatividad, por lo que no hay lugar a favor de la demandante a un cálculo actuarial tal como lo indico el Juez de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

La Sala estudiará, si la señora PATRICIA NAVARRETE ALVAREZ tiene

derecho a que se reliquide el bono pensional teniendo en cuenta un salario de \$745.000.00 pesos para el mes de junio de 1992, para lo cual deberá establecerse si tal asignación sobrepasaba o superaba el salario asegurable para la época.

En virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS), la Sala estudiará los aspectos que fueron planteados por las partes recurrentes.

En cuanto al salario asegurable para el año de 1992.

Antes de entrar a resolver el problema jurídico planteado, resulta forzoso entrar a realizar un análisis sobre lo establecido en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, que a la letra indica;

“ARTÍCULO 117. VALOR DE LOS BONOS PENSIONALES. Para determinar el valor de los bonos, se establecerá una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, que se calculará así:

*a) Se calcula el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, como el resultado de multiplicar **la base de cotización del afiliado a 30 de Junio de 1992**, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase cesante, actualizado a la fecha de su ingreso al Sistema según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del DANE, por la relación que exista entre el salario medio nacional a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, y el salario medio nacional a la edad que hubiere tenido el afiliado en dicha fecha. Dichos salarios medios nacionales serán establecidos por el DANE;”.* (Negrilla resaltado por la Sala)

Ahora, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo 048 de 1989, reglamentado por el Decreto 2610 del mismo año, vigente para la época en que la demandante prestó sus servicios a ABBOTT LABORATORIOS DE COLOMBIA S.A., los aportes al Instituto de Seguros Sociales por concepto de I.V.M., se realizaban de acuerdo a una tabla de categorías, en la que se establecía que las personas que devengasen un salario superior a \$626.790.00 pesos en adelante se encontraban inmersos en la categoría denominada 50, y quienes cotizaran al sistema sobre un salario igual o superior a \$665.070.00 pesos, siendo ésta la categoría denominada 51, como la máxima en cuanto a cotizaciones para la fecha en que rigió el mencionado acuerdo, por lo que de tenerse la suma de \$745.000.00 pesos como el salario base de cotización para el 30 de junio de 1992, se tendría que ordenar la reliquidación del bono con el fin de aplicar la máxima categoría, ya que no fue esta la aplicada.

Al tema oportuno es traer a colación lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL16339-2014 radicación 43143 del 26 de noviembre de 2014 M.P Dr. Gustavo Hernando López Algarra, en la que se

adujo: "Respecto al tópico planteado por la censura en el recurso, esto es, cuál es el monto máximo asegurable al 30 de junio de 1992, esta Sala de la Corte ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse, indicando que el artículo 117 de la ley 100 de 1993, tomó la fecha atrás mencionada, como referencia para determinar el valor de los bonos pensionales, y que para esa calenda, respecto al régimen pensional administrado por el Instituto de Seguros Sociales, existían unas tablas de categorías y cotizaciones, los cuales señalaban unos topes mínimos y máximos, siendo el último de estos cuantificado en la suma de \$665.070 (acuerdo 048 de 1989, aprobado por el decreto 2610 del mismo año), y en tal sentido, dicha entidad no podía recibir, por no estar autorizado, ninguna cotización que superara el salario máximo asegurable. Además, señaló que aun cuando el artículo 5° del decreto 1299 de 1994, modificó el salario base de liquidación de los bonos pensionales al 30 de junio de 1992, en la medida que se refirió al salario devengado en esa fecha, y no al salario base de cotización, es una disposición no aplicable, en la medida que los acuerdos y demás disposiciones que regulan las pensiones de vejez, establecían unos límites a los cuales debía someterse el ISS, sin que pudiera recibir mayores valores a los allí dispuestos." Lo anterior respaldado en otras sentencias como como la CSJ SL del 22 nov 2011, rad. 40250, que reiteró la CSJ SL, mar 31 2009, rad. 31855, y la CSJ SL, 16 mar 2008, rad. 25608.¹

¹ Allí se dijo La Ley 100 de 1993, especialmente su artículo 117, tomó el 30 de junio de 1992 como fecha de referencia para determinar el valor de los bonos pensionales en orden a la implementación y cabal desarrollo del nuevo Sistema General de Pensiones establecido por dicha ley

Para la fecha en mención valga la pena recordarlo, el régimen pensional estaba fundamentalmente a cargo del Instituto de Seguros Sociales y de algunas cajas de previsión social de naturaleza pública así como en cabeza de algunos empleadores -públicos y privados- básicamente las pensiones de jubilación en el referido sistema eran producto de las cotizaciones o aportes realizadas por empleadores y trabajadores o por el tiempo de servicios en el sector público

Asimismo para ese entonces y en lo que tiene que ver con el régimen pensional administrado por el Instituto de Seguros Sociales, existían unas tablas de categorías y cotizaciones que imponían un tope de salarios mínimos y máximo asegurables según la categoría que correspondiera. Este último es decir el salario máximo asegurable de conformidad con el Acuerdo 048 de 1989, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año, estaba cuantificado en la suma de \$665.070

Indicaba lo anterior que el ISS no recibía -ni estaba autorizado para hacerlo según sus reglamentos- ninguna cotización que superara el salario máximo asegurable, de donde se seguía como inexorable consecuencia que así un afiliado devengara o percibiera ingresos más allá del mismo, sus cotizaciones no podían superar el tope legal establecido

En consonancia con la situación legal descrita, el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, estableció que el valor de los bonos pensionales para determinar la pensión de vejez de referencia de cada afiliado, se calculaba con fundamento en el "salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre como el resultado de multiplicar la base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992 o en su defecto el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase cesante" (Se resalta)

No obstante la armonía y concordancia existente entre la Ley 100 de 1993 y el salario base de cotización a 30 de junio de 1992, el artículo 139-5 de la mencionada ley concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para que dictara "las normas necesarias para la emisión de los bonos pensionales, su redención, la posibilidad de transarlos en el mercado secundario, y las condiciones de los bonos cuando deban expedirse a personas que se trasladen del régimen de prima media al régimen de capitalización individual"

En desarrollo de tales facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto 1299 de 1994 (publicado en el Diario Oficial número 44 411 del 28 de junio de ese año) en cuyo artículo 5°, literal a) 1994 titulado como "Salario base de liquidación para la pensión de vejez de referencia" asumió que "a) Trátanse de personas que estaban cotizando o que hubieren cotizado al ISS o a alguna caja o fondo de previsión del sector público o privado, el salario o el ingreso base de liquidación será el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992 reportado a la respectiva entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha si para la misma no se encontraba cotizando" (El subrayado es de la Sala)

Es evidente que el artículo 5° del precitado Decreto 1299 de 1994, introdujo una protuberante modificación en cuanto al salario base de liquidación de los bonos pensionales a 30 de junio de 1992, pues ya no aludió al salario base de cotización sino al salario devengado en esa fecha de acuerdo con las normas legales vigentes. Y así se afirma, pues si para dicha fecha había un salario máximo asegurable de \$665.070 pero el afiliado realmente devengaba un salario superior, el bono debía liquidarse de acuerdo con este último y no con el se le cotizo

Desde luego que con la modificación implementada por el artículo 5° del Decreto 1299 de 1994 bien puede decirse que, mediante una norma posterior, se convirtió en ilegal lo que anteriormente estaba ajustado a la ley. En otras palabras, una situación que en su momento estaba amparada por la ley, después por virtud de una modificación legislativa, pasó a ser ilegal, lo cual no es más que la aplicación retroactiva de una norma, desconociendo con ello el clásico principio general del derecho de la irretroactividad de la ley

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ Magistrado ponente SL8586-2017
Radicación n.º 48998 Acta 21 Bogotá, D. C., catorce (14) de junio de dos mil diecisiete (2017).

Aclarado lo anterior, no puede olvidarse que lo reportado como salario realmente cotizado por el empleador a favor de la demandante para el 30 de junio de 1992 fue sobre un salario de \$645.000.00 pesos (Fl. 152), si bien el empleador acredita que la señora Navarrete Álvarez devengó la suma de \$745.000.00 pesos para los meses de junio y julio debido al

Y pese a que la Corte Constitucional en su oportunidad declaró la inaplicabilidad del artículo 5º del Decreto 1299 de 1994 mediante la sentencia C-734 de 2005, sin embargo, en otras decisiones suyas, especialmente las sentencias de Tutela T-147, T-801, T-910, T-920 y T-1087 de 2006 refiriéndose a la citada sentencia de constitucionalidad reitero en forma textual que "Las sentencias de constitucionalidad rigen hacia el futuro por regla general, de forma que solo tienen efectos retroactivos cuando la Corte expresamente le confiere a su sentencia alcances hacia el pasado, lo cual ha sucedido de manera excepcional, cuando en casos concretos se demuestra que están en juego valores constitucionales más importantes que la propia seguridad jurídica, por eso puntualizo que no es posible aplicar de manera retroactiva la sentencia C-734 de 2005 y por ende las personas que tenían derecho a la emisión del bono conforme a las reglas vigentes al momento de su traslado de un sistema a otro, no han perdido ese derecho. Quiero decir que para aquellas personas que se trasladaron entre la entrada en vigencia del literal a) del artículo 5º del Decreto Ley 1299 de 1994 y el momento en el cual se profirió la sentencia C-734 de 2005 (14 de julio de 2005) el literal a) del artículo 5º es plenamente aplicable. La sentencia T910 de 2006 lo explicó así: De forma que si la persona se trasladó entre el 28 de junio de 1994 hasta el 14 de julio de 2005 tiene derecho a que el salario de referencia que sirve de base para la determinación del bono pensional se calcule como estableció el literal a) del artículo 5º del Decreto Ley 1299 de 1994, esto es, tomando en cuenta el salario devengado por el beneficiario del bono a 30 de junio de 1992. (Lo subrayado no pertenece al texto reproducido). Es decir que según lo dicho por esa alta Corporación, el artículo 5º del Decreto 1299 de 1994, surtió efectos y los seguró surtiendo en tratándose de situaciones acontecidas bajo su vigencia, acontecidas bajo su vigencia.

Empero, la Corte Suprema considera, por lo antes expuesto, que el tantas veces mencionado artículo 5º del Decreto 1299 de 1994, no puede tener aplicación en el asunto bajo examen porque al tenor de los Acuerdos y demás disposiciones que regulaban las pensiones de vejez, entre ellas, las atinentes a los límites de cotizaciones a los cuales debía someterse el empresario inscrito en el ISS, las mismas establecían un salario máximo asegurable, por encima del cual, se repite, la cantidad de previsión social no podía recibir cotizaciones.

Precisamente, en sentencia del 16 de marzo de 2008, radicación 25608, sobre el salario máximo asegurable, esta Corporación manifestó lo siguiente:

"... la existencia de normas como las contenidas en el Reglamento General de los Seguros de IVM (Decreto 3041 de 1966, aprobatorio del Acuerdo 224), al preceptuar que "El Consejo Directivo del Instituto establecerá igualmente los salarios asegurables en categorías y señalará el salario de base correspondiente a cada una, sobre el cual se efectuarán los pagos de cotizaciones y se determinará el monto de las prestaciones en dinero". Los asegurados que perciban salario igual o mayor a la cantidad señalada como límite máximo del salario asegurable pagarán cotizaciones sobre el valor de este. (Artículo 37, incisos 1 y 3).

También apoya la definición del caso el artículo 32 del Decreto 433 de 1971, en tanto prescribe que las contribuciones señaladas por el ISS a los empleadores y a los trabajadores se sujetarían a la aprobación del Gobierno Nacional sobre el total de la remuneración asegurable. Sin embargo, el Instituto queda facultado únicamente en lo que se refiere a las cotizaciones destinadas a financiar en dinero las contingencias, a señalar un límite máximo para la remuneración asegurable, y podía disponer que el excedente de la remuneración por sobre dicho límite no se considere para los efectos de las cotizaciones ni de las mencionadas prestaciones en dinero en las citadas contingencias. El Instituto está facultado igualmente para agrupar a los asegurados en categorías según la remuneración y para asignar a cada categoría una remuneración o salario de base que servirá tanto para el cálculo de las cotizaciones como para el pago de las prestaciones en dinero.

'Acorde con esa normatividad se encuentra el artículo 24 del Decreto 1650 de 1977 que consagra el establecimiento en los reglamentos del ISS de los límites del salario asegurable, y en tal sentido, por ejemplo, el artículo 60 de aquel Decreto 133 previó el salario máximo asegurable en suma no inferior a 22 veces el salario mínimo legal, mientras que el artículo 1º del Acuerdo 01 de 1979, aprobado por el Decreto 3090 del mismo año, señaló para esos efectos la cantidad diaria de \$2.530, la que se aumentó mediante Acuerdo 003 de 1982 y 048 de 1989, aprobados por los Decretos 2630 de 1983, 2610 de 1989, estos preceptos además regularon unas categorías y la máxima (en la última norma reseñada) fue la 51, con un salario mensual máximo asegurable de \$665.070 (artículo 2º), mientras que en el artículo 4º señalaba el salario mensual de base máximo asegurable en 21 veces el salario mínimo legal de cada año.

En el presente caso, conforme con el certificado expedido por BBI A Horizonte Pensiones y Cesantías S. A. (fl. 11 C. principal), PINEDA, se encuentra vinculado a nuestro fondo de Pensiones Obligatorias desde el 2 de marzo de 2004, lo que quiere decir que la norma aplicable al demandante para determinar lo correspondiente al salario base de liquidación era la vigente al 30 de junio de 1992, es decir el Decreto 2160 de 1989 que, como ya se ha dicho, imponía un salario máximo asegurable.

Ahora bien, es evidente que para el 30 de junio de 1992, el demandante devengaba un salario de \$1.507.600 y frente al cual sólo podía cotizar sobre lo previsto para la categoría 51, equivalente a \$665.070, tal como lo encontró acreditado el Tribunal. Mas como la demandada cotizó en ese tiempo sobre un salario de \$89.070, resulta un saldo a su cargo, consistente en la diferencia resultante entre el salario con el que realmente cotizó y el salario máximo asegurable sobre el cual debía cotizar, de donde surge palmario que el act. quem se equivocó en cuanto dispuso que la empresa demandada debía asumir la diferencia existente entre la cuantía del bono pensional que se liquide con destino a la Administradora de Pensiones, con base en el salario devengado para tal época, al individualizar los valores correspondientes a los años 1991 a 1993, porque lo precedente, como quedó explicado, es tomar el salario de \$ 665.070.00 que correspondía al máximo asegurable al 30 de junio de 1992.

aumento salarial que le fue concedido, y reportado para el mes de julio de 1992 junto con lo correspondiente y faltante por el mes de junio de ese mismo año (Fl. 153), sin que pueda desconocerse el salario realmente devengado por la parte demandante en la suma de \$745.000.00, con ello no se desconoce lo establecido por el Legislador en cuanto a la fecha de corte específica, como referencia para determinar el valor del bono pensional de la señora Patricia. Máxime, si se tiene en cuenta que fue lo que realmente devengado y reportado por el empleador en favor de la demandante.

Ahora bien, toda vez que de conformidad con la normatividad que se encontraba vigente para el momento de su traslado al Régimen de Ahorro individual con prestación definida, esto es, la Ley 100 de 1993 y su Decreto Reglamentario 1299 de 1994, era el salario realmente cotizado el que debía considerarse para el 30 de junio de 1992. Por lo anterior, para la Sala es claro que lo realmente devengado debe ser aplicado para el correspondiente reajuste del bono pensional, así las cosas, se procedió con ayuda del grupo liquidador a determinar el valor del bono pensional el cual asciende a la suma de \$44.044.383.50, suma superior a la reconocida por la Nación y que se acredita a folios 44 y 47 del plenario.

Basta lo hasta aquí expuesto para revocar el fallo de primera instancia, para en su lugar, declarar que el salario realmente devengado por la demandante para junio de 1992 fue la suma de \$745.000.00 pesos y en consecuencia condenar a la diferencia surgida del bono pensional topi A modalidad 2 por un monto de \$6.650.306.5, correspondiéndole la categoría 51 establecida en el Decreto 2610 de 1989.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 20 de noviembre de 2018 por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, del proceso instaurado por PATRICIA NAVARRETE ÁLVAREZ en contra de NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - OFICINA DE BONOS PENSIONALES, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y ABBOTT LABORATORÍOS DE COLOMBIA S.A., por las razones expuestas en esta instancia.

SEGUNDO: DECLARAR que el salario realmente devengado por PATRICIA NAVARRETE ÁLVAREZ para junio de 1992 fue la suma de \$745.000.00 pesos.

230

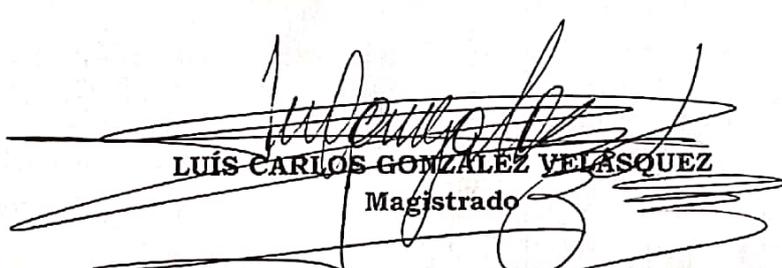
TERCERO: CONDENAR a la demandada NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - OFICINA DE BONOS PENSIONALES a la diferencia surgida del bono pensional topi A modalidad 2 por un monto de \$6.650.306.5, correspondiéndole la categoría 51 establecida en el Decreto 2610 de 1989.

CUARTO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$300.000.00 pesos y en favor de las demandadas.

Notifíquese y cúmplase,


JOSÉ WILLIAM ZULUAGA GONZÁLEZ
Magistrado Ponente

Aprueba Proyecto
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

Expediente 110013105033201700126-01

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SARA MILENA PACHÓN DELGADO
EN CONTRA DE ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES.**

En Bogotá D.C. a los catorce (14) días del mes de Julio de dos mil veinte (2020), día previamente señalados para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Entonces una vez corrido el traslado correspondiente a fin de que las partes procedieran a allegar sus escritos de alegatos de conclusión, procede la Sala resolver el recurso de apelación de la parte demandada en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 22 de octubre de 2018 por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia, previo a ello se reconoce personería adjetiva a la Dra. Cindy Brillith Bautista Cárdenas para que actué como apoderada de la demandada COLPENSIONES, conforme al poder allegado al proceso que reposa a folio 109 del plenario.

ANTECEDENTES

SARA MILENA PACHÓN DELGADO, llamó a juicio a COLPENSIONES, para que se ordene la reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta lo cotizado durante toda la vida laboral aplicando una tasa de reemplazo del 90% por ser beneficiario del régimen de transición, indexación de la primera mesada pensional, intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho. (Folios 5-6)

Como fundamento de sus pretensiones señaló que nació el 4 de febrero de 1956, cumpliendo 55 años de edad el mismo día y mes del año 2011, que para el 1 de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, que se afilió al ISS en el año 1972, que cotizó un total de 1.591 semanas, que la última cotización se dio en el mes de febrero de 2005, que mediante Resolución No. 106207 del 12 de abril de 2011 se reconoció pensión de vejez a partir del 4 de febrero de 2011, aplicando una tasa de reemplazo del 90% a un ingreso base de liquidación de \$1.137.329.00 pesos, teniendo en cuenta los últimos 10 años cotizados, que el 26 de junio de 2014 se solicitó la reliquidación, la cual fue resuelta mediante Resolución No. GNR 31192 del 11 de febrero de 2015. (Folios 6-8)

COLPENSIONES, al responder la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos señaló que se aplicó el IBL más favorable a la demandante conforme a lo establecido en la ley.

Propuso como excepciones las que denomino; inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia de intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, innominada o genérica. (Folios 37 a 44 y 56-64)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia de 22 de octubre de 2018, resolvió; declarar que la mesada pensional determinada del IBL de toda la vida laboral resulta más favorable, condeno por diferencias pensionales, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, negó los intereses moratorios.

Como fundamento se su decisión manifestó; que debía aplicarse lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por lo que al efectuar las operaciones aritméticas se logra determinar que la mesada pensional arrojada del ingreso base de liquidación de lo cotizado en toda la vida laboral le es más favorable.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandada interpone recurso de apelación a fin de que; se debe verificar las operaciones aritméticas dado que a la demandante le es más favorable el monto de la prestación determinado con lo cotizado en los últimos 10 años.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el correspondiente traslado la demandada COLPENSIONES manifestó que realizada la correspondiente reliquidación y retroactivo pensional no se generan valores a favor de la pensionada.

Por su parte, el apoderado judicial de la demandante expresó que tiene derecho a la reliquidación, dado que al observar la historia laboral no se ha corregido la misma incurriendo en mora

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Le corresponde determinar a la Sala, si en efecto le asiste el derecho a la señora Sara Milena Pachón Delgado a que se reliquide la pensión con lo cotizado en toda la vida laboral.

Del status pensional:

Tal como lo advirtió la Juez primigenio, con Resolución No. 106207 del 12 de abril de 2011 proferida por el ISS hoy COLPENSIONES reconoció pensión de vejez a la demandante a partir del 4 de febrero de 2011. (Folios 18-19)

De la reliquidación pensional.

Acerca del ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, para aquellos afiliados que son beneficiarios del régimen de transición pensional, conforme lo explicado en las sentencias CSJ SL, 1 mar. 2011, rad. 40552¹, reiterada en la del 17 jul. 2013, rad. 45712², entre otras, debe liquidarse de acuerdo con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto con el artículo 21 de la misma Ley 100 de 1993, dependiendo si para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el 1º de abril de 1994, al afiliado le faltare menos de 10 años para adquirir el derecho,

¹ "Como quedó visto en sede de casación, para el caso de quienes les faltaba <menos> de 10 años para adquirir el derecho de la pensión, al momento en que entro a regir el Sistema General de Pensiones, se les aplica a fin de establecer el IBL, las reglas contenidas en el inciso 3º del artículo 36 de la citada Ley 100. Empero, para quienes les faltare <más> de 10 años, el IBL sera el previsto en el artículo 21 ibidem, norma que el censor tambien enunció en la proposición jurídica del cargo, esto es, el "promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión", o el promedio del ingreso base de cotización, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del afiliado, si resulta superior al anterior, siempre y cuando este haya cotizado 1250 semanas como mínimo "

² "(...)" Así las cosas, para quienes les faltare mas de 10 años, el IBL sera el consagrado en el artículo 21 de la Ley de Seguridad Social, esto es, "el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión" o el promedio del ingreso base de cotización ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del asegurado, si resulta superior al anterior siempre y cuando éste haya cotizado 1250 semanas como mínimo."

"De tal modo, que al haber tomado el *ad quem* el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, como norma aplicable en materia de IBL para este particular asunto, en el que el actor cotizó al sistema de seguridad social integral más de 1250 semanas, concretamente 1480, es dable optar por el IBL que le resultare mas favorable al afiliado, y desde esta perspectiva la Colegiatura, no vulneró la ley en la forma en que le enrostra la censura "

"Y ello es así, por cuanto, se reitera, cuando entró en vigencia el Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994-, al demandante le hacían falta mas de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, pues reunió requisitos al cumplir la edad de 60 años el 16 de octubre de 2007, razón por la cual tal como lo sostuvo el Tribunal, pese a que era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley de Seguridad Social, el ingreso base de cotización de su prestación no se regía por esa disposición sino por el artículo 21 ibídem."

"Dicho criterio ha sido acogido por esta Corporación, entre otras, en la sentencia 37246 del 22 de enero de 2013, que reitera la proferida el 1º de marzo de 2011, Rad. 40552.)

evento en el cual el ingreso base de liquidación deberá ser el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, debidamente indexado; y para los casos en que para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el afiliado le faltare 10 o más años para adquirir el derecho, el ingreso base de liquidación corresponde al promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el de todo el tiempo de la vida laboral, si fuere superior, siempre que haya cotizado 1.250 semanas como mínimo, de manera que el mismo no se determina por la normatividad anterior.

Frente al cálculo del IBL respecto de los beneficiarios del Régimen de Transición señaló la misma corporación en sentencia CSJ - SL del 18 febrero de 2015, rad. 53416:

“Y ello es así por la potísima razón de que el llamado IBL de las pensiones reguladas por el régimen de transición se rige por lo previsto en el mentado inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 cuando al afiliado le faltaban ‘menos’ de 10 años para completar las exigencias del régimen pensional anterior al que aspira el interesado, pues, cuando le faltaban ‘más’ de esos 10 años, a falta de expresa regulación, el referido IBL se sigue por el artículo 21 de la misma normativa. Ahora, en ambos casos, se preferirá el de toda la vida laboral cuando éste fuere más ‘favorable’ al del tiempo que le faltaba al interesado cuando fuere ese tiempo menor de los dichos 10 años; o al de los 10 años, si el que le faltare fuere superior, pero siempre que en este último evento hubiese cotizado 1.250 semanas.” (Negrilla fuera de texto)

En este orden de ideas, y en el caso particular de la demandante, al momento de entrada en vigencia el Sistema General de Pensiones, le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho por lo que el ingreso base de liquidación se debe establecer conforme al sistema general de pensiones.

El artículo 21 de la Ley 100 de 1993 establece que:

“ARTICULO. 21. Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo". (Negrilla fuera de texto)

En síntesis, el citado artículo dispone que el ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si resulta superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo.

En el caso concreto, como quiera que la demandante cumplió 55 años de edad el 4 de febrero de 2011, tal y como se acredita en la copia de su cédula de ciudadanía visible en el expediente (folio 17), por lo que le faltaba más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, contados desde el 1 de abril de 1994, y tenía cotizadas 1.596.29 semanas, su ingreso base de liquidación debió establecerse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de las cotizaciones efectuadas en los 10 años anteriores a la fecha de causación del derecho o la de toda su vida laboral si este fue superior, una vez realizadas las operaciones aritméticas de rigor con ayuda del grupo liquidador, en lo que tiene que ver sobre la liquidación de los últimos 10 años y toda la vida laboral, este último le resulta más favorable en la que se estableció una mesada pensional en la suma de \$1.020.399.17, sin embargo, el mismo no supera el monto de la mesada pensional determinada por la demandada en la Resolución No. 106207 de 2011 en la que se fijó un monto de \$1.023.596.00.

Conforme a las anteriores consideraciones se revocará la sentencia proferida el 22 de octubre de 2018, para en su lugar absolver de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Sin costas en esta instancia, se revocan las de primera instancia, las cuales quedaran a cargo de la parte demandante y en favor de la demandada.

Decisión

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

RESUELVE

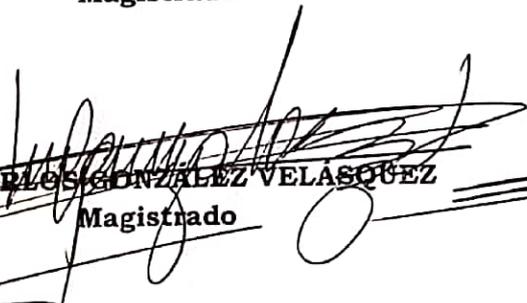
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 22 de octubre de 2018 por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por SARA MILENA PACHÓN DELGADO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia, por no haberse causado, se revocan las de primera instancia, las cuales quedarán a cargo de la parte demandante y en favor de la parte demandada, dadas las resultados del proceso.

Notifíquese y cúmplase,


JOSÉ WILLIAM ZULUAGA GONZÁLEZ
Magistrado Ponente

Proyecto Aprobado
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente
Proceso: 110013105021201800579-01**

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE VÍCTOR ELÍAS CUERVO MORALES
EN CONTRA DE ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES.**

En Bogotá D.C. a los veintitrés (23) días del mes de Julio de dos mil veinte (2020), día previamente señalados para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

Previo a resolver se reconoce personería adjetiva a la Dra. Cindy Julieth Villa Navarro, como apoderada de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme al poder obran al proceso. (Folio 106)

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Entonces una vez corrido el traslado correspondiente a fin de que las partes procedieran a allegar sus escritos de alegatos de conclusión, procerde la Sala a conocer del grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 10 de febrero de 2020, por el Juzgado 21º Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

El señor VÍCTOR ELÍAS CUERVO MORALES promovió demanda ordinaria laboral en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que previos los trámites que le son propios a esta clase de procesos, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a partir del 1 de abril de 2017 por la muerte de su cónyuge María del Carmen Zamora de Cuervo, indexación, intereses moratorios, a lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. (Folio 43)

Como soporte fáctico aseguró que nació el 31 de marzo de 1944, que contrajo matrimonio con la señora María del Carmen Zamora de Cuervo el 19 de diciembre de 1976, que de dicha unión se procreó una hija quien también falleció, que era beneficiario en salud de su esposa, que el ISS mediante Resolución No. 016854 de 1999 reconoció pensión de vejez a partir del 1 de septiembre de 1999 en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, que la causante falleció el 11 de noviembre de 2015, que con Resolución No. GNR 248658 del 8 de julio de 2014 se negó incremento pensional reclamado, que el 11 de febrero de 2016 solicitó reconocimiento de la pensión de sobreviviente la cual se concedió con Resolución No. 90404 del 31 de marzo de 2016, la cual fue revocada con Resolución SUB 18752 del 24 de marzo de 2017 bajo el argumento de que no se prueba la convivencia, actuación confirmada con Resolución SUB 213441 del 30 de septiembre de 2017. (Folios 43-45)

A través de auto se tuvo por contestada la demanda por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, indicando que el demandante no tiene derecho. Propuso las excepciones de mérito denominadas; inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe - principio de legalidad, prescripción, innominada o genérica. (Folios 59-65).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, puso fin a la litis con sentencia del 10 de febrero de 2020, resolviendo; declarar que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente desde el 11 de noviembre de 2015, condeno al pago de intereses moratorios, autorizo a COLPENSIONES descontar los porcentajes en aportes correspondientes a salud de las mesadas pensionales, declaro no probadas las excepciones y condeno en costas a la parte demandada.

Como fundamento de la sentencia, afirmó que; las pruebas documentales aportadas al proceso, como las decretadas y practicadas en primera instancia

dan cuenta de la convivencia que existía entre la pareja conformada entre la señora María del Carmen y el demandante Víctor Cuervo.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

No habiendo hecho uso del recurso de apelación ninguna de las partes y con fundamento en el artículo 69 se procederá a absolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada por actuar la entidad demandada como garante de la Nación y al resultar adversa la sentencia proferida.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado correspondiente a las partes en auto anterior, la demandada COLPENSIONES expuso que para la fecha de fallecimiento de la señora María del Carmen esto es el 11 de noviembre de 2015 la norma vigente es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que solicita se revisen las liquidaciones efectuadas en primera instancia y solicita revocar la sentencia.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

La Sala estudiara si (i) el demandante señor Víctor Elías Cuervo Morales en calidad de cónyuge tiene derecho al reconocimiento de la sustitución de pensión de vejez reconocida por el ISS a la señora María del Carmen Zamora de Cuervo con base en el análisis de las pruebas testimoniales decretadas y practicadas en primera instancia, (ii) la procedencia de intereses moratorios y (iii) lo correspondiente a la excepción de prescripción propuesta por la demandada.

Del status pensional

Ahora bien, no siendo motivo de discusión el estatus pensional de que en vida gozó la señora MARÍA DEL CARMEN ZAMORA DE CUERVO, conclusión a la que se llega en esta instancia, además, así se colige del contenido de la Resolución No. 016854 de 1999 proferida por el ISS, acto administrativo en el que se reconoce una pensión de vejez. (Folio 7)

De la sustitución pensional

Así las cosas, la sustitución pensional es *“una prestación que se genera en favor de aquellas personas que dependían económicamente de otra que fallece,*

con el fin de impedir que deban soportar las cargas materiales y espirituales causadas por esta pérdida." Está consagrada en el numeral primero del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que se refiere a quienes tienen derecho a esta prestación en los siguientes términos: "Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca". De manera que, la sustitución pensional se materializa cuando el causante se pensionó y percibió los beneficios de esta prestación; posteriormente, debido a su fallecimiento, algunos miembros del núcleo familiar pueden pasar a ser titulares del derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales previstos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 793 de 2003.

De tal suerte, que al analizar el material probatorio en todo su conjunto no cabe duda para la Sala que el señor Víctor Cuervo acreditó ser cónyuge de la causante tal y como se logra establecer del acta de matrimonio que obra a folio 5 del plenario, llevada a cabo el 19 de diciembre de 1976 ante la Notaria Dos de Villavicencio.

Tal como se anotó en la narración de los hechos, el deceso de la señora MARÍA DEL CARMEN, ocurrió el 11 de noviembre de 2015, es decir, en vigencia de la Ley 797 de 2003, que en su artículo 13 modificó en lo que acá interesa los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, lo que permite aplicar esa normatividad y sus Decretos Reglamentarios para efectos de la sustitución pensional.

En cuanto al tiempo de convivencia efectiva que fue corroborado por la testigo MARÍA FANNY BAQUERO quien señaló ser amiga de la pareja, siendo consistentes de la unión y ayuda mutua que existía entre ellos por más de 25 años, afirma que el demandante y la señora María del Carmen convivio desde la fecha de su matrimonio hasta el fallecimiento de la causante.

Ahora bien, aunque el dicho de la testigo se contradice con la investigación realizada por la entidad demandada, en el sentido de que está estableció que la causante y el demandante contrajeron matrimonio y convivieron por un tiempo, sin embargo, que a la fecha del fallecimiento de la señora María del Carmen el señor Víctor ya no vivía con ella, investigación administrativa No. 317 (2016) adelantada por el Consorcio CONSITE-RM, en la que se concluyó que no se acreditó el contenido y la veracidad de la solicitud presentada en razón a que no existía convivencia entre Víctor Elías Cuervo Morales y la señora María del Carmen Zamora de Cuervo durante los últimos 5 años de vida de la causante, lo cual consta en Resolución No, SUB 5541 del 10 de marzo de 2017. (Folios 9-16)

Siguiendo con dicho estudio la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1399-2018, Rad. 45779 del 25 de abril de 2018 Magistrada Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, indicó;

“a. Convivencia singular con el cónyuge

En tratándose de la relación del afiliado o pensionado con su cónyuge, esta Corporación ha defendido el criterio según el cual la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto.

En efecto, a partir de la sentencia SL, 24 en. 2012, rad. 41637, esta sala planteó que el cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente de si se encuentra separado de hecho o no de su consorte, puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento, siempre que hubiere convivido con el (la) causante durante un interregno no inferior a 5 años, en cualquier tiempo.”

(...)

Entonces la convivencia de 5 años con el cónyuge con lazo matrimonial vigente, puede darse en cualquier tiempo, así no se verifique una comunidad de vida al momento de la muerte del (la) afiliado (a) o pensionado (a), dado que: (i) el legislador de 2003 tuvo en mente la situación de un grupo social, integrado a más de las veces por mujeres cuyos trabajos históricamente han sido relegados al cuidado del hogar y que, por consiguiente, podían quedar en estado de vulnerabilidad o inminente miseria ante el abandono de su consorte y su posterior deceso; (ii) esta dimensión sociológica debe servir de parámetro interpretativo, a modo de un reconocimiento que la seguridad social hace a la pareja que durante largo periodo contribuyó a la consolidación de la pensión, mediante un trabajo que hasta hace poco no gozaba de valor económico o relevancia social; y (iii) es lógico pensar que si con arreglo al último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en los eventos de convivencia no simultánea, el cónyuge separado de hecho tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en forma compartida, también debe tener derecho a esa prestación ante la inexistencia de compañero (a) permanente.

Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o la subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho. (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, el demandante debe probar la convivencia en cualquier tiempo durante un lapso no inferior a 5 años con la señora María del Carmen, periodo que se supera dado que como se logró extraer de la prueba testimonial

recaudada y del interrogatorio de parte del demandante si bien para el momento del fallecimiento de la causante la pareja no convivía, también es cierto que el demandante nunca dejó de frecuentar a su esposa hasta el último día de su vida, además de tener un vínculo matrimonial vigente. Por lo anterior, es procedente el reconocimiento pensional que la A quo otorgó al demandante a partir del 11 de noviembre de 2015.

De otro lado, no se evidencian sumas en concreto determinadas en primera instancia, por lo cual, se procedió por parte de la Sala a determinar el monto del retroactivo pensional a partir del mes de abril de 2017 al 31 de julio de 2020 lo que arroja la suma de \$ 37.668.323.

Intereses moratorios

Se estudiará si las mesadas pensionales reconocidas en favor del demandante por el periodo comprendido entre el 11 de noviembre de 2015 hasta el reconocimiento del derecho, deben ser reconocidas con los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y en caso afirmativo, desde cuándo se comienzan a generar estos.

Señala el tenor literal del artículo 141: ***“INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”***

De acuerdo con lo dicho, es claro que si el titular del derecho realiza la solicitud con la documentación que acredite el derecho y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses moratorios, salvo que el fondo de pensiones justifique su conducta con la aplicación de una norma sin tener en cuenta la interpretación que sobre el mismo aspecto ha realizado la Corte Suprema de Justicia, según lo ha explicado la CSJ, Sala Laboral, en sentencia SL 787-2013, radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2012.¹

¹ La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo o porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia, en esas condiciones no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras

En el presente asunto, frente al tema de los intereses moratorios, no encuentra esta Sala motivos para separarse de la pacífica jurisprudencia que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia, sobre la procedencia de los intereses de que trata la norma aludida cuando se trata de mora en el reconocimiento y pago de la prestación, en la medida que el demandante estuvo privado de su derecho a la pensión, durante el tiempo que injustificadamente la demandada demoró el reconocimiento.

En efecto el demandante presentó solicitud para la prestación económica el 11 de febrero de 2016 tal y como da cuenta la Resolución No. SUB 5541 del 10 de marzo de 2017 que con la misma se radicaron todos y cada uno de los documentos necesarios para el reconocimiento de la pensión, contando desde esa fecha el fondo de pensiones contaba con dos (2) meses para resolver la solicitud pensional reconociéndole la prestación, sin embargo, posteriormente se revocó ese acto administrativo y se negó el derecho se negó la prestación por lo que solo se realizó el pago hasta el mes de marzo, por lo que, no cabe duda que los respectivos intereses deben ser reconocidos a partir del mes de abril de 2017, tal y como lo indicó la Juez primigenia.

Del fenómeno de la prescripción

En primer lugar, ha de advertirse que el derecho pensional es a todas luces imprescriptible, no ocurriendo lo mismo con las mesadas pensionales, las cuales prescriben si transcurridos tres años de su causación no se reclaman.

En el presente caso, el beneficiario tiene derecho desde el 11 de noviembre de 2015. La reclamación administrativa la realizó el 11 de febrero de 2016, derecho que le fue reconocido mediante Resolución No. GNR 29752 del 27 de enero de 2016 y posteriormente revocado mediante Resolución No. SUB 5541 del 10 de marzo de 2017, que se interpuso la demanda el 14 de septiembre de 2018 (Folio 50), por lo que no se cumple con el término trienal a que se refiere el artículo 151 del CPT y de la SS, por lo que esta excepción no está llamada a prosperar.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia proferida el 10 de febrero de 2020 por el Juzgado 21° Laboral del Circuito de Bogotá. Sin costas en esta instancia, por no haberse causado. Se confirman las de primera instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

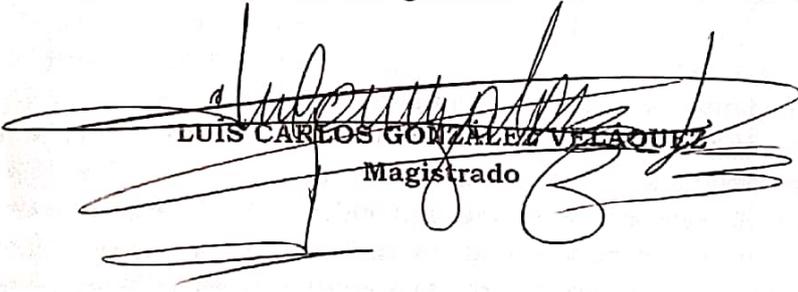
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de febrero de 2020 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **VÍCTOR ELÍAS CUERVO MORALES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia por no haberse causado, se confirman las de primera instancia, dadas las resultados del proceso.

Notifíquese y cúmplase,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Aprueba Proyecto
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁZQUEZ
Magistrado