

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GUSTAVO ENRIQUE FRANCO ARIZA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, EL FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA Y LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

Bogotá D. C., veintiséis (26) días de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante sobre la sentencia dictada el 12 de noviembre de 2020 por la Juez Segunda (2ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se ABSOLVIÓ a las demandadas de re-liquidar la pensión convencional reconocida a favor del actor por la extinta ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GUSTAVO ENRIQUE FRANCO ARIZA presentó demanda contra el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se re-liquide la pensión convencional que le fue reconocida por ALCALÍS DE COLOMBIA LTDA – ALCO LTDA teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicios con los valores

tomados de la liquidación de prestaciones sociales de la fecha de retiró de la empresa (\$663.867) y la proporción de la prima de antigüedad devengada (\$12.082,08), de la cual se obtiene una base salarial de \$682.149, superior a la que tasó el empleador en \$569.015 (ver demanda en las páginas 2 a 6, del archivo No 1, expediente digital).

El MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones por falta de legitimación en la causa por pasiva, pues la llamada a responder por una eventual condena es el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2601 de 2009. Sobre los hechos que fundamentan la acción afirma que para calcular el salario promedio de la pensión de jubilación reconocida por la extinta empresa ALCALIS DE COLOMBIA LTDA, se tomaron la totalidad de los factores salariales establecidos en el Decreto 1848 de 1969, y advirtió que la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1992-1994 no dispone el reconocimiento pensional en los términos que reclama la demanda. Solicitó la vinculación al proceso del FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y de COLPENSIONES, propuso como excepción previa la de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, y como excepciones de mérito las siguientes: *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción, excepción declaratoria de compartibilidad pensional con reconocimiento por pensión de vejez y autorización de descuentos en salud, excepción de pago de intereses moratorios según el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, excepción de fondo sobre los descuentos al Sistema de Seguridad Social en Salud* (ver páginas 39 a 48 del expediente digital unificado).

También contestó la demanda el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la entidad liquidó la pensión de jubilación del demandante teniendo en cuenta los factores

salariales devengados en el último año de servicios, conforme lo establece el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969. Sobre los hechos que fundamentan la demanda aduce que no existe disposición de carácter convencional o legal que establezca que se deba tomar el valor del promedio salarial tenido en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales, y advirtió que los factores cuya inclusión se reclaman en la demanda (como la prima de antigüedad) se encuentran relacionados dentro de la liquidación efectuada por el empleador, y que la pensión de jubilación reconocida a su favor tiene el carácter de compartida y fue subrogada por el ISS, hoy COLPENSIONES. Propuso como excepciones de mérito: *cobro de lo no debido, falta de causa y título para pedir, pago, prescripción, buena fe y la presunción de legalidad de los actos administrativos* (ver contestación en folios 64 a 70 del expediente digital unificado).

Mediante auto proferido en audiencia celebrada el 19 de junio de 2019, la juez de primera instancia dispuso la vinculación de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la litis (ver acta de la audiencia en las páginas 91 y 92 del expediente digital unificado).

Notificada la demanda a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la contestó mediante apoderada, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones por falta de legitimación en la causa por pasiva, pues estas se encuentran dirigidas contra ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA. Sobre los hechos que fundamentan la acción afirma que reconoció a favor del demandante pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, la cual tiene el carácter de compartida con la pensión extralegal cuya reliquidación se persigue. Propuso como excepciones de mérito la de *inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, principio de buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica* (ver contestación en las páginas 95 a 100 del expediente digital unificado).

Terminó la primera instancia con sentencia del 12 de noviembre de 2020, a través de la cual el Juez Segunda (2ª) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a las demandadas. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas FONDO PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y a la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante GUSTAVO ENRIQUE FRANCO ARIZA identificado con la C.C. No. 9.057.742 conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. SEGUNDO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES quien fuera vinculada al presente proceso como litis consorcio necesario de las pretensiones incoadas en la demanda. TERCERO: dadas las resultas del juicio se DECLARAN PROBADAS las excepciones de falta de causa y título para pedir propuesta por la demandada FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, inexistencia de la obligación propuesta por la demandada la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO y el litis consorcio necesario ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. CUARTO: CONDENAR en costas a la parte accionante dentro de las que se incluirá la suma equivalente a un (1) salario mínimo por concepto de agencias en derecho en favor de las demandadas. QUINTO: si no fuere apelado, se CONCEDE EL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor del demandante por ser la sentencia totalmente adversa a sus pretensiones”* (vídeo 2, audiencia virtual, minuto 54:40).

Para tomar su decisión, la juez de primera instancia sumó los conceptos devengados por el trabajador en el último año de servicios y obtuvo una suma inferior a la reconocida por la extinta ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA – ALCO LTDA.

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable al demandante y no haberse apelado, se remitió al Tribunal para que se surta su *consulta*, como lo

dispone el artículo 69 del CPT y SS, grado de jurisdicción que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante la Resolución No. 0062 de 18 de noviembre de 1992, ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA – ALCO LTDA, hoy FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, reconoció a favor del demandante pensión de jubilación extralegal conforme la Convención Colectiva de Trabajo, a partir 1° de agosto de 1992, en cuantía inicial de \$426.760,63 (ver Resolución en las páginas 15 a 19, 58 a 61 y 299 a 302 del expediente digital unificado). La prestación se liquidó teniendo en cuenta el *“promedio de los salarios y primas de toda especie devengados por el trabajador en el último año de servicios”* conforme a lo establecido en el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, de los que obtuvo una base salarial de \$569.014,17, suma a la que aplicó una tasa de reemplazo del 75% (ver páginas 16, 17, 58, 59, 300 y 301 del expediente digital unificado).

Tampoco fue objeto de controversia el carácter de compartida de la anterior prestación con la pensión de vejez reconocida a favor del demandante por el ISS, hoy COLPENSIONES, a través de la Resolución 281 de 2 de febrero de 2005. Así se reconoció la pensión por ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA – ALCO LTA en el artículo SEGUNDO de la Resolución No. 62 del 18 de noviembre de 1992 (ver páginas 16 a 19 del expediente digital unificado).

Así las cosas y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, pues si bien en materia pensional el derecho que va prescribiendo con el paso del tiempo es el que corresponde a cada una de las mesadas que se pudieron causar, no ocurre lo mismo cuando se reclama la inclusión de conceptos salariales en el ingreso que sirvió de base para la liquidación de la primera mesada.

En esta eventualidad, una vez transcurren tres años desde que se definieron por la entidad pagadora de pensión los factores que integrarían la base de liquidación, o a lo sumo pasados tres años desde la fecha en que se causó la primera mesada pensional, habrá prescrito un derecho distinto, el derecho a la inclusión de factores, lo que afectará necesariamente, por prescripción, la acción que pretenda la reliquidación de cada mesada. Este criterio lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el pasado (sentencia dictada el 15 de julio de 2003 radicación 19557, con ponencia de la Magistrada Isaura Vargas Díaz¹).

Se advierte del expediente que la resolución a través de la cual se reconoció el derecho pensional en favor del actor fue proferida el 18 de noviembre de 1992 (ver páginas 16 a 19), y la reclamación solicitando la reliquidación de la prestación se elevó el 15 de marzo de 2017 (ver reclamaciones en folios 26 a 30) cuando había transcurrido con creces el término de 3 años que contemplan las normas legales para la prescripción de la acción, lo que impide conceder las pretensiones de la demanda.

No obstante, y frente a cualquier interpretación en contrario, de todas formas, las pruebas obrantes en el expediente no demuestran que el empleador haya liquidado de forma incorrecta la prestación.

¹ “como la época de causación del derecho pensional puede o no coincidir con la del establecimiento del monto de la pensión --no de su reconocimiento, que es cosa distinta--, por ser lo cierto que no necesariamente aquélla concuerda en el tiempo con el retiro del servicio del trabajador, que es el que permite, generalmente, fijar la época que cobijan los cálculos necesarios para determinar el monto de la prestación, habrá de distinguirse si los factores salariales que son objeto de reclamo por el pensionado fueron o no pagados por el empleador y, en caso de no haberlo sido, si hubo o no reclamación. En el primer evento, esto es, cuando fueron pagados los presuntos factores salariales base de liquidación, la acción personal del pensionado prescribirá transcurrido el término que para tal efecto prevén los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, ello a partir de la fecha del reconocimiento de la pensión; y en el segundo, es decir, cuando no fueron pagados los factores discutidos por el pensionado como no incluidos en la base de la liquidación, se torna vital el momento u oportunidad para que el acreedor durante el término hábil, contado a partir de la exigibilidad de éstos, exija los créditos no satisfechos, porque de lo contrario, si prescribió el derecho a ese pago como factor salarial autónomo, igual suerte tiene el reajuste pensional impetrado por esa causa”

En el texto de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la empresa ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA “ALCO LTDA” y el Sindicato Nacional de Trabajadores de dicha empresa vigente en los años 1992-1994 (obstante en las páginas 185 a 272 del expediente digital unificado) no se reguló la base salarial que para reconocer la pensión de jubilación extralegal, solo dispuso que el *“trabajador que fuere pensionado por la empresa después de 15 años o más de servicios, tendrá derecho a que se le compute para efectos del cálculo de su pensión la última prima de antigüedad que haya devengado”* (artículo 134 del texto convencional). Dicho factor salarial sí se observa incluido en la Resolución que reconoció el derecho pensional, pues se tomó por este concepto la suma anual \$144.985 que fue promediada con los demás factores para obtener el promedio mensual (ver página 17).

Además, revisada la liquidación definitiva de prestaciones sociales en la que se obtuvo como salario promedio del trabajador la suma de \$663.867 (ver página 8), la Sala estima que dicha suma no podía ser tenida en cuenta para efectos pensionales, pues incluye de forma completa el valor pagado al trabajador por concepto de prima antigüedad (\$724.924) pese a que dicha prima era devengada por los trabajadores de forma quinquenal (ver artículo 15 de la norma convencional – folio 204), y por ello, para obtener la base salarial del derecho pensional solo se podía tomar la parte proporcional al año ($\$724.924/5 = \144.985), tal y como lo hizo el empleador.

Sobre la materia cabe recordar la distinción que hizo la sentencia SL 12250-2015 así: *“una cosa es devengar o causar un determinado emolumento o derecho y otra cosa lo es percibirlo y recibirlo. Devengar según el Diccionario de la Real Academia Española es «Adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título», lo que se asimila a causar o dar lugar a algo; en cambio, cuando se habla de percibir, generalmente se asocia a recibir u obtener el pago de algo. Puede decirse entonces que todo lo percibido lo es porque ha sido devengado, pero no siempre lo devengado es o ha sido percibido”*.

SIN COSTAS en la consulta.

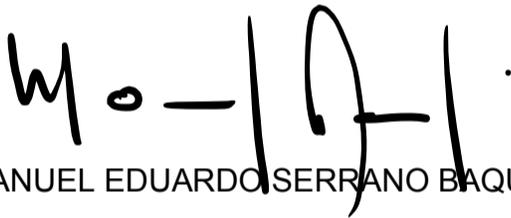
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **SIN COSTAS** en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARIO GUERRERO VARGAS CONTRA
HATOGRADE GOLF & TENNIS COUNTRY CLUB.**

Bogotá D. C., Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada, para resolver el recurso de apelación presentado por la sociedad demandada contra la sentencia dictada por el Juez Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá el 3 de diciembre de 2020.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARIO GUERRERO VARGAS presentó demanda contra HATOGRADE GOLF & TENNIS COUNTRY CLUB, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que el contrato de trabajo ejecutado entre el 16 de septiembre de 1997 y el 4 de octubre de 2018 finalizó por despido sin justa causa y se condene al pago de la indemnización correspondiente en la suma de \$18.143.663, los conceptos que se prueben extra y ultra petita, y las costas del proceso. Como fundamento de lo pedido afirma que inició sus labores para la demandada como CORTADOR DE GREEN y a partir del 1º de agosto de 2011 cumplió las funciones de CAPATAZ CAMPO GOLF con una asignación salarial de \$2.030.800 desde el 5 de agosto de 2016. Aduce que en ninguno de los cargos que ocupó le suministraron manual de funciones, ni tuvo llamados de atención, y que su comportamiento fue eficiente y honesto, sin embargo, el 30 de agosto de 2018 fue llamado a

descargos por cuestionamientos y acusaciones sin fundamento y sin presentar pruebas concretas de unos hechos que ocurrieron en el año 2011. El 4 de octubre de 2018 fue terminada la relación laboral (folios 3 a 25).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por HATOGRADE GOLF & TENNIS COUNTRY CLUB mediante apoderado, quien aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones afirmando que el contrato terminó por justa causa, pues el demandante incurrió en faltas graves que quedaron plenamente demostradas en la diligencia de descargos en la cual se respetó el debido proceso y se garantizó el derecho de defensa. Propuso como excepciones *inexistencia de las obligaciones que se pretenden en juicio, cobro de lo no debido, pago, buena fe y compensación*. (folios 105 a 114).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada por el Juez Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá el 3 de diciembre de dos mil veinte (2020), mediante la cual se condenó a la demandada al pago de la indemnización reclamada. Para tomar su decisión el juez concluyó que las pruebas aducidas contra el demandante en la diligencia de descargos no estuvieron a su disposición, con lo cual se afectó el debido proceso, y las pruebas allegadas al proceso no acreditan los hechos endilgados en la carta de despido. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandada HATO GRANDE TENIS COUNTRY CLUB y el demandante MARIO GUERRERO VARGAS, existió un contrato de trabajo a término indefinido, que corrió linealmente entre el 16 de septiembre de 1997 y finalizó el 4 de octubre del año 2018, por decisión unilateral del empleador, de conformidad con la parte motiva de esta Providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar al demandante la suma de \$18'143.663 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, valor que deberá ser debidamente indexado, de conformidad con el IPC que certifique el DANE, desde el día 5 de octubre del año 2018 y hasta la fecha en que se proceda a su pago. TERCERO: CONDENAR en costas junto con las*

agencias en derecho a la parte demandada las cuales se tasan en esta misma diligencia en la suma de \$1'500.000.” (Expediente digital Hora 2 Minuto 32:32)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandada aduce que el contrato finalizó por justa causa pues se probaron *“incumplimientos respecto al retiro y pérdida de combustible propiedad del Club que se realizó a través de volquetas y vehículos particulares, teniendo en cuenta no sólo el resultado de la investigación sino las versiones de los trabajadores del Club, quienes pusieron en conocimiento de la gerente general solo hasta el año 2018 en el mes de agosto cuándo se inició la respectiva investigación y se inició el proceso disciplinario, la ocurrencia de los incumplimientos contractuales por parte del señor Guerrero”*. Afirma que el demandante realizó actividades *“que no eran propias de su perfil de funciones, como lo era el estar pendiente de la entrada y salida de volquetas, toda vez que ello no es inherente a las funciones de un capataz de golf, quien solamente debe estar pendiente de la utilidad del campo para beneficio de los socios y que ninguna injerencia tenía él en la entrada y salida de vehículos, y mucho menos estar pendiente del retiro o de la entrada de material a las instalaciones del Club, disponiendo incluso de espacios que de manera inconsulta él coordinó con terceros para realizar esas actuaciones”,* y que *“las cargas a la motobomba del hoyo 14 de acpm tampoco tenía ninguna justificación pese a que el demandante niega haber participado en el cargue del acpm, lo cierto es que él como jefe del personal que tenía a cargo si tenía la potestad de dar la instrucción para que estas personas fueran y tanquearan esta máquina que solamente se usa de manera excepcional y poco frecuente en las instalaciones del campo de golf, por cuanto quedó demostrado que únicamente se usan en épocas de un invierno incrementado. En torno a la solicitud de dineros, o bueno, enviar a alguno de sus trabajadores a solicitar dinero a un tercero, tampoco era parte de sus funciones, toda vez que la empresa desconoce a cuál acuerdo pudo haber llegado el señor Mario con un tercero respecto al cobro de dineros de terceros que entraban a las instalaciones a dejar o a sacar bienes, lo cierto es que se reitera, ninguna de las conductas referidas en la carta de terminación del*

contrato de trabajo fueron instruidas por parte del empleador para que el señor Guerrero las cumpliera” (Hora 2 Minuto 34:13)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En consonancia con la materia objeto de apelación (artículo 66A del CPL) el Tribunal debe definir si se demostró o no la existencia de una justa causa en el despido del demandante.

¹ “Gracias Señor Juez, respetuosamente me permito interponer en contra del fallo proferido por el despacho recurso de apelación, esperando que el Tribunal Superior de Bogotá al conocer del expediente corrobore y verifique que la decisión de terminar el contrato de trabajo por parte de mi representada, el nexo contractual que Finalizó el 4 de octubre del 2018, del señor Mario Guerrero Vargaz, se fundó en la existencia de las justas causas revestidas de gravedad enunciadas en la carta de terminación del contrato de trabajo, y tenga en cuenta cada uno de los documentos y soportes probatorios inmersos al expediente, a través de los cuales se evidencia y se constata la ocurrencia de incumplimientos calificados de gravedad por parte del ex trabajador en torno a los incumplimientos respecto al retiro y pérdida de combustible propiedad del Club que se realizó a través de volquetas y vehículos particulares, teniendo en cuenta no sólo el resultado de la investigación sino las versiones de los trabajadores del Club, quienes pusieron en conocimiento de la gerente general solo hasta el año 2018 en el mes de agosto cuándo se inició la respectiva investigación y se inició el proceso disciplinario, la ocurrencia de los incumplimientos contractuales por parte del señor Guerrero, de manera que no existió violación al principio de inmediatez por cuanto no fueron conductas conocidas con antelación a ese momento, reiterando, mi representada no obró de manera arbitraria o ilegal al decidir finalizar el contrato de trabajo siendo justa causa, sino que se fundamentó en las versiones de más de un trabajador que quedaron debidamente soportadas y por escrito en las instalaciones del club y que fundamentan la investigación, incluso el proceso penal que hoy cursa contra personas indeterminadas en aras de esclarecer el debido tipo penal. También es importante que el tribunal tenga en consideración que el demandante ejecutor qué conductas o adelantó actuaciones que no eran propias de su perfil de funciones, como lo era el estar pendiente de la entrada y salida de volquetas, toda vez que ello no es inherente a las funciones de un capataz de golf, quienes solamente debe estar pendiente de la utilidad del campo para beneficio de los socios y que ninguna injerencia tenía él en la entrada y salida de vehículos, y mucho menos estar pendiente del retiro o de la entrada de material a las instalaciones del Club, disponiendo incluso de espacios que de manera inconsulta él coordinó con terceros para realizar esas actuaciones. También es importante que el Tribunal tenga en consideración que las cargas a la motobomba del hoyo 14 de acpm tampoco tenía ninguna justificación pese a que el demandante niega haber participado en el cargue del acpm, lo cierto es que él como jefe del personal que tenía a cargo si tenía la potestad de dar la instrucción para que estas personas fueran y tanquearan esta máquina que solamente se usa de manera excepcional y poco frecuente en las instalaciones del campo de golf, por cuanto quedó demostrado que únicamente se usan en épocas de un invierno incrementado. En torno a la solicitud de dineros, o bueno, enviar a alguno de sus trabajadores a solicitar dinero a un tercero, tampoco era parte de sus funciones, toda vez que la empresa desconoce a cuál acuerdo pudo haber llegado el señor Mario con un tercero respecto al cobro de dineros de terceros que entraban a las instalaciones a dejar o a sacar bienes, lo cierto es que se reitera, ninguna de las conductas referidas en la carta de terminación del contrato de trabajo fueron instruidas por parte del empleador para que el señor Guerrero las cumpliera; de modo que él inconsultamente adelantó cuestiones ajenas a su perfil profesional que sobradamente motivaron la terminación del contrato de trabajo. en los anteriores términos solicito al Tribunal que revoque totalmente la condena referida en primera instancia y se absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en esta demanda. Muchas gracias señor Juez.

Para el efecto, el artículo 62 del Código Sustantivo define los hechos o conductas de alguna de las partes en el contrato de trabajo que permiten a la otra la terminación unilateral de la relación con justa causa y, por ello, sin el pago de indemnización. Dispone además la norma, que la parte que termina el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de terminación, la causa o motivo concreto de su decisión y no puede alegar con posterioridad causas distintas.

Entre dichas conductas, el numeral 6º literal a), al que corresponden los hechos alegados por la demandada como justa causa, autoriza la terminación del contrato cuando el trabajador ha incumplido en forma grave con las obligaciones que exponen los artículos 58 y 60 del CST, o cuando incurre en una falta grave a los deberes que se comprometió de forma específica a cumplir para su empleador. Sobre este último aspecto de la norma y dada la dificultad que tendría una regulación general sobre gravedad de las omisiones del trabajador frente a deberes específicos, la ley autoriza que esta connotación de una falta (gravedad) se asigne por las partes al suscribir el contrato de trabajo o la convención colectiva, o por el empleador en los reglamentos de trabajo, o por un Tribunal de arbitramento al decidir sobre este aspecto en un laudo arbitral. Cuando cualquiera de dichos instrumentos haya definido clara y específicamente una falta a la cual se asigna gravedad, estará el trabajador condicionado en sus funciones a cumplir ese supuesto, y solo se podrá librar de la calificación que previamente aceptó o conoció si demuestra ante el juez que la conducta descrita en el reglamento es discriminatoria, o que es de imposible cumplimiento, o que por otras razones lesiona sus derechos fundamentales.

Bajo estas reglas se advierte de la carta de despido incorporada en folios 55 y 56 del expediente, que el empleador endilgó al demandante como conductas constitutivas de justa causa las siguientes: “(i) *incumplimiento de las funciones asignadas como capataz, órdenes directas impartidas por el empleador y que incurrió en prohibiciones contractuales, legales y reglamentarias;* (ii) *que desde*

el año 2011 y a la fecha inclusive se ha retirado combustible, de propiedad del club de una forma oculta por medio de volquetas y vehículos particulares, en compañía de varios compañeros de trabajo y solicitan combustible en cantidades mayores a la capacidad de las máquinas argumentando que el motor del hoyo 14 lo requería; (iii) omitir utilizar todos los materiales de construcción solicitados en el área de compras (cementos, varillas, baldosas, pegacor, arena), (iv) retirar de forma oculta de la misma forma como se retiraba el combustible aclarando que para el caso participaban los conductores de vehículos que ingresaban a despachar materiales, que en muchos casos no los descargaban y se retiraban con los materiales ya comprados por el club, de lo cual sus compañeros y usted lo permitían, (v) la arena comprada para los bunker del campo de golf no se descargaba en el club y en otros casos se descargaba en calidad y cantidad inferior a la comprada y (v) se determinó que en compañía de sus compañeros ya mencionados sin ninguna autorización les cobraban a los conductores de volquetas que tenían escombros, un dinero entre \$40.000 y \$60.000 para permitir arrojar dicho material en un lugar del club”.

La falta de especificidad en cuanto a modo tiempo y lugar de las acciones que esgrimen la mayoría los hechos endilgados en la carta de despido impide su el estudio sobre su existencia. Sin embargo la Sala estudiará las pruebas aportadas al expediente para verificar en los demás hechos las tres situaciones que son relevantes para definir si existió o no una justa causa, a saber: i) si las conductas descritas ocurrieron o no, y en dado caso, ii) si dichas conductas constituyen una falta a las obligaciones del trabajador, y iii) si revisten gravedad.

i) Sobre lo primero y una vez revisada la evidencia aportada al expediente, el Tribunal no encuentra prueba de las conductas endilgadas hubieran ocurrido.

Para probarlas, la demandada citó como testigos a ALIRIO ISAAC PEDRAZA subordinado del demandante (Audio 2 hora 1 min. 45:00, trabajador en el campo de Golf desde 1996), quien señaló conocerlo hace 22 años, y sobre las

razones por las que se había despedido al demandante dijo "*tengo entendido que fue por unas irregularidades, no me consta directamente, fueron rumores*". Afirmó que un grupo de investigadores habían indagado sobre los hechos, pero dijo NO haber presenciado que el demandante retirara del Club combustible, ACPM, ni que pidiera más combustible del requerido, ni que retiraran a escondidas materiales del Club, y afirma que un compañero, LUIS MONTAÑO, le contó que una vez el actor le pidió el favor de cobrar dinero a un señor de una volqueta que llegó a descargar unos escombros al club.

Al otro testigo, MISAEL VALENZUELA NAVARRETE (Audio 2 hora 2 min. 15:03, mantenimiento de sede desde 1994) quien indicó conocer al demandante hace 15 años, tampoco le consta que el demandante sacara ACPM o material del Club, afirmó que lo que le dijo al grupo de investigación interna de la sociedad demandada fue porque unos compañeros le habían comentado, y que en alguna oportunidad uno de ellos, de nombre RAFAEL QUINTERO, le había contado que el actor *retanqueaba* combustible pero que ese hecho no le consta, y en cuanto a la motobomba que se utilizaba para el mantenimiento del hoyo 14 del club indicó que esta se prendía dos o tres veces a la semana y que el actor pedía 60 o 70 galones, pero nada más.

En el mismo sentido, MARCO ELI CERINZA (Audio 2 hora 2 min. 34:05, mantenimiento de campo desde 1996) indicó que en el año 2010 presenció que el demandante tenía aproximadamente 55 galones de ACPM, y que después de almorzar desaparecieron esos galones lo que le pareció muy raro y por eso envió una carta al sindicato y al Club contando dicha irregularidad, pero nadie inició alguna acción y que con posterioridad a ese hecho no le consta nada más pues todo lo que sabe por rumores de compañeros.

LUIS URIAS MONTAÑO empleado de mantenimiento de campo desde 1996 (Audio 3 min. 13:53) dijo saber que al demandante le habían terminado el contrato por la pérdida de un ACPM, pero no tiene conocimiento sobre esa situación, ni le consta que el demandante sustrajera materiales o ACPM del Club, lo único que le consta directamente y no tiene la fecha exacta, es que el

demandante una vez le pidió el favor de pedirle \$50.000 pesos a un señor de una volqueta que estaba descargando escombros, pero el de la volqueta le dijo que sólo le cobraban \$45.000 y no vio si le dieron o no el dinero.

Por su parte el demandante allegó los testimonios de ALBERTO ESPINEL Audio 1 minuto 32:55 y ARGEMIRO PARRA RIVAS Audio 1 hora 1 minuto 34:15, para quienes el actor era buen trabajador. El primer testigo era quien facilitaba las volquetas para descargar tierra y nivelar con una máquina el campo, afirmó que una vez le pidió el favor al demandante de cobrar un dinero a unas volquetas diferentes a las de propiedad de él (Alberto Espinel) por dejar llevar los escombros y aseveró que este dinero se lo entregó el demandante a él y que el club conocía de esos acuerdos. El segundo testigo trabajó para el club como almacenista y relató por qué -en su criterio- no había forma de que el actor cometiera irregularidades con el ACPM.

Nada se obtiene del acta de descargos celebrada el 30 de agosto de 2018 o de la ampliación de esa diligencia el 3 de octubre de 2018 (folios 133 a 148), pues en tales instancias el demandante negó cualquier irregularidad e informó que no se pusieron de presentes pruebas físicas. Menos aun se obtiene prueba del texto de una denuncia penal (folios 217 a 221) instaurada por el club HATO GRANDE por el presunto hurto continuado, contra personas *indeterminadas*, denuncia que no fue formulada en contra del demandante.

Tampoco es suficiente el informe realizado por un grupo de investigadores *REF. Recolección de evidencia testimonial -entrevistas* (folios 155 a 214), en el cual se concluye, después de una recolección testimonial (entrevistas) en el marco de investigación interna, la existencia de actividades irregulares como extracción y uso no autorizado del combustible, de materiales de obra, y de materiales de construcción, pues esa conclusión no se obtiene de las declaraciones testimoniales que dieron esas mismas personas en este proceso al afirmar que fueron testigos de oídas y sin constancia directa de las conductas endilgadas al demandante. La Sala debe dar prioridad al testimonio

recibido en audiencia por el juez con todas las formalidades procesales, frente al contenido de tales documentos.

La falta de prueba de las conductas endilgadas releva a la Sala de estudiar si ellas constituyen una falta a las obligaciones del demandante, o si revisten gravedad suficiente para que se pudiera derivar de ellas una justa causa para la terminación de una relación de trabajo que, dicho sea de paso, se ejecutó durante más de 21 años.

Sin costas en segunda instancia.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia
2. **COSTAS** en segunda instancia a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SETECIENTOS MIL PESOS MCTE (\$700.000), como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE SALUD ONCOLÓGICA E.U. CONTRA LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES - CAPRECOM (hoy FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM LIQUIDADO)

Bogotá D. C., veintiséis (26) días de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada CAPRECOM, y para estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, la sentencia dictada el 11 de septiembre de 2019 por la Juez Sexta (6ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se CONDENÓ a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM, a pagar a la empresa SALUD ONCOLÓGICA E.U. la suma de \$326.018.902 por servicios médicos oncológicos prestados a favor de afiliados a la EPS CAPRECOM Liquidada, junto con los intereses moratorios de que trata el Decreto 1281 de 2002.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, el Representante Legal de la empresa SALUD ONCOLÓGICA E.U. presentó demanda contra la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES - CAPRECOM EN LIQUIDACIÓN, para que

mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene el pago de los perjuicios materiales causados por la falta de reconocimiento de los servicios médicos especializados oncológicos que prestó *“sin amparo o sobre ejecución contractual”* a los pacientes afiliados a la EPS CAPRECOM que fueron usuarios de la IPS CAPRECOM BOGOTÁ, durante los años 2011 y 2012, los cuales ascienden a la suma de \$326.018.902 discriminados así: (i) \$6.762.500 por realizar 551 *“consultas especializadas en oncología”*, (ii) \$291.732.286 por *“procedimientos de poliquimioterapia”*, y (iii) \$27.524.116 por *“procedimientos de monoquimioterapia”*.

Como fundamento de las pretensiones afirma que dichos servicios se prestaron con ocasión de los contratos de prestación de servicios No. CN01-0408 de 2011 y CN 01-0221 de 2012, durante cuya ejecución se presentó un aumento en la demanda de pacientes que requirieron atención médica y los recursos asignados fueron insuficientes para la cobertura a todos los usuarios. Advirtió que las tarifas de los procedimientos se fijaron conforme al capítulo QUIMIOTERAPIA del Acuerdo No. 256 de 2001 del ISS, que los valores adeudados se encuentran soportados en la cuenta de cobro No. 005 del 19 de octubre de 2012 y en la factura de venta SO 366, y que si bien se hizo una conciliación para el pago de esos valores por las partes el día 29 de noviembre de 2012 ante la Procuraduría General de la Nación Delegada para Asuntos Administrativos, tal conciliación fue improbadada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección Tercera, Sección “A” mediante providencia de 14 de febrero de 2013. Pide que se ordene el pago de la suma adeudada la cual se encuentra respaldada en aproximadamente 5000 folios con documentación sobre los procedimientos suministrados, y los intereses de mora que se generen, a la tasa máxima legal permitida, a partir del 19 de octubre de 2012 fecha en la cual se radicó la cuenta de cobro. De forma subsidiaria al interés de mora pide el pago de las condenas debidamente actualizadas (ver folios 6 a 34, cuaderno principal).

Mediante providencia dictada el 16 de febrero de 2017 por el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, se dirimió el conflicto

negativo de competencia que se suscitó entre el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá y el Juzgado Veintitrés Administrativo Oral del Circuito de la misma ciudad, y se asignó el conocimiento de la demanda a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral (ver cuaderno del Consejo Superior de la Judicatura).

Notificada de la demanda la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, hoy PAR CAPRECOM LIQUIDADO, mediante apoderado las contestó. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que la empresa demandante no demostró los servicios en salud que alega prestados, ni que se haya adelantado el debido proceso para su cobro ante la entidad, pues no hay prueba de que CAPRECOM haya recibido efectivamente las facturas que se aportaron en el proceso. Además, advierte que mediante el Decreto 2519 de 2015 se suprimió y se ordenó la liquidación de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM "EICE". Propuso como excepción previa la de *falta de jurisdicción y competencia* y como excepciones de mérito las siguientes: *inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, carencia absoluta de material probatorio o fáctico para soportar las pretensiones, prescripción, inexistencia de título e indebido agotamiento de la vía gubernativa* (ver contestación en folios 140 a 148).

Terminó la primera instancia con sentencia de 11 de septiembre de 2019, a través de la cual la Juez Sexta (6ª) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM a pagar a favor de la empresa SALUD ONCOLÓGICA la suma de \$326.018.902 por los servicios médicos prestados, junto con los intereses moratorios de que trata el Decreto 1281 de 2002. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *"CONDENAR a la enditad accionada FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM a reconocer y pagar la suma de \$326.018.902 a favor de SALUD ONCOLÓGICA por los servicios médicos prestados junto con los*

intereses moratorios regulados por el Decreto 1281 de 2002, desde el día 29 de noviembre de 2012 hasta cuando se verifique el pago de la obligación. La excepción de prescripción se DECLARA no probada de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de la presente decisión. COSTAS a cargo de la demandada vencida en el proceso. Se fijan la suma de \$10.000.000 por concepto de agencias en derecho” (CD 6, minuto 5:26). Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia se basó en el dictamen pericial que decretó de oficio en el cual se reconoció el monto de \$326.018.902 por concepto de servicios médicos oncológicos prestados por la empresa demandante, sin amparo contractual, a favor de los afiliados de la EPS demandada, y advirtió que dicho dictamen no fue objetado por ninguna de las partes y que no operó el fenómeno prescriptivo sobre los valores adeudados.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandada pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia y subsidiariamente se revoque la condena al pago de intereses de mora. Afirma que la empresa demandante no se presentó dentro del proceso liquidatorio para reclamar las presuntas deudas que se imputan a cargo de la extinta CAPRECOM para que el crédito pudiera ser reconocido y graduado dentro de dicho proceso. De forma subsidiaria, solicita que se revoque la condena a pagar intereses de mora, los cuales considera improcedentes si se tiene en cuenta que la entidad entró en un proceso de liquidación forzosa (CD 6, minuto 7:11)¹.

¹ “Señoría sí tengo recurso de apelación que interponer, en contra de la sentencia por usted aquí proferida, para que el H. tribunal Superior de Bogotá revoque la sentencia en tanto no se encuentran argumentos jurídicos validos dentro del proceso liquidatorio para acceder a las pretensiones de la demanda. Sustento mi recurso de la siguiente manera. Ha de valorarse que independientemente que las acreencias o posibles deudas, presuntas deudas del extinto CAPRECOM, antes de entrar en liquidación, no tenga que cumplir con la obligación legal especial de acudir al proceso liquidatorio en legal y en debida forma, esto con base en la ley y en el decreto 2519, especialmente del 28 de diciembre del 2015, en el cual se ordenó la supresión y liquidación de la extinta entidad CAPRECOM. En ese orden de ideas todas aquellas personas que se consideraran que tuviesen algún tipo de acreencia en contra de la extinta CAPRECOM, debían presentarse a la liquidación, fueran anteriores o posteriores, obviamente con mayor razón aquellas que fueron anteriores al proceso de liquidación, puesto que para tal efecto se emplazó a todos aquellos acreedores que tuviesen algún tipo de interés en el procesos liquidatorio. Se realizaron en debida forma dichos emplazamientos conforme a

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes al proceso: **(i)** que la empresa SALUD ONCOLÓGICA E.U. y la EPS CAPRECOM suscribieron los contratos CN010408 de 4 de agosto de 2011 y CN010221 de 22 de junio de 2012, para la prestación de servicios especializados de oncología en las instalaciones de la IPS CAPRECOM de Bogotá (ver folios 1 a 4, y 26 a 34 del cuaderno anexo No. 2); **(ii)** que la empresa demandante SALUD ONCOLÓGICA E.U. radicó ante la EPS CAPRECOM la cuenta de cobro No. 005 de 19 de octubre de 2012 para obtener el pago de la suma de \$326.018.092, por concepto de prestación de servicios de salud en Oncología: poliquimioterapias, monoquimioterapias, consultas hechos cumplidos (ver folios 66 a 68 del cuaderno principal); y, **(iii)** que en diligencia de conciliación

la ley y al Decreto 254 del 2000, modificado por la Ley 1105 del 2006, que es la normatividad aplicable a los procesos de liquidación y el estatuto orgánico del sistema financiero, lo que se reglamente en esta normatividad. Así las cosas, se publicaron en debida forma los avisos emplazatorios en los periódicos respectivos, en los emplazamientos para que se comunicara de esta manera a todos y cada uno de los presuntos acreedores. Así las cosas, aquí el demandante hoy SALUD ONCOLOGICA, teniendo en cuenta que tenía unas facturas en su momento en contra de la Caja de Previsión, debió hacerse presente dentro de este proceso liquidatorio, a fin de ser graduado y reconocido como tal dentro este proceso por su presunta acreencia. Esto en regulación con el tema de la liquidación forzosa administrativa, que ya se ha estipulado por la Corte Constitucional sentencia 248 del 94, también en la SU 773 del 2014, que los efectos de la liquidación hacen que las personas que se encuentren con algún tipo de acreencia, tiene el deber legal, la obligación legal de acudir a tal para que el liquidador dentro de las funciones que les ha concedido, haga el proceso de graduación y reconocimiento o no, siempre y cuando cumpla con todos y cada uno de los soportes en el caso de la facturación médica. En ese orden de ideas, no se escapa, la ley y la jurisprudencia ha indicado que se escape de la aplicación de la normativa especial, acreencias preexistentes o predeterminadas como la que hoy el demandante quiere hacer valer dentro del proceso liquidatorio. así las cosas señoría, y atendiendo a que no se cumplió con varias reglas por parte de SALUD ONCOLOGICA, solicito al H. Tribunal despachar de manera desfavorable, ya que no se le permitió en su momento al liquidador ejercer la labor dentro de la normatividad especial que rigen estar circunstancias, y hacer valer su acreencia de una u otra manera de forma diferente a la indicada por el legislador, y no es otra que dentro del proceso concursal. Ahora bien, en caso tal que el H. Tribunal decida confirmar o no revocar esta sentencia, solicito amablemente, se verifique la no aplicación de los intereses moratorios, teniendo en cuenta que el Código civil establece que la entrada en un proceso concursal en un proceso de liquidación de manera forzosa como fue la de CAPRECOM, se constituye en una fuerza mayor y por lo tanto esta relega del cumplimiento o del pago de intereses moratorios, y así también lo ha sostenido en varios conceptos la Superintendencia Financiera, en cuanto a dar alcance al estatuto del sistema financiero que también es aplicable a este tipo de procesos en liquidación. En ese orden de ideas, de igual manera, en el proceso indicado ante el tribunal, ampliare las manifestaciones en el momento oportuno de los alegatos. Muchas gracias su señoría.

extrajudicial adelantada el 29 de noviembre de 2012 ante la Procuraduría No 125 para Asuntos Administrativos, las partes acordaron como fórmula conciliatoria el pago de la suma de \$326.018.902 en tres cuotas iguales (ver conciliación en folios 73 a 77 del cuaderno principal), no obstante dicho acuerdo fue improbadado por la Sección Tercera, Subsección "A" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia proferida el 14 de febrero de 2013 con ponencia de la Magistrada Bertha Lucy Ceballos Posada (ver folios 79 a 82 del cuaderno principal).

El Tribunal resolverá el recurso de apelación que propuso la parte demandada y estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad todos los aspectos desfavorables de la sentencia, como lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, pues conforme lo establecido en el artículo 40 del Decreto 2519 de 2015 *"el pago de las indemnizaciones, acreencias laborales y gastos propios del proceso Liquidatorio, se hará con cargo a los recursos de CAPRECOM EICE, en liquidación. En caso de que los recursos de la Entidad en Liquidación no sean suficientes, la Nación atenderá estas obligaciones con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación"*. Sobre el trámite en grado jurisdiccional de consulta a favor de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM- EICE EN LIQUIDACIÓN en procesos ordinarios que se adelantan ante la jurisdicción laboral, se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela (STL 658 de 22 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), Corporación que concluyó su procedencia en atención a que la Nación funge como garante de las obligaciones de la entidad liquidada.

Para resolver lo que corresponde se debe advertir, en primer lugar, que la demanda que dio inicio a este proceso persigue el pago de servicios médicos oncológicos de la empresa demandante a favor de los afiliados de la extinta CAPRECOM durante los años 2011 y 2012, ejecutados por fuera de las obligaciones pactadas en el contrato CN01-0408 de 2011, suscrito entre las partes para la prestación de servicios especializados de oncología.

Así las cosas, la parte actora tenía la carga de probar de forma específica, clara y suficiente, cuáles fueron esos servicios, para poder establecer posibles eventos en los que se hubiera presentado una *sobre ejecución* del contrato o que los servicios se hubieran prestado sin amparo en el presupuesto contractual (como se afirma en la demanda), y poder así dictar las condenas que en este proceso se reclaman².

Dicha carga no fue cumplida por la parte demandante.

Se llega a la anterior conclusión teniendo en cuenta que, la parte demandante aportó 15 cuadernos (cada uno con aproximadamente 300 folios) que demuestran la prestación de servicios oncológicos a los afiliados de la EPS CAPRECOM en las instalaciones de la IPS en Bogotá (autorizaciones médicas, historias clínicas, prescripciones médicas, documentos de identificación de los pacientes y facturas emitidas por SALUD ONCOLÓGICA E.U.), documentos que prueban la prestación de unos servicios durante la vigencia del contrato antes referido y en cumplimiento del objeto, pero no demuestran que dichos servicios se hubieran prestado por fuera de las obligaciones y el marco presupuestal que allí se estableció.

Se debe señalar que en las consideraciones del contrato suscrito entre las partes se estableció que la entidad ofrecería los servicios de consulta y quimioterapia a la población de la EPS que lo requiriera, en la ciudad de Bogotá, sin establecer un número límite de pacientes, pese a que se estimó que oscilaba aproximadamente en 290, se pactó el plazo de ejecución de un mes, y la disponibilidad presupuestal de \$80.000.000, advirtiendo que se cancelaría por mensualidad vencida bajo la modalidad de evento por paciente y actividad, o procedimiento realizado, según las tarifas ISS 2001. En esta línea, la empresa debió probar el momento a partir del cual se presentó la ejecución del 100% de dicha disponibilidad presupuestal, para entender que a partir de ese momento, se pudiera haber presentado una sobre ejecución del

² Ver página 9 del cuaderno principal.

contrato. Sin embargo, tal situación ni siquiera fue señalada en el escrito de demanda.

Obran además como indicios en contra de una sobre ejecución presupuestal las prórrogas del contrato suscrito entre las partes, de las cuales se observa la siguiente información: (i) la prórroga suscrita el 4 de septiembre 2011 establece que por solicitud del Supervisor Administrativo del contrato se solicitó al ordenador del gasto autorizar la prórroga del contrato por el término de 2 meses, pues a la fecha se presentaba un porcentaje de ejecución del 30% (ver folio 9 cuaderno anexo No 2); (ii) la prórroga suscrita el 2 de noviembre de 2011 establece que por solicitud del Supervisor Administrativo del contrato se solicitó al Secretario General la prórroga hasta el 31 de diciembre de 2011, por cuanto se había presentado un porcentaje de ejecución del 95% y se requería seguir garantizando la prestación de los servicios de la especialidad de oncología a los usuarios de la IPS (ver folio 12 del cuaderno anexo No 2); y, (iii) en la adición y prórroga suscrita el 28 de diciembre de 2011 se establece que el Supervisor administrativo solicitó ante el ordenador del gasto la adición al presupuesto de la suma de \$70.000.000 y la cobertura del contrato por dos meses más, advirtiendo que para ese momento se presentaba un porcentaje de ejecución del contrato del 98% (ver folios 14 y 15 del cuaderno anexo No 2)³.

No se puede entender la existencia de la obligación reclamada en este proceso de la certificación que emitió el Coordinador de la IPS Bogotá (ver folios 69 y 70 del cuaderno principal) en la cual se señala que la empresa prestó servicios sin respaldo contractual y presupuestal y que por ello se le adeudaba la suma total de \$326.018.902, pues se trata del mismo Supervisor del contrato que en las prórrogas del mismo presentó una información diferente sobre su ejecución como se indicó con anterioridad (ver certificación de cumplimiento de las actividades del contrato firmadas por PABLO GARCIA MELO en calidad de

³ Después de dicha data no se aportaron más prórrogas y solo se aportó el Contrato CN01 0221 de 2012, suscrito el 22 de junio del mismo año, por un plazo de dos meses en la suma total de \$203.000.000 (ver folios 26 a 34 del cuaderno anexo No 2).

Coordinador Médico IPS Bogotá y Supervisor del Contrato – folio 20 cuaderno anexo No. 2).

Tampoco se puede entender la existencia de la obligación reclamada con el texto del acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes el 29 de noviembre de 2012 ante la Procuraduría No. 125 para Asuntos Administrativos (folios 73 a 77), porque dicho acuerdo no fue aprobado por la autoridad llamada a avalarlo por tratarse de una entidad de naturaleza estatal (artículos 152 CPAPA y artículo 73 de la Ley 446 de 1998).

En la providencia que negó la conciliación de fecha el 14 de febrero de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca afirmó lo siguiente: *“para la sala no es claro cuál fue el número de pacientes extra que recibieron la atención de los servicios oncológicos y el valor asumido por las consultas externas especializadas adicionales entre agosto de 2011 y febrero de 2012, ni los que recibieron procedimientos de monoquimioterapia y poliquimioterapia entre octubre de 2011 y febrero de 2012 (...) dicho listado no presenta soporte alguno que permita esclarecer que corresponde a pacientes extras, o que son parte de los 290 pacientes estimados en la relación contractual”*. Y más adelante concluye: *“lo que sí está probado es la relación contractual entre las partes y el cabal cumplimiento de los mismos, dados los contratos, certificados e informes allegados, pero más allá de dicha relación, no se prueba la prestación de servicios oncológicos excedidos a los acordados y menos el valor asumido por ellos”* (ver folios 79 a 82).

A la misma conclusión llega esta Sala después de estudiar el material probatorio aportado en el expediente.

Según se dijo antes no resulta útil el dictamen pericial que decretó de oficio la juez de primera instancia y realizado por el perito médico adscrito al Consejo Superior de la Judicatura ENRIQUE AYALA PÉREZ, pues de dicho estudio se deduce la prestación de los servicios médicos prestados en la suma de \$326.018.902 que es el asunto sobre el cual cabía un peritaje, pero nada en

relación con una ejecución por fuera de los límites contractuales, pues en esa materia el perito se atuvo al valor que fue conciliado por las partes ante la Procuraduría sin hacer un estudio de fondo que resolviera la duda que se presenta respecto de si los servicios se prestaron cuando ya se había agotado el presupuesto contractual (ver dictamen en folios 183 a 186 del cuaderno principal).

Pero de todas formas y ante cualquier interpretación en contrario, de haberse presentado prueba suficiente de servicios médicos prestados y no pagados por fuera del marco contractual, tampoco prosperarían las pretensiones de la demanda en atención a la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado sobre el enriquecimiento sin justa causa, cuando se ejecutan actividades en favor de una entidad estatal sin que medie contrato, pues en la jurisprudencia administrativa el pago de eventuales servicios se encuentra limitado a situaciones excepcionales que, por razones de interés público, así lo ameriten *“sin que medie el cumplimiento de las exigencias legalmente establecidas en materia de contratación pública”* (sentencia proferida el 27 de enero de 2016 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejo Ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA).

Esta Corporación judicial estimó procedente la *actio in rem verso* cuando: (i) se acredite de manera fehaciente y evidente que la entidad pública, sin participación y sin culpa del afectado, fue la que constriñó al particular para la prestación del servicio por fuera de un marco contractual; (ii) que se trate de la prestación de un servicio urgente y necesario para evitar una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, *“urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas”*; y (iii) cuando la administración omite declarar una situación de urgencia manifiesta y procede a solicitar la ejecución de obras sin contrato escrito alguno (ídem).

En este sentido, no se encuentra demostrado de manera objetiva y manifiesta la urgencia y necesidad de prestar los servicios oncológicos por fuera del marco contractual, pues si bien se trata de pacientes con enfermedades catastróficas o ruinosas como el cáncer, no se adujo ni se demostró que dichos pacientes presentaran condiciones clínicas que ameritaran la prestación de un servicio de urgencia cuya atención inmediata buscara evitar un deterioro rápido de su estado de salud.

Tampoco se probó que se hubiese presentado imposibilidad absoluta del particular para planificar y adelantar, junto con la entidad estatal, el respectivo proceso de contratación, por ejemplo mediante prórrogas o adiciones al contrato inicial (como en la práctica efectivamente sucedió). En el contrato se pactó claramente que la empresa demandante tenía la obligación de informar *“periódicamente al supervisor del contrato sobre el porcentaje de ejecución del mismo”*, y que *“cuando el estado de ejecución del mismo se encuentre en un sesenta por ciento (60%), deberá informar a la Subdirección de la IPS en el nivel central de CAPRECOM, para que se tomen las medidas del caso”* (ver numeral 27 del cláusula nominada obligaciones del contratista – folio 2 del cuaderno anexo No 2), situación completamente previsible para el particular, cuyo cumplimiento no se encuentra demostrado en este expediente.

Finalmente, se debe advertir que las autorizaciones médicas emitidas por la EPS CAPRECOM que se aportaron al proceso en los diferentes cuadernos anexos consignan la siguiente leyenda: *“Los Servicios de Urgencias se cancelaran de acuerdo con los términos del artículo 67 de la Ley 715 (SIC). Para el pago de los servicios de salud no urgentes requiere que exista una relación contractual con CAPRECOM en los términos de la ley 80 de 1993”* (ver entre otros, autorización obrante a folio 42, cuaderno anexo No 2).

Por todo lo dicho, el Tribunal revocará la decisión de primera instancia y absolverá a la entidad demandada de todas las pretensiones incoadas.

Por las resultas del proceso las COSTAS de primera instancia corren a cargo de la empresa demandante.

SIN COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia. En su lugar se **ABSUELVE** a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM LIQUIDADO de las pretensiones incoadas en su contra por la empresa SALUD ONCOLÓGICA E.U.
2. **COSTAS** en primera instancia a cargo de la parte demandante.
3. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado
ACLARACION DE VOTO



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE ANAIS SAAVEDRA DE MÉNDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LIBIA DÍAZ PERDOMO Y CAMILA ANDREA MÉNDEZ DÍAZ (ambas en calidad de intervinientes *ad excludendum*)

Bogotá D. C., veintiséis (26) días de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuesto por las partes, y para estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 23 de junio de 2020 por la Juez Octava (8ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar pensión de sobrevivientes en favor de ANAIS SAAVEDRA DE MÉNDEZ (demandante – cónyuge supérstite) en proporción del 33.1% y a LIBIA DÍAZ PERDOMO (interviniente *ad excludendum* – compañera permanente) en proporción de 16.9% de la prestación que dejó causada JOSÉ ÁNGEL HIPÓLITO MÉNDEZ LARA, porcentaje que se incrementará al 66.2% y 33.8% respectivamente, a partir del momento en el que se extinga el 50% de la pensión que viene percibiendo CAMILA ANDREA MÉNDEZ DÍAZ hija estudiante del causante (interviniente *ad excludendum*).

Téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, con T.P. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ANAIS SAAVEDRA DE MÉNDEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LIBIA DÍAZ PERDOMO y CAMILA ANDREA MÉNDEZ DÍAZ, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor la sustitución de la pensión de vejez causada por JOSE ÁNGEL HIPÓLITO MÉNDEZ, por haber convivido con el causante desde el 12 de abril de 1964 -fecha en la que contrajeron matrimonio- hasta el día en el que falleció su esposo el 16 de agosto de 2016. Afirma que se tardó en reclamar la pensión de sobrevivientes reconocida inicialmente a favor de LIBIA DÍAZ PERDOMO (compañera permanente) y CAMILA ANDREA MÉNDEZ DÍAZ (hija estudiante), debido a que estaba resolviendo un problema de doble cedula que tuvo el causante en vida, pues el número de identificación que fue cancelado por la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL era el que había sido consignado en el registro civil de matrimonio y en los registros civiles de nacimiento de las cuatro hijas que ambos procrearon. Pide que se reconozca a su favor la pensión de sobrevivientes como única beneficiaria de JOSE ÁNGEL HIPÓLITO MÉNDEZ, junto con el retroactivo pensional causado desde la fecha de la muerte, la indexación de las condenas y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (ver demanda en folios 3 a 23, y subsanación en folios 210 a 229 del expediente).

CAMILA ANDREA MÉNDEZ DÍAZ (hija estudiante), vinculada a la litis en calidad de tercera *ad excludendum*, mediante apoderado contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de hija estudiante activa menor de 25 años del causante. Además, señala que un vínculo matrimonial o una afiliación no son suficientes para acreditar vida en común, y advierte que fue su progenitora, LIBIA DÍAZ PERDOMO, quien convivió con el causante. Propuso como excepciones la de *falta de causa e*

inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la genérica (ver contestación en folios 256 a 265).

A través del mismo apoderado contestó la demanda LIBIA DÍAZ PERDOMO (compañera permanente), vinculada a la litis también en calidad de tercera *ad excludendum*. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que ANAIS SAAVEDRA DE MÉNDEZ no acreditó el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama, y advirtió que el requisito de convivencia va más allá del simple vínculo conyugal. Afirma que convivió de manera continua y permanente con JOSE ÁNGEL HIPÓLITO MÉNDEZ desde el año 1980 hasta el final de sus días, y que procrearon dos hijos. Propuso como excepciones *falta de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la genérica* (ver contestación en folios 270 a 284).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderado también contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante no demostró el cumplimiento de los requisitos legales para ser beneficiaria del derecho pensional. Afirma que la entidad actuó de buena fe cuando reconoció en sede administrativa el derecho pensional a favor de las vinculadas como intervinientes *ad excludendum*. Propuso como excepciones *prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, buena fe y la declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en folios 388 a 394 y subsanación en folios 403 a 406 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 23 de junio de 2020, a través de la cual la Juez Octava (8ª) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a pagar pensión de sobrevivientes en favor de ANAIS SAAVEDRA DE MÉNDEZ

(demandante – cónyuge supérstite) en proporción del 33.1% de la prestación y a LIBIA DÍAZ PERDOMO (interviniente *ad excludendum* – compañera permanente) en proporción del 16.9%, porcentaje que se incrementará al 66.2% y 33.8% respectivamente, a partir del momento en el que se extinga el derecho al 50% de la pensión que viene percibiendo CAMILA ANDREA MÉNDEZ DÍAZ en condición de hija estudiante menor de 25 años de JOSÉ ÁNGEL HIPÓLITO MÉNDEZ LARA (interviniente *ad excludendum*). La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que las señoras ANAIS SAAVEDRA DE MÉNDEZ y LIBIA DÍAZ PERDOMO, la primera en calidad de cónyuge y la segunda en calidad de compañera permanente, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor JOSÉ ÁNGEL HIPÓLITO MÉNDEZ, partir del 16 de agosto del 2016, en cuantía inicial de \$6.188.940, en un porcentaje del 50% hasta la fecha que la señora CAMILA ANDREA MÉNDEZ DÍAZ acredite su escolaridad, y a partir de allí se incrementara en favor de las beneficiarias en un 100% del reconocimiento pensional. SEGUNDO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora ANAIS SAAVEDRA DE MÉNDEZ y a la señora LIBIA DÍAZ PERDOMO la pensión de sobrevivientes a partir del día 16 de agosto del 2016, en cuantía inicial de \$6.188.940, el cual deberá ser pagada de manera retroactiva junto con los reajustes anuales y con una mesada adicional, valores que deberán ser indexados al momento del pago, teniendo en cuenta la fecha de causación de cada una de las mesadas y frente a las cuales se autorizan los descuentos respectivos al sistema de seguridad social en salud, conforme a las siguientes proporciones: a la cónyuge señora ANAIS SAAVEDRA le corresponde un porcentaje de la pensión equivalente al 33,1% a partir del 16 de agosto del 2016 y hasta el 16 de junio del 2025, o hasta la fecha que la señora CAMILA MÉNDEZ acredite su escolaridad, y a partir de allí se incrementará en un porcentaje del 66.2% de manera vitalicia, a la señora LIBIA DÍAS le corresponde un porcentaje de la pensión equivalente al 16,9% a partir del 16 de agosto del 2016 y hasta el 16 de junio del 2025, o hasta la fecha en que CAMILA MÉNDEZ acredite su escolaridad, y a partir de allí se incrementará en un 33,8% de manera vitalicia, precisando en este punto que*

como ya hubo un reconocimiento en favor de la señora LIBIA COLPENSIONES podrá descontar o hará el descuento correspondiente a la señora LIBIA DÍAZ, dado que ella ha venido percibiendo la mesada pensional en debida forma desde la data de reconocimiento. TERCERO: ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas. CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción relevándose el despacho del estudio y pronunciamiento respecto de los demás medios exceptivos propuestos. QUINTO: sin condena en costas en esta instancia. SEXTO: como quiera que la presente decisión resultó adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirán las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, sala laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad” (CD 5, hora 1, minuto 27:27).

Para tomar su decisión, el Juez encontró probada convivencia simultánea de la cónyuge (ANAIS SAAVEDRA DE MÉNDEZ) con el causante entre el momento en el que contrajeron matrimonio (12 de abril de 1964) y el deceso, y de la compañera permanente (LIBIA DÍAZ PERDOMO) con el causante a partir del momento en el que nació el hijo mayor de la pareja (año 1989) y el fallecimiento, por lo que en ambos casos se cumple el requisito de convivencia por más de 5 años anteriores a la muerte del causante. Definió la proporción de la prestación que a cada una le corresponde conforme los tiempos de convivencia referidos, advirtiendo que se debe hacer el cálculo sobre el 50% de la prestación mientras no se extinga el derecho pensional de CAMILA ANDREA MÉNDEZ DÍAZ, hija estudiante menor de 25 años de JOSÉ ÁNGEL HIPÓLITO MÉNDEZ LARA. Absolvió del pago de intereses moratorios, ordenó el pago de las mesadas adeudadas debidamente indexadas y advirtió que no operó el fenómeno prescriptivo sobre estas.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante (cónyuge supérstite) pide que se conceda el 100% de la prestación a su favor y el pago de intereses moratorios.

Afirma que no pueden ser valoradas las pruebas aportadas al expediente por LIBIA DÍAZ PERDOMO (compañera permanente), pues ella ha venido actuando de forma irregular en el proceso por haber sido vinculada en calidad de *tercera ad excludendum* y no haber presentado demanda ordinaria. De todas formas, aduce que dichas pruebas no demuestran el cumplimiento del requisito de convivencia pues los testimonios están faltando a la verdad, y advirtió que no es suficiente demostrar convivencia pura y simple, sino que esta requiere estar acompañada de *socorro y ayuda mutua*, aspectos que LIBIA DÍAZ PERDOMO no cumplió con el causante durante sus últimos días de vida. Finalmente, solicita el pago de intereses moratorios en atención a los perjuicios que le ha causado la entidad con su negativa en reconocer el derecho pensional reclamado (CD 5, hora 1, minuto 27:14)¹.

¹ *“Si doctora, interpongo el recurso de apelación contra la sentencia, con el propósito de que se revoque y en su defecto se conceda su totalidad el 100% de la pensión de sobrevivientes a mi mandante, con fundamento en la siguientes consideraciones. Si bien reconozco doctora la manera acuciosa como usted ha llevado el proceso y como ha estudiado el asunto, no es menos cierto que se presentan algunos inconvenientes para que se pueda fallar en favor de la señora Libia Díaz Perdomo, hacerle un reconocimiento proporcional, y los sustento en estos aspectos: como pude advertir en el alegato, la señora Libia Díaz no es parte dentro del presente proceso, toda vez que no es demandada, dado que fue inculcada como interviniente ad excludendum con el propósito que sí a bien lo tenía presentara demanda ordinaria, reclamando unas pretensiones que no había pedido. Por lo tanto su señoría ha venido actuando de manera irregular en el proceso, no ha podido solicitar pruebas y en consecuencia las pruebas, en consecuencia las pruebas que la doctora ha valorado no pueden ser de recibo en el presente asunto. De otra parte, si en gracia de discusión prescindiera de esa consideración, se tiene probado su señoría que la señora Lidia Díaz Perdomo no cumplió con el deber de Socorro y ayuda mutua que establece el código civil y que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, se traduce además en un acompañamiento espiritual y emocional, toda vez que pudiendo no acompañó a quien dice ser su compañero en el momento en que más la necesitaba, esto es cuando estuvo hospitalizado durante mucho tiempo, y no hay razones que puedan justificar esa conducta, pues perfectamente ella ha podido acudir a los medios necesarios, entre otras cosas que tiene un hijo abogado y si era necesario la ira podido autorizar para visitar y cumplir su derecho. Entonces, ahí abandono a su compañero, porque dice ella a su suerte, y no le brindo de ese apoyo y ayuda emocional que necesitaba. Nótese además su señoría, que en la versión que entrega su hija Camila, dice que su padre le dijo el último día que si iba hospitalizar porque estaba muy enfermo y en renglón seguido dice “pasaron ocho días y él me llamó y me dijo que estaba muy mal y que ya solamente estaba esperando el momento y otros 8 días más y se murió”, y durante ese tiempo no hubo ningún interés su señoría por darle, digamos, un apoyo emocional a una persona qué debería estar en unas circunstancias terribles. Entonces, en esos aspectos no sé da ni cumplimiento del deber de socorro y ayuda mutua que ya las altas corporaciones o las altas Cortés han dicho que es tan fundamental como el término de convivencia, es decir, no se trata simplemente de una convivencia pura y simple sino que se requiere ese aspecto su señoría de apoyo y socorro y ayuda mucho. Considero además que se está dando por probadas sin estarlo la convivencia, claramente se ve que los testimonios faltan a la verdad cómo expulsen el documento que el señor Hipólito Méndez, que despide compensar EPS sobre lo que dice el señor Hipólito Méndez, el no vivía en Ibagué en ninguna casa él vivía en una plantación agrícola y ella sostienen que estaba viviendo en Ibagué, cosa que de por sí ya determina que su testimonio*

El apoderado de las intervinientes *ad excludendum* (compañera permanente e hija estudiante) pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva de las pretensiones incoadas. Manifiesta que la demandante (cónyuge supérstite) no cumplió con la carga de probar los hechos que fundamentan sus pretensiones, pues las declaraciones extra-juicio aportadas al plenario no fueron ratificadas y los testigos de la parte actora fueron testigos de oídas e incurrieron en contradicciones, por lo cual no solo no se demostró el requisito de convivencia entre la demandante (cónyuge supérstite) y el causante, sino que no era posible definir los porcentajes del derecho pensional como lo hizo la juez de primera instancia. Advirtió que la existencia de vínculo matrimonial es un indicio que no logra acreditar *per se* la existencia de convivencia entre dos personas, y considera que las pruebas practicadas en el proceso solo evidencian que la demandante (cónyuge) volvió con el causante cuando se encontró en un estado clínico en que no se podía oponer ni manifestar su negativa para que ella se acercara (CD5, hora 1, 32:12)².

carece de veracidad. De otro lado su señoría, en términos de la negativa a los intereses, pues consideró que se deben reconocer toda vez que COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, enervo con su accionar y ha causado un perjuicio a mi mandante que en este momento lleva más de 2 años y medio de proceso lo cual la ha perjudicado porque no ha podido recibir, digamos, sus prestaciones. Entonces en consecuencia solicitó que se decrete el reconocimiento total de la pensión de sobrevivientes en un 100% a mi mandante y en esos términos de por contestar la apelación. Gracias su señoría”.

² *“Gracias su señoría, encontrándome dentro del término legal para el caso, manifiesto ante el despacho que interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de liberar, a fin de que la honorable sala laboral del tribunal superior de Bogotá, se sirva revocar la anterior sentencia y en consecuencia se determine negar la totalidad de las pretensiones que fueron incoadas por las siguientes consideraciones. Primero: sirven fundamentos desde el inicio para resolver el asunto sometido a la litis, la negativa respecto de la tacha que fue propuesta en relación a los testigos, los cuales con posterioridad sirvieron como fundamento para argumentar que ellos efectivamente lograron acreditar una convivencia entre la señora Anaís y el causante José Ángel Hipólito, sin embargo el despacho ha tomado por alto o ha pasado por alto que los testigos fueron ampliamente contradictorios y que de por sí no acreditaron en debida forma la razón o la ciencia de su testimonio, en este sentido tenemos que la señora Anatolia, quien manifiesta haber sido madrina de matrimonio, en los interrogatorios que fueron formulados, ella misma manifiesta ante las preguntas del despacho, que ella eso lo sabe por qué le contaron, no puede dar fe de la convivencia de ellos, básicamente porque lo sabe dónde vivieron y en algún momento vivió cerca. Tampoco sabe de qué murió, es decir, estos son testigos de oídas, los cuales por vía jurisprudencial y por carácter legal no son de buen recibo, es decir, ni siquiera sirven como soporte ya que los chismes no crean derecho. adicional a esto, nosotros podemos identificar que también dentro de los testigos tales como por ejemplo el Señor Carlos el cual es yerno, siempre manifestó que el señor Hipólito estaba en la casa, situación está que contradice las verdaderas actividades o dinámicas propias del trabajo, adicional a esto se contradice el mismo dicho de la señora demandante, esto es de la señora Anaís, toda vez que los Testigos no se pusieron de acuerdo en identificar que días viajaban, siempre manifestaron de manera certera que*

viajaba el día jueves, el día viernes, y la señora Anai siempre manifestó que viajaba de manera indefectible el día martes, situaciones éstas que de por sí dejan un claro panorama gris en cuanto a la velocidad y relación de lo que ellos manifiesta dentro de la convivencia. Sumado a ello es bastante sospechoso que ellos mismos ni siquiera logren acreditar uno de los requisitos establecidos legalmente y validados jurisprudencialmente para que festivamente se lleve a cabo la acreditación de la convivencia, esto es la publicidad, puesto que dentro del expediente no se logra observar ni siquiera por parte de la señora Anai y el causante José Ángel Hipólito, que haya existido algún rango de publicidad en su convivencia, situación esta que es supremamente fundamental, ya que no se puede hablar de que las personas comparten techo, lecho y mesa, cuando ni siquiera existe acreditación diferente a la existencia de una relación sexual, es decir, el vínculo matrimonial es un indicio, pero como indicio el mismo no es autónomo y no logra acreditar una convivencia entre dos personas, del mismo deberá servirse de otros medios probatorios que lograrán reforzar que efectivamente la razón de su de su decir, de esta manera nosotros tenemos que efectivamente la señora Anais se reveló este relevo de su obligación de probar, es decir, de dar cumplimiento al mandato procesal establecido en el cual deberá acreditar los supuestos de hecho que pretende hacer valer. Ahora bien, es importante indicar lo siguiente, la señora Anais acredita la existencia de un carnet de beneficiaria de salud del año 63, acredita en varias declaraciones juramentadas, las cuáles no fueron ratificadas en ningún momento dentro del proceso, y valga la pena indicar que esas declaraciones al haber sido efectuadas ante un funcionario público, no son susceptibles de ser tachadas de falso, ni tampoco desconocerlas, es por esta razón que se requiere efectivamente la ratificación de las mismas para lograr validar su decir. Asimismo, se logra identificar, y acá es importante de identificar varias cosas. Primero las partes, la señora Anais en ningún momento logra acreditar un apoyo mutuo, ni logra efectivamente identificar un acompañamiento ni un ideal de formar familia con el señor José Ángel Hipólito, esto porque dentro del acervo probatorio se logra identificar tal y como lo indicó el despacho al iniciar la lectura de la sentencia, que existen varias acreditaciones en donde no sólo la señora Libia y el señor José Ángel Hipólito en vida compartían gastos, compartían obligaciones paternas, obligaciones sociales, obligaciones propiamente de la vida común, es decir de la vida familiar, tales como gastos médicos, gastos de educación de los hijos. Asimismo también logran acreditar la identificación de servicios públicos en común, situación ésta que efectivamente logra hacer la vida en común. parte del fallo se fundamenta en el hecho de que en la última parte de vida la señora quien estuvo junto al señor José Ángel Hipólito, fue la señora Anais, sin embargo se observa dentro de la historia clínica que no siempre fue ella, ahora bien, esto es importante identificar y es lograr efectuar la debida interacción o la debida lectura de la intención del señor José Ángel Hipólito, es decir, la señora Anais solamente se acercó a él cuando él ya no podía oponerse, es decir, en un estado clínico en donde él no podía manifestar una negativa a que ella se acercara, de resto no existe ningún tipo de acreditación que permita identificar que la señora Anai estuvo cerca del señor José Ángel Hipólito, no se logró identificar que esa relación hubiera sido pública, ya que de lo contrario pues sus testigos solamente fueron personas que los vieron en cocina, nunca compartieron actos ni eventos sociales, nunca incluso lograron identificar ni describir ninguna de las viviendas que compartieron con el señor José Ángel Hipólito, si situación esta que es completamente clara para lograr identificar que la señora Anai no compartió ni techo, ni lecho, ni mesa. Eventualmente compartieron lecho al momento de procrear a sus otros hijos, de resto nunca compartieron ningún tipo de vida en común y no desarrollaron esa intención de generar algún tipo de vida. En este sentido, valga la pena indicar que también la ausencia de la señora Libia no acredita la convivencia de la señora Anai, esto efectivamente para lograr identificar que hay momento final de enfermedad no se establecía que efectivamente la señora Anai haya ejecutado algún tipo de convivencia. La convivencia esporádica ha sido identificada por la corte como uno de los grandes errores en donde no se acredita convivencia ya que no muestra una permanencia, no muestra un criterio sustentado, ni un criterio sentado en donde se predique ayuda mutua mi apoyo continuo, tan es así que incluso ni siquiera logran acreditar de que manera las hijas del señor José Ángel Hipolito logran dar algún tipo de aporte o de qué manera el señor José Ángel Hipólito ayudó con su madre para crear una vida una familia en común. Ahora bien, dentro del fallo si logra observar que la sentencia ahora establece básicamente los términos o los rangos de convivencia, tomando indicios no acreditados, esto es por un lado, el matrimonio y por el otro lado el nacimiento de uno de los hijos hasta el momento del deceso, sin embargo

En el recurso de COLPENSIONES su apoderado pide que se condene a la tercera *ad excludendum* LIBIA PERDOMO DÍAZ (compañera permanente) a pagar a favor de ANAIS SAAVEDRA (cónyuge) el porcentaje o la cuota parte del retroactivo que ha recibido en exceso desde agosto de 2016, hasta la fecha en que la demandante sea incluida en nómina de pensionados. Afirma que a partir de ese momento (16 de agosto de 2016) COLPENSIONES le ha venido pagando a la compañera permanente el 50% de la prestación en cumplimiento de un acto administrativo por lo que imponerle la carga de pagar el retroactivo pensional causado por la demandante implicaría un doble pago de la prestación y generaría detrimento patrimonial. Advirtió que si bien es cierto la juez de primera instancia indicó en su decisión que COLPENSIONES está habilitada para descontarle a la tercera *ad excludendum* LIBIA PERDOMO DÍAZ el retroactivo que le corresponde a la demandante ANAIS SAAVEDRA,

se ha debido identificar de manera clara y de qué manera o en qué manera o en qué proporciones lograban convivir, ya que la señora Anaí normalmente identificó que el señor José Hipólito llegaba todos los días sábados y permanecía con ella hasta el día martes y de ahí en adelante de acuerdo a lo que se logra extractar de otro lado compartía con la señora Libia, entonces, los porcentajes que establece el mismo despacho están llamados a error, ya que puede acreditarse la vigencia de una relaciones de carácter civil, más no ha logrado acreditar sí efectivamente o de qué manera se dio la proporción de convivencia. Una cosa es la vigencia del matrimonio, o la vigencia de la Unión marital de hecho, y una cosa completamente diferente es que efectivamente una convivencia, puesto que para lograr establecer ha debido identificarse el tiempo proporcional para desarrollar o para compartir techo, lecho y mesa, lo cual con la señora Anaí no se logra efectivamente acreditar y nunca alegaron que fuese una relación de mente abierta en donde se aceptará participación de terceras personas con la aceptación de otros. Eso nosotros logramos ver, es algo de carácter interesante, en el sentido de que varias de las pruebas documentales logran controvertir, allegadas por la parte demandante logran contradecir su propio dicho, así como también las pruebas allegadas por la parte vinculada logra efectivamente desacreditar la convivencia de la señora Anais, tengamos en cuenta que el proceso cuando se formula, se formula con el fin del reconocimiento de la pensión de vejez de la señora Anaí, en ningún momento por parte de las convocadas o de las vinculadas se ha objetado o se ha desacreditado el derecho que le corresponde a la señora Anaí, en otras palabras lo que debía la parte demandante es acreditar su convivencia, no desacreditar el derecho de la señora Libia, ya que su gran error ha incurrido precisamente en no acreditar la convivencia de la señora Anaí, no acreditar la publicidad sino tratar de demostrar que la señora Libia no convivió cuando efectivamente con suficiente acervo probatorio sí lo hizo. De esta manera es importante establecer qué habrá lugar a revocar la sentencia en su totalidad y en su defecto negar las pretensiones incoadas, básicamente porque la señora Anaí no logro acreditar una convivencia, acredito un vínculo matrimonial el cual no acreditó que hubiese una compañía de manera continua sino simplemente la vigencia de un registro civil, el cual no prueba parentesco, no prueba efectivamente una convivencia, sino solamente el estado civil en los términos del decreto 2060 de 1970. En los anteriores términos debo presentar mi recurso de apelación, y solicitó entonces al despacho se sirva negar, la honorable sala laboral del tribunal superior de Bogotá, denegar la totalidad de las pretensiones incoadas y en consecuencia absolver a la llamada juicio colpensiones y a la vinculada la señora Libia Díaz de todas y cada una de las pretensiones. Gracias”.

tal condena se torna abstracta e imposible de cumplir, pues el retroactivo asciende a la suma aproximada de \$170.000.000 y la mesada pensional de LIBIA PERDOMO DÍAZ se reducirá a la suma \$800.000 mensuales (CD 5, hora 1, minuto 45:51)³.

³ “Señoría Colpensiones interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho, para que lo resuelva la sala laboral del tribunal superior de Bogotá. Yo interpongo señora Juez recurso de apelación parcial, no en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, ni a la demandante ni alabes curada Libia Díaz, sino únicamente en cuanto a la condena en concreto que efectúa. La señora juez indica que Colpensiones tiene que pagar a la demandante la señora Anaí Saavedra y la señora Libia Díaz la pensión de sobrevivientes desde el 16 de agosto de 2016, en los porcentajes que indicó de acuerdo a la convivencia que cada una de las beneficiarias estuvo con el causante. Si bien es cierto la señora juez indica que Colpensiones está habilitado para hacerle un descuento a la señora Libia Díaz, a juicio de este apoderado dicha condena se torna abstracta e imposible de cumplir en la medida en que desde el 16 de agosto de 2016 Colpensiones le reconoció a la señora Livia Díaz el 50% de la sustitución pensional generada con ocasión al fallecimiento del causante José Ángel Hipólito Méndez, y dicha prestación ingresó a la nómina de pensionados en diciembre de 2016 y se canceló el retroactivo pensional correspondiente conforme consta en la resolución GNR 34188 de 2016. Quiere decir que desde noviembre de 2016 hasta la fecha la señora Livia Díaz Perdomo viene disfrutando y viene recibiendo el pago del 50% con la sustitución pensional. En ese orden de ideas si a juicio del despacho el reconocimiento pensional que efectuó Colpensiones a la señora Livia Díaz no era el correcto, porque el porcentaje que le corresponde no es del 50%, si no el 16 punto algo, como indicó la señora juez, debió haberse condenado a la señora Libia Díaz a que le pagara a la señora Anaí Saavedra el porcentaje o la cuota parte del retroactivo pensional que ha recibido desde agosto del 2016 hasta la fecha, eso porque tal y como queda el fallo, queda como que Colpensiones tiene la obligación de pagar un retroactivo que en primer lugar pago de buena fe y en segundo lugar pago en cumplimiento de un acto administrativo que quedo plenamente ejecutoriado porque no se interpusieron ningunos recursos contra el mismo y tiene plenos efectos legales. La decisión del despacho que Colpensiones descuenta a la señora Livia Días el retroactivo pensional, es una condena que se torna imposible de cumplir, porque si hacemos un cálculo aproximado del retroactivo a la fecha, debe ser alrededor de \$170'000.000, y descontarle 170 millones de pesos a la señora Livia Días, cuando de acuerdo al reconocimiento de la señora Juez la mesada pensional mensual de la señora Libia Días va a ser alrededor de \$800,000, pues haría claramente imposible que Colpensiones efectuará el descuento de ese retroactivo pensional para efectos de compensar las suma de dinero que ha venido pagando, sumado al hecho que mientras esta sentencia no quede firme y plenamente ejecutoriada, la señora Libia Díaz va a seguir recibiendo el 50% de la mesada pensional porque no es posible que Colpensiones suspenda ese reconocimiento pensional, salvo que la señora Libia efectuará la autorización de revocatoria. En ese orden de ideas claramente cuando Colpensiones de a cumplir este fallo va a estar en una situación de detrimento patrimonial, toda vez que probablemente se vea obligado a pagar dos veces una suma de dinero que ya canceló a la señora Libia Díaz, en ese orden de ideas siguiendo algunas posiciones del Tribunal, de la Sala Laboral del tribunal de Bogotá, que el fallo similares ha establecido que en este caso debe emitirse condena contra la otra beneficiaria de la prestación que recibió indebidamente retroactivo pensional, en ese sentido ellos solicitarían a la Sala Laboral del Tribunal que revocara a modificara parcialmente esta Providencia, en el sentido que el retroactivo pensional causado desde el 16 de agosto del 2016, hasta la fecha de inclusión en nómina, en atención a la cuota parte que determinó el despacho, le sea reconocido a la señora Anaí Saavedra por parte de la señora Libia Díaz Perdomo, quien fue quien recibió esas sumas de dinero indebidamente, y haciendo incurrir en error a COLPENSIONES, porque en vía administra la señora Libia Díaz cuando presenta su solicitud de reconocimiento, manifestó igualmente en sus declaraciones extra juicio que ella era la única beneficiaria de la prestación con su menor hija Camila Méndez, con un agravante adicional señoría, y es que cuando Colpensiones

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes al proceso:

(i) que JOSE ÁNGEL HIPÓLITO MÉNDEZ LARA, falleció el 16 de agosto de 2016 (folio 48) momento para el cual gozaba de pensión legal de vejez reconocida mediante la Resolución No. 694 de 25 de junio de 2002 (ver Resolución a folio 47 del plenario y en el expediente administrativo de la entidad – CD 2); (ii) que JOSE ÁNGEL HIPÓLITO MÉNDEZ LARA contrajo matrimonio con ANAIS SAAVEDRA el 12 de abril de 1964 y que la sociedad no se había disuelto para la fecha de la muerte del causante (ver registro civil de matrimonio a folio 41, acta de matrimonio a folio 76 y Resolución 9972 de 13 de septiembre de 2017 de la Registraduría Nacional del Estado Civil en folios 69 a 71); y, (iii) que mediante la Resolución GNR 341888 del 17 de noviembre de 2016 COLPENSIONES reconoció la pensión de sobrevivientes a favor de LIBIA DÍAZ PERDOMO (en calidad de compañera permanente) en cuantía del 50%, y a favor de CAMILA ANDREA MÉNDEZ DÍAZ (en calidad de hija menor) en cuantía del 50% restante (ver resolución en folios 195 a 198 del plenario y en el expediente administrativo de la entidad – CD 2).

Así las cosas, el Tribunal resolverá el conflicto que se presenta entre ANAIS SAAVEDRA DE MÉNDEZ (cónyuge supérstite) y LIBIA DÍAZ PERDOMO

expidió la resolución el 17 de noviembre de 2016, la señora Anaí Saavedra no se había presentado en el trámite administrativo de reconocimiento, porque ella elevo la reclamación administrativa solo hasta el 5 de diciembre de 2017, cuando ya no solo se había emitido la resolución, sino que ya Colpensiones estaba por hacer su inclusión en nómina de la prestación, porque la prestación como lo manifesté anteriormente, ingreso en el mes de diciembre de ese año. Entonces señorita, hubo una serie de situaciones en las cuales..... la beneficiaria en error a colpensiones,..... que de conformidad a este fallo, pues no correspondía a la realidad, cuando en situaciones normales lo que establece la ley es que Colpensiones deje en suspenso el reconocimiento hasta tanto el conflicto beneficiario lo dirima la jurisdicción ordinaria, en este caso reitero no fue posible por cuanto inicialmente el trámite de reconocimiento únicamente se presentó una de las beneficiarias, y a pesar de que se hicieron las publicaciones correspondientes, la señora Anaí Saavedra no se presentó dentro del término legal a hacer valer su derecho, razón por la cual, señorita, reitero mi petición de modificar parcialmente este fallo, para que sea condenada la señora Libia Díaz a pagarle a la señora Anaí Saavedra el retroactivo pensional en las proporciones y en los valores que indico la señora Juez, y Colpensiones únicamente a partir del cumplimiento efectivo de estos valores que ordeno el despacho Los porcentajes y los valores que corresponden. En ese orden de ideas señorita, dejo sustentado el recurso de apelación. Gracias.

(compañera permanente) por el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que dejó causada JOSE ÁNGEL HIPÓLITO MÉNDEZ LARA, advirtiendo previamente que: (i) la parte demandante en su recurso reclama el reconocimiento del derecho pensional en proporción del 100% de la prestación a favor de la cónyuge una vez se extinga el derecho de la hija beneficiaria, sin controvertir en los alegatos de conclusión que se presentaron en ambas instancias el derecho en cabeza de CAMILA ANDREA MÉNDEZ DÍAZ, hija estudiante menor de 25 años; y (ii) la vinculación al proceso de LIBIA DÍAZ PERDOMO (compañera permanente) se hizo por el mecanismo procesal pertinente, como interviniente *ad excludendum*, pues *“además de que es una forma de intervención principal, cada una de las partes pretende para sí el derecho controvertido (pensión de sobrevivientes), dado que sus intereses se excluyen y demandan para que se resuelva prioritariamente su pretensión”* (ver SL 4242 de 2016, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). En este proceso se debe definir, por ello, si a LIBIA DÍAZ PERDOMO le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes causada por JOSE ÁNGEL HIPÓLITO MÉNDEZ LARA, y para este efecto se deben valorar las pruebas decretadas y practicadas a su favor.

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente en la fecha del óbito- establece como beneficiarios de la sustitución pensional, en forma vitalicia, a la cónyuge o a la compañera permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con él por un período no inferior a cinco años antes del óbito. Sin embargo, dice la norma, cuando existe cónyuge con sociedad conyugal no disuelta y compañera permanente que disputa el derecho a suceder al causante –como ocurre en el caso bajo estudio-, la pensión se debe dividir entre ellas en forma proporcional al tiempo de convivencia que cada una hubiera mantenido con el fallecido durante toda su vida, si dentro de los (5) cinco años anteriores a la muerte el pensionado mantuvo convivencia simultánea con la cónyuge y la compañera permanente con derecho a sucederlo [por haber convivido con él más de 5 años].

Sobre éste requisito, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la convivencia se debe demostrar claramente en el proceso, pues la pensión de sobrevivientes protege al núcleo familiar y estable que tenía el fallecido al momento de la muerte, y no a otras personas (sentencias SL 1548 de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, y SL 11940 de 2017, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO), y debe ser evaluada en cada caso dado que *“pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo que no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua”* (Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL 1399 de 2018, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Bajo las reglas que regulan el asunto y una vez revisada la evidencia que se aportó al expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, pues las pruebas acreditan convivencia del causante con ANAIS SAAVEDRA DE MÉNDEZ **cónyuge** durante **52 años y 4 meses**, entre el 12 de abril de 1964 (fecha en la que contrajeron matrimonio) y el fallecimiento del causante (16 de agosto de 2016), y convivencia simultánea con su **compañera permanente**, durante los **27 años y 2 meses** inmediatamente anteriores al fallecimiento, es decir, entre el 11 de junio 1989 (fecha en la que nació el hijo mayor de la pareja – ver folio 301) y el deceso.

De estos tiempos resulta la cuota parte de la mesada pensional que determinó la sentencia de primera instancia para cada una de las beneficiarias.

Se llega a la conclusión respecto de la cónyuge (demandante) al observar el registro civil de matrimonio (folio 41), cuya vigencia certifica la Registraduría Nacional del Estado Civil a través de la Resolución 9972 de 13 de septiembre de 2017 (folios 69 a 71); la constancia emitida por la EPS COMPENSAR en la que a la demandante como beneficiaria del causante en el Sistema de Seguridad Social en Salud entre el 11 de febrero de 2008 y el 16 de agosto de

2016 (ver folio 52); y los testimonios rendidos por MARIA ANATOLINA MUÑOZ DE MOGOLLÓN (amiga de la demandante -su esposo fue padrino de matrimonio de la pareja-), NELLY PATRICIA MÉNDEZ SAAVEDRA (hija de la pareja) y CARLOS ARTURO PEDREROS MONTAÑEZ (yerno de la demandante) (CD 4, minuto 16:26, hora 1 minuto 2:24 y hora 1 minuto 22:38, respectivamente), quienes afirmaron que los esposos tuvieron cuatro hijas, convivieron en el barrio Salitre Greco de Bogotá, y nunca se separaron. Además, los últimos testigos advirtieron que el causante viajaba con frecuencia, por razones de trabajo, a la ciudad de Ibagué, y que fue la demandante quien cuidó de JOSE ÁNGEL HIPÓLITO MÉNDEZ LARA durante la enfermedad y en sus últimos días de vida.

Respecto de la convivencia entre el causante y LIBIA DÍAZ PERDOMO (compañera permanente) se recibieron las declaraciones de CARMEN ROSARIO JIMÉNEZ DE AUCIQUE (cercana a la familia de la tercera *ad excludendum*), ANA MARCELA AUCIQUE JIMÉNEZ (esposa del sobrino de la tercera *ad excludendum*) y SANDRA MÓNICA HERRERA DÍAZ (sobrina de la tercera *ad excludendum*) (CD 4 minuto 48:36, hora 1 minuto 35:37 y hora 1 minuto 50:42 respectivamente). Las primeras testigos indicaron que conocieron a la pareja hace 25 años y 26 años respectivamente, y la última señaló que ayudó a cuidar al hijo mayor de la pareja en sus primeros años de vida. Afirmaron que los compañeros inicialmente vivieron en Casablanca, después en el barrio Villa Luz y finalmente en el barrio Salitre de Bogotá, procrearon dos hijos, siempre estuvieron juntos en reuniones familiares, fechas especiales y paseos familiares, y nunca se separaron, y advirtieron que el causante viajaba con frecuencia a la ciudad de Ibagué por razones laborales. Adicionalmente, al plenario se aportaron facturas de servicios públicos que se encuentran a nombre del causante (JOSE ÁNGEL HIPÓLITO MÉNDEZ LARA) y que coinciden con la dirección de residencia que indicó la tercera *ad excludendum* en su contestación (ver página 284), dirección que también se encuentra consignada en las certificaciones emitidas por el Administrador del Edificio El Salitral, quien dejó constancia de que en ese lugar convivió la pareja con sus dos hijos (ver folios 307, 308, 310 y 343 y ss),

también se aportaron certificados de seguros de vida que contrató el causante a favor de LIBIA DÍAZ PERDOMO su compañera permanente folios 381 a 385.

Se debe advertir respecto a la convivencia de LIBIA DÍAZ PERDOMO, quien afirma que inició en el año 1980, que las testigos traídas a juicio nada declararon en concreto al respecto. Solamente la testigo SANDRA MÓNICA HERRERA DÍAZ indicó como antecedente claro de este hecho el nacimiento del hijo mayor de la pareja, CRISTIAN LEONARDO MÉNDEZ DÍAZ, el 11 de junio 1989. Igualmente explicó LIBIA DIAZ PERDOMO que la última vez que tuvo contacto con el causante fue el día de su hospitalización el 23 de julio de 2016 (23 días antes del fallecimiento), y señaló que no se acercó al hospital ni al sepelio por las diferencias que tenía con la otra familia del causante, y porque estaba respetando la voluntad de su compañero permanente con quien acordó dicha situación (CD 4, minuto 32:46); así las cosas, tal distanciamiento físico no implicó la terminación de la comunidad de vida de la pareja en la medida en que *notoriamente subsistieron los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua*, como ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Si bien cada una de las beneficiarias afirmó convivencia exclusiva con el causante y se opusieron a la posibilidad de convivencia simultánea, un estudio integral de las pruebas permite concluir lo contrario. Tanto las partes como los testigos traídos a juicio coinciden en afirmar los frecuentes viajes que hacía el causante a la ciudad de Ibagué *por motivos laborales*, escenario que le permitía sostener convivencia simultánea con las beneficiarias, aún sin el conocimiento recíproco de esa situación.

Igualmente se confirmará la orden de pago indexado de las mesadas adeudadas, sin intereses moratorios, pues en casos como el presente la demora en la que puede incurrir la entidad pagadora de pensiones no nace de omisiones imputables a la entidad que generan un retardo en el pago del derecho, sino a la existencia de una controversia razonable sobre la titularidad del derecho, controversia que se debe resolver ante la justicia ordinaria.

Para resolver el recurso que interpuso el apoderado de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, orientado a que se disponga el pago del retroactivo pensional que se adeuda a ANAIS SAAVEDRA DE MENDEZ (cónyuge supérstite) por LIBIA DÍAZ PERDOMO (compañera permanente), quien ha percibido de forma completa el 50% de la pensión desde el 16 de agosto de 2016, se advierte que COLPENSIONES no elevó pretensiones mediante demanda de reconvención en este sentido, ni propuso la excepción de compensación que no se puede declarar de oficio por el Tribunal (artículo 282 del CGP).

Por el contrario y atendiendo al recurso de la tercera *ad excludendum* quien aduce tener derecho exclusivo a la pensión desde su origen (pretensión que incluye el pago *completo* del retroactivo causado), la Sala encuentra que al caso presente no se le puede aplicar el principio jurídico del ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA como remedio excepcional que inspirado en el principio de equidad, permitiría evitar que se consolide un desequilibrio patrimonial que carece de justificación o fundamento legal, pues si bien el patrimonio de LIBIA DÍAZ PERDOMO se incrementó sin causa a costa del patrimonio de COLPENSIONES, dicha situación fue provocada por la misma entidad en la medida en que no dejó en suspenso el pago de las mesadas mientras la justicia decidía su titularidad, pese a la reclamación pensional que elevó la esposa -aquí demandate- desde el 5 de diciembre de 2016 (folio 154) cuando aún no había sido incluida en nómina de pensionados la tercera *ad excludendum* (ver folios 195 a 198)⁴.

⁴ La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, han señalado la procedencia de las restituciones por enriquecimiento sin causa, cuando se presentan los siguientes elementos: i) que ocurra el enriquecimiento o aumento de un patrimonio; ii) que ocurra el empobrecimiento correlativo de otro patrimonio, iii) que dicha situación no tenga una fundamento jurídico válido, y iv) **que tal situación no haya sido provocada por el mismo empobrecido**, este último requisito lo estimó pertinente el Consejo de Estado -Sección Tercera, 30 de marzo de 2006. Radicación 01968-01 (25662)-.

Por ello, se revocará parcialmente la sentencia dictada en primera instancia, en cuanto autorizó a la entidad a descontarle a LIBIA DÍAZ PERDOMO lo que le ha pagado en exceso por concepto de mesadas pensionales.

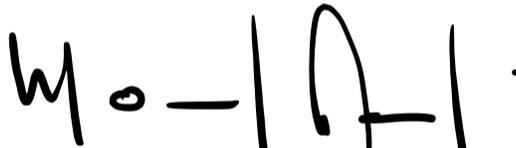
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral SEGUNDO de la sentencia dictada en primera instancia, en cuanto autorizó a COLPENSIONES a descontar a LIBIA DÍAZ PERDOMO lo que le ha pagado en exceso por concepto de mesadas pensionales.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás
3. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado

ACLARACION DE VOTO



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE LAURA LUCÍA ACOSTA ANDREEVA
(representada por su guardador principal Alexandr Acosta Andreev)
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D. C., veintiséis (26) días de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia dictada el 29 de octubre de 2020 por la Juez Décima (10) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ a la AFP PORVENIR a pagar pensión de sobrevivencia en favor de LAURA LUCÍA ACOSTA ANDREEVA, hija invalida de SVETLANA ANDREEVE.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, el representante de LAURA LUCÍA ACOSTA ANDREEVA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor pensión de sobrevivencia en calidad de hija con discapacidad absoluta de SVETLANA ANDREEVA, con fundamento en que la causante efectuó cotizaciones de manera ininterrumpida durante los cinco años anteriores a su fallecimiento (19 de marzo de 2015), y la demandante sufrió hipoxia cerebral en el momento de su nacimiento y por ello vive con una discapacidad mental

absoluta y dependía económicamente de su progenitora. Además, aduce que se está adelantando proceso de jurisdicción voluntaria de interdicción ante el Juzgado Veintiocho (28) de Familia de Bogotá, en el cual se designó como guardador provisional de la actora a su hermano, ALEXANDR ACOSTA ANDREEV. Pide el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del 15 de diciembre de 2014, junto con los intereses moratorios que se generen y la indexación de las condenas (ver demanda en folios 40 a 48 del expediente).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que aún no ha sido calificado el estado de invalidez de la demandante, ni se ha radicado reclamación formal con la documentación que exige la entidad para resolver este tipo de solicitudes, y advirtió el dictamen que sirvió de base para que se declarara a la demandante como interdicta por discapacidad mental absoluta no es el documento idóneo para demostrar la calidad de beneficiaria. Propuso como excepciones de mérito: *petición antes de tiempo, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, innominada o genérica, prescripción y compensación* (ver contestación en folios 81 a 89 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia de 29 de octubre de 2020, a través de la cual la Juez Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar pensión de sobrevivencia en favor de LAURA LUCÍA ACOSTA ANDREEVA, hija inválida de SVETLANA ANDREEVA. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la señora LAURA LUCÍA ACOSTA ANDREEVA, representada por su curador principal señor ALEXANDR ACOSTA ANDREEV, en su condición de hija inválida con ocasión del fallecimiento de SVETLANA ANDREEVA el 14 de diciembre del año 2015, en 13 mesadas anuales, con los reajustes legales correspondientes.*

Se establece como mesada inicial la suma de \$807.401, año 2016 \$862.062, año 2017 \$911.631, año 2018 \$948.917, año 2019 \$979.092, año 2020 \$1.016.298 y deberá pagar el retroactivo pensional causada desde el 14 de diciembre de 2015 hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina, retroactivo pensional que deberá ser pagado debidamente indexado desde la fecha de causación hasta la fecha efectiva de pago, se autoriza a la AFP PORVENIR S.A. a realizar los descuentos en salud de conformidad a la parte de esta providencia. SEGUNDO: Se declara aprobada la excepción de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir el pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y se ABSUELVE de esta pretensión. Se declara no probadas las demás excepciones propuestas por la parte demandada, de conformidad a la parte considerativa de esta providencia. TERCERO: SE CONDENA a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A al pago de las costas del proceso. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3.000.000 de pesos” (CD 2, vídeo 2, audiencia virtual, minuto 49:10).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia encontró acreditados los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivencia con el dictamen pericial que realizó la Junta Regional de Calificación de Bogotá dentro del proceso. Liquidó el valor de la primera mesada en la suma de \$807.401 a partir del 14 de diciembre del 2015, y sobre 13 mesadas anuales. Negó el reconocimiento de intereses moratorios en atención a que la parte demandante no aportó en la solicitud radicada ante el fondo privado el dictamen de pérdida de capacidad laboral para acreditar la condición de invalidez, y en subsidio, reconoció el pago de las mesadas pensionales debidamente indexadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de la parte demandante, su apoderado pide el reconocimiento de intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas. Aduce que presentó la solicitud de reconocimiento pensional en octubre de 2017, en la cual se

indicaron las circunstancias relacionadas con la condición de invalidez que se demostraron en este proceso, y se aportó dictamen de medicina legal. Además, advirtió que la respuesta que aportó la AFP demandada con su contestación no tiene membrete, ni constancia de envío o de recibo, y de todas formas el fondo demandado no podía requerir documentación adicional pues tenía la obligación de adelantar la valoración o calificación del grado de “discapacidad” de la demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 (CD 2, vídeo 2, audiencia virtual, minuto 49:10)¹.

¹ *“Respetuosamente me permito manifestar al despacho que recurriré en alzada el numeral segundo de la sentencia, es decir, apelaré de manera parcial el fallo, el punto segundo del resuelve, que hace referencia al tema de los intereses. Recurso de apelación que se sustenta en las siguientes consideraciones que me permito expresar en el siguiente orden. Primero. Dicha decisión se funda en una prueba que no cumple los requisitos necesarios para no ser tenida como tal, en la medida que dentro de la contestación de la demanda, obra la solicitud que se hiciera en octubre del año del 2017 por parte de este representado a la AFP Porvenir, con el propósito de que se reconociera la pensión en favor de la señora LAURA LUCÍA ACOSTA ANDREVA, indicando circunstancias a las cuales se ha concluido con total plenitud y certeza dentro de este proceso, existían desde el momento en que se hizo esta solicitud. Es decir, la fecha de estructuración de la invalidez de la señora LAURA LUCÍA ACOSTA ANDREVA, no obedeció de manera posterior, sino es un tema anterior, inclusive a la solicitud e inclusive al fallecimiento de su madre. La respuesta de que se menciona para negar dicha petición que se dice del Folio 96 del expediente y que dice, se la respuesta que es un documento que no tiene ningún tipo de IP, no tiene ningún tipo de constancia de envío, de recibo, que no cumple aquellos requisitos necesarios para ser una prueba documental en los términos en los que se anuncia la contestación de la demanda, por cuanto es un documento que no brinda certeza de haber sido y remitido al correo del suscrito apoderado. Eso por primera medida, no se puede tener por cierto de que se haya dado respuesta, sino por el contrario, que la respuesta no fue dada. Se le está dando un alcance diferente a esa prueba, de modo que se está indicando de que dicho correo sí se recibió, y que fue remitido a ese correo, y si se observa la prueba ahí no existe los requisitos que ha definido la Corte respecto a aquellas pruebas que son de correos electrónicos, de cómo se deben probar el envío y el recibo, luego entonces, no podría aceptarse que con ese documento que se aportó con la demanda se cumplió con el requisito de dar respuesta. Y aun así, pensando de que fuera cierto dicho contenido, pues el comportamiento que tuvo PORVENIR respecto a la solicitud que hace la señora LAURA LUCÍA ACOSTA ANDREVA, a través de quien es su representante legal, solo se pudo hacer en ese momento, primero, porque para llegar a las conclusiones que llego este proceso fue necesario en primera instancia acudir a la legitimación que tiene el señor Alexander Acosta hoy en día, en razón de ser el guardador titular de los derechos de su hermana. Porque antes se encontraba de manera exclusiva en cabeza de su madre y de su padre, y su padre por condiciones de salud no le era posible exigirlos. Ya la señorita LAURA LUCÍA ACOSTA, había cumplido la mayoría de edad, luego entonces, existía a la presunción de que sobre ella existía capacidad. Luego entonces al anunciar estos hechos en a la petición, AFP PORVENIR debió comportarse como lo indica el inciso segundo del Artículo 41 de la ley 100 del 93, a su cargo estaba la valoración y calificación. Ella debió haber hecho los elementos necesarios, o haberle contestado al reclamante, en este caso al representante legal de la accionada, a donde debería dirigirse para que se le practicara dicho examen, a fin de que pudiera determinar dicho grado de discapacidad. El cual hoy, plenamente está demostrado. Nunca se hizo una pretensión, o se enervó una solicitud bajo hechos inventado, irrisorios o falsos, sino por el*

En el recurso de PORVENIR S.A. su apoderada pide que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto la condenó a la indexación del retroactivo pensional causado. Manifiesta que no se podía reconocer el

contrario, siempre se indicó una verdad. En nuestra Constitución y en todo el ordenamiento jurídico, existe una presunción de la buena fe. No todos los actos yo tengo que demostrarlos, ni acreditarlos, ni llevarlos, basta con la afirmación inclusive que se hace para que surja la otra parte la obligación de corroborar ese dicho, si para ella no es claro. Si para lograr la realización del Artículo 38 donde debía acreditar la invalidez y ella es la encargada, ella debió haber hecho la AFP Porvenir debió haber hecho todo lo necesario para lograr dicha valoración de la demandada. Circunstancia que no hizo, vulnerando de manera directa su obligación del inciso segundo del artículo 41. Luego entonces a la conclusión a la que llega la sentencia, no es de recibo. Y, por el contrario, si se le debe condenar a sus intereses máxime, porque por sobre ella pesaba adicional a esa circunstancia ya mencionadas en el recurso de apelación, ese deber de solidaridad que nos asiste a toda la sociedad respecto aquellas personas que se encuentran en un estado de indefensión. Aquí estamos hablando de una persona que necesitaba su apoyo, que necesitaba recibir aquel ingreso que dejó de percibir con la muerte de su mamá y a quien se puso en riesgo. Y la mínima compensación que se le exige a este despacho, o al legislador, o a la justicia colombiana, es que le reconozcan esos intereses, en la medida que, si hubo un enriquecimiento por parte de la AFP PORVENIR, que manejó esos recursos durante todo este tiempo y obtuvo rendimientos, y sobre ellos no generó ningún tipo de rentabilidad a la aquí pensionada. Bajo esos argumentos, ruego al despacho sobre ese sentido, a los Honorables Magistrados se sirvan revocar la decisión en ese entendido, en el entendido de que se le dio alcance probatorio, se está negando, indicando que hubo respuesta y que esta respuesta fue en los términos legales. Luego entonces, si se mira el documento visto a folio 96 y 97, no tiene la información suficiente, no indica de que dirección IP fue enviado, a que dirección IP, ni la constancia de recibido. Es un documento que no tiene ningún tipo de membrete. Es simplemente el dicho de la demandada que no corresponde para probar determinado hecho, luego entonces se le está dando por parte del sentenciador un alcance probatorio que no podría tener ese documento, para formar su decisión. SEGUNDO. Pues se está reconociendo y se le está patrocinando, para que las AFP pue simplemente obvien esa información que les impone el Artículo 41 inciso segundo de evaluar. Al momento de haber hecho la petición la demandada, lo que correspondía a la AFP fue proceder a hacer la evaluación a través de sus aseguradores, si bien es cierto no se contó con ella y se estructuro a criterio de este despacho, a criterio de este procurador, es una ritualidad necesaria dicha prueba que se hizo dentro del proceso. La medida de que se había acreditado y se había dicho por medicina legal que sobre ella pesaba una incapacidad absoluta, dictamen que fue allegado y que se anunció no solo en el escrito de demanda, sino también en la solicitud. Se le informó que estábamos en el proceso de hacer la interdicción de la señorita LAURA LUCIA ACOSTA, para que pudiera acreditar dicha circunstancia de invalidez. Todo el tiempo las peticiones y las solicitudes fueron claras, e iban determinadas a proteger aquel derecho fundamental al mínimo vital que le asiste a la persona que se encuentra en condición de incapacidad. Están corroborados los hechos, había una presunción de buena fe, que nunca fue desvirtuada sobre lo mismo. Es más, al día de hoy, la conclusión de la sentencia da razón a los reparos que se hicieron en su momento. Luego entonces no es de recibo, que se premie a la AFP, quienes ya bastante dinero ganan con los aportes de todos los colombianos que están afiliados a dicha caja, para que obviamente no se le reconozca mínimamente tan siquiera esos intereses. Solo sobre este punto existe diferencia o disenso de este procurador respecto a la sentencia, por lo demás, procedo hacer la siguiente solicitud: que se conceda la ejecución parcial de la sentencia porque respecto a lo demás, no existe ningún tipo de inconformidad por este suscrito. Muchas gracias su señoría, y me reservo el derecho de aumentar los argumentos en el Tribunal”.

derecho a la demandante porque no se aportó de manera oportuna dictamen de pérdida de capacidad laboral que estableciera la condición de invalidez, ni se aportó la historia clínica para que se pudiera adelantar el trámite de calificación de PCL. Por ello, considera que no se puede ordenar el pago de indexación con cargo a recursos propios del fondo privado (CD 2, vídeo 2, audiencia virtual, minuto 57:28)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes al proceso:
(i) que SVETLANA ANDREEVA falleció el 14 de diciembre de 2015 (ver folio

² “En mi calidad de apoderada judicial de PORVENIR S.A procedo en este instante interponer recurso de apelación de la decisión que acaba de proferir el despacho, a fin de que los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se pronuncien, puntualmente en cuanto se refiere a la condena impuesta a mi representada de indexar el retroactivo pensional. Fundamento mi recurso de apelación en lo siguiente: Tal como quedó manifestado acertadamente la señora jueza al proferir su sentencia, está claro que mi representada PORVENIR S.A estaba imposibilitada física y legalmente para efectuar el reconocimiento pensional a la demandante, y lo anterior a la medida que no contaba con un dictamen de pérdida de capacidad laboral, que le permitiera establecer que tenía la calidad de inválida en los términos de lo dispuesto en el Artículo 38 de la Ley 100 de 1993, y es que tal y como nuevamente ello afirma y de manera acertada la juez, una cosa es la calificación del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral como está establecido en materia de seguridad social, y otra cosa, es lo que estableció medicinal legal en cuanto al deterioro cognitivo. Son conceptos diferentes y la normatividad de la seguridad social es clara, en determinar cual es el tipo de dictamen que se requiere en estos casos. Entonces, no fue una actitud arbitraria ni caprichosa de mi representada en no el reconocimiento de la persona en que no podía hacerlo, adicionalmente, no teníamos conocimiento de la historia clínica de la señorita Laura. Sin conocer la historia clínica, es totalmente imposible determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral. Ahora afirma el apoderado del demandante de que mi representada debió haber procedido de manera diligente de efectuar la calificación, pues precisamente fue lo que quiso hacer al darle respuesta y solicitarle la radicación de los documentos exigidos. Es importante, anotar que el correo electrónico fue aportado con la contestación de la demanda, y el apoderado de la demandante en ningún momento tachó esa prueba, ni hizo oposición a la misma, ni dijo que no lo había recibido. Por ende, tiene pleno valor probatorio. Tenemos entonces su señoría que bien esta apoderada es consiente de que el espíritu de la indexación no es sancionatorio sino resarcitorio, en este caso no habría una sanción para mi representada, porque estos dineros producto de la indexación tendrían que ser asumidos con cargo a su propio recurso, sanción que considero no debe ser asumida por ella. Adicionalmente, hay que tener en cuenta que los recursos de la cuenta de ahorro individual generan unos rendimientos, rendimientos que contrario a lo que afirma el apoderado de la demandante, no son de mi representada, son del afiliado. Todos esos rendimientos han sido depositados a la cuenta de ahorro individual de la afiliada fallecida, y esos rendimientos precisamente evitan la pérdida de poder adquisitivo del dinero. Luego considero que no había lugar a condena por indexación por los argumentos que expuse, y en consecuencia solicito respetuosamente a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá, revoquen la condena proferida en este aspecto exclusivamente.”

8), momento para el cual había cotizado al Sistema General de Pensiones 154,29 semanas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento (como se observa en el reporte de días cotizados allegado por la AFP demandada – ver folios 91 a 95); **(ii)** que la demandante LAURA LUCÍA ACOSTA ANDREEVA es hija de la fallecida (ver registro civil de nacimiento a folio 7), y fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 75% por los diagnósticos *autismo atípico* y *retraso mental leve*, estructurada el 27 de octubre de 2011, según dictamen pericial decretado de oficio por la funcionaria judicial, el cual fue realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá dentro del proceso (ver dictamen No. 101846788-3353 de 22 de mayo de 2020 – folios 160 y 161); y **(iii)** el derecho a la pensión de sobrevivencia en cabeza de LAURA LUCÍA ACOSTA ANDREEVA, en condición de hija inválida de SVETLANA ANDREEVA el valor de la mesada pensional y la fecha a partir de la cual procede el pago de la prestación.

Según los recursos, la controversia versa sobre el derecho al pago de intereses moratorios y/o de indexación de las mesadas adeudadas.

Para resolverlo el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispone el reconocimiento de INTERESES MORATORIOS a cargo de las entidades del Sistema de Pensiones que retardan el pago de las mesadas a sus afiliados. Tratándose de la primera de ellas, la demora se entiende ocurrida cuando transcurre el plazo legal dispuesto en el ordenamiento jurídico para que se agoten trámites administrativos *internos* pertinentes a la asignación del derecho, contado desde la fecha en que el afiliado o beneficiario presenta la solicitud con los documentos pertinentes, que no se encuentren en poder de la entidad pagadora, y que sean necesarios para definir sobre el derecho. Por ello en pensiones de sobrevivencia, el plazo de dos meses dispuesto en el artículo 1º de la ley 717 de 2003 corre para la entidad desde la fecha en que el afiliado ha entregado las pruebas que demuestren su derecho, pruebas que para el caso de los hijos inválidos consisten en la acreditación de tal condición y de la dependencia económica del progenitor fallecido, según lo dispone el literal C del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 38 de la misma normatividad.

Bajo esta regla el Tribunal confirmará la decisión apelada en cuanto negó el reconocimiento de intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas, pues solo se acreditó ante la demandada la condición de invalidez que da derecho a la pensión con el dictamen pericial que se decretó y practicó durante el trámite del proceso en primera instancia (ver folios 160 y 161).

Según el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 se considera *"inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral"*, y por ello no resultaba idónea para acreditar tal estado una evaluación psiquiátrica forense realizada por el Instituto de Medicina Legal dentro del proceso de interdicción adelantado ante el juez de Familia (ver folios 63 a 66). De tal documento se deduce una discapacidad mental, pero NO el grado de invalidez que se deriva de dicha situación de salud. Solamente la autoridad competente puede definir el grado de pérdida de la capacidad laboral con base en los criterios técnicos que establece el Manual Único de Calificación (Decreto 1507 de 2014), como se hizo durante el trámite de la primera instancia.

Cabe advertir que a través de la comunicación con radicado de salida No. 4207412037755700 (ver folios 96 y 97), la AFP PORVENIR S.A. informó al apoderado de la demandante que se debía adelantar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral y le indicó la documentación que debía aportar para esos fines. No obstante, el mismo apoderado reconoció en la audiencia celebrada dentro del proceso el 1° de abril de 2019 que recibió dicha respuesta, pero la familia de la demandante estimó que el dictamen de medicina legal era suficiente para acreditar el derecho y por ello no atendió el requerimiento (CD 1, minuto 21:50).

También se confirmará la orden dictada en primera instancia al pago indexado de los valores adeudados, pues la indexación o corrección monetaria es el medio para actualizar la capacidad de pago que tiene una sumas de dinero

que pertenece al acreedor y se encuentra en poder del deudor, contrarrestando los efectos de la inflación o de una eventual deflación. Según la Sala Laboral de la Corte, dicho mecanismo opera de manera subsidiaria ante la improcedencia de los intereses moratorios solicitados (ver entre otras las sentencias SL 5181, 4108 y 4071 de 2020).

Por las resultados del proceso, SIN COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE FREDY DEL CRISTO ROMERO DIAZ CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A., y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 1º de diciembre de 2020 por la Juez Décima (10) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido (ver Escritura Pública No. 0120 del 1º de febrero de 2021)

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, FREDY DEL CRISTO ROMERO DIAZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 31 de octubre de 1994, con fundamento en que el asesor comercial del fondo privado no le brindó una información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, al contrario, sólo se le ilustró sobre las ventajas del traslado y se le prometieron condiciones y beneficios muy superiores en el RAIS. Advierte que el 15 de mayo de 2018 solicitó a Colpensiones la nulidad de traslado, la cual fue negada. Como consecuencia de lo anterior, pide que se declare la nulidad del traslado, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y, se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados al actor en el RPM como si nunca se hubiese trasladado (ver demanda en folios 48 a 54 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que el traslado es plenamente válido pues se presume efectuado en ejercicio del derecho de escogencia de régimen pensional, advirtiendo que el actor se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal de traslado entre regímenes pensionales, pues le faltan menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para adquirir el derecho pensional. Propuso como excepciones: *prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir* (ver contestación en folios 61 a 64 del expediente).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que no existe vicio alguno en el consentimiento, la decisión de traslado de régimen pensional fue libre y sin presiones previo a haber recibido asesoría por parte del asesor de la AFP acorde con lo dispuesto en las normas legales vigentes en la época y con los lineamientos establecidos por la Superintendencia Financiera en la materia, voluntad que se manifestó

EXP. 10 2018 00513 01
Fredy del Cristo Romero Diaz Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otra

con la suscripción del formulario de afiliación y, en todo caso, el actor no hizo uso del derecho de retracto. Propuso como excepciones: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 98 a 104 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 1º de diciembre de 2020, mediante la cual la Juez Décima (10) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del demandante señor FREDY DEL CRISTO ROMERO DIAZ a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. mediante la suscripción de la afiliación el día 31 de octubre del año 1994, y por ende, ineficaz el traslado de régimen de prima media administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES al régimen de ahorro individual, en consecuencia, se ordena su regreso automático sin solución de continuidad a la afiliación al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación del demandante el señor FREDY DEL CRISTO ROMERO DIAZ al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad conforme a la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor FREDY DEL CRISTO ROMERO DIAZ como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si los hay, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1747 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y así mismo debe realizar la devolución*

de los gastos y cuotas de administración, con los documentos correspondientes para que se pueda establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración se hacen debidamente indexado como se señala aquí y en las consideraciones establecidas en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a que una vez ingrese los valores de la cuenta de ahorro individual y la devolución de gastos de administración correspondientes a las pretendidas por el señor FREDY DEL CRISTO ROMERO DIAZ, deberá hacer las revisiones que se hacen en los términos indicados en esta sentencia y de manera inmediata deberá hacer la imputación de las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual por el demandante en la historia laboral pensional del demandante en COLPENSIONES. QUINTO: se debe señalar por este estrado judicial que se CONDENE a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a hacer la devolución que se ordenó en el numeral tercero de esta sentencia en el término de los 15 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por las demandadas de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia y en consecuencia CONDENAR en COSTAS a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a favor de la parte demandante, deben ser tasados por Secretaría e incluir como agencias en derecho la suma de \$800.000. SÉPTIMO: de no ser apelada esta providencia debe surtirse el grado jurisdiccional de CONSULTA dadas las condenas impuestas a COLPENSIONES de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social” (audiencia virtual, hora 1 minuto 19:21, expediente digital).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR S.A. no cumplió con el deber de dar a conocer al demandante las características especiales del RAIS y realizar un parangón con el RPM,

advirtiendo que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar un consentimiento informado.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación el apoderado de PORVENIR S.A.

El apoderado de PORVENIR S.A., pide que se revoque la sentencia y en subsidio se revoque la condena impuesta a devolver las sumas por concepto de gastos de administración. Afirma que la decisión adoptada por el a quo va en contravía de los principios de confianza legítima e inescindibilidad de las normas, el primero, por determinarse que el formulario de afiliación no tiene ninguna validez, y el segundo, por tratarse de manera indistinta la figura de la nulidad y la ineficacia en sentido estricto. Además, sostiene que los gastos de administración son obligaciones de tracto sucesivo, autorizadas por mandato legal y no susceptibles de restitución; en ese sentido, no deben ir al fondo de pensiones pues de ser así se constituiría un enriquecimiento sin justa causa. Aduce que la sanción impuesta a la devolución de dichos dineros versa no sobre una conducta de la AFP sino sobre una presunción, pues no logró acreditarse que se hubiese brindado cierta información, por lo tanto, y al tratarse de emolumentos meramente económicos debe operar sobre ellos el fenómeno de la prescripción (audiencia virtual, hora 1 minuto 22:51)¹.

¹ *“Muchas gracias señora Juez, sea esta la oportunidad procesal pertinente para presentar recurso de apelación en contra de la totalidad de la sentencia acaba de proferir por el despacho, no sin antes manifestar el respeto que se tiene por las decisiones judiciales y el respeto que se tiene propiamente por el despacho. Sea lo primero señores Magistrados manifestar, que argumento o manifiesto este recurso en los siguientes reparos en concreto, no se comparte la decisión del despacho de declarar la ineficacia en sentido estricto de la afiliación que hizo el hoy demandante en el año 94 con la AFP HORIZONTES, ni se comparte las consecuencias jurídicas que se le dan toda vez que esta decisión va en contra señores Magistrados en realidad de dos principios generales del derecho, que es el principio de la confianza legítima y el principio de la inescindibilidad de las normas. Sobre el primer aspecto, es importante resaltar señores Magistrados que dentro del proceso no quedó evidenciado bajo ninguna circunstancia los elementos que se aseguran dentro de la sentencia o la parte motiva de la sentencia toda vez que aquí no se dejó probado y no se dejó certeza de cuál fue la información suministrada en el año 94, a lo sumo que se logró establecer fueron presunciones de derecho que son establecidas en el artículo 167 que son las negaciones indefinidas, sin embargo, esto no es ni una certeza ni nada por el estilo para que se asegure que la conducta de mi representada pues da lugar por ejemplo a que se le sancione con los gastos de administración, ¿cuál conducta?. En ese orden de ideas es importante resaltar que sobre la*

carga de la prueba y sobre la contextualización pues señores Magistrados omite el despacho de primera instancia hacer una contextualización de los elementos, pues la información que se dice en la parte motiva de la sentencia se le debió brindar para el año 94 es información que apenas hace aparición en el año 2003, 2010 o 2014, esto indica que se está yendo en directa contravía del artículo 29 de la Constitución Política que impide que la gente pueda hacer o que las personas entre esos las personas jurídicas puedan ser prejuzgadas con leyes que no eran existentes para ese momento, sin embargo, aquí se está haciendo propiamente ese elemento. Es evidente señores magistrados que el deber de información existe desde la creación de la Ley 100 de 1993, sin embargo, lo que nosotros o lo que se argumenta, lo que este apoderado se argumenta en los alegatos de conclusión y en el escrito de demanda propiamente en su momento, es que no es que no exista el deber de información, esto nunca se ha querido decir, lo que no existe es que se haya tenido que dejar más allá del formulario de afiliación alguna prueba que diera cuenta de las asesorías que se brindaron y que eran permitidas completamente pues el Decreto 663 y el Decreto 714 establecían que la suscripción de este formulario daba como consecuencia la aceptación de todos los elementos y por tanto la supresión y la presunción de que se había cumplido con toda la información pues para eso se hizo la firma del formulario, sin embargo, desconociendo las normas de ese momento y sin ningún tipo de argumento jurídico la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en directa contravía del principio de la confianza legítima cambia las reglas del juego, establece sin ninguna función que el formulario de afiliación no tiene ninguna validez, no puede acreditar ninguno de los elementos, se le da al deber de información un elemento de solemnidad que no tiene porque para el momento en que se realizó la solemnidad única era la suscripción del formulario de afiliación, se le da un elemento de solemnidad a este deber de información y se le obliga a mi representada a un imposible que es traer pruebas que para el momento no existían, esto desconoce flagrantemente por ejemplo ese principio de confianza legítima pues no existe ningún fundamento jurídico para despachar de entrada el formulario de afiliación que es permitido por la Ley y fue autorizado por la Superintendencia Financiera en su momento, por tanto, no existe ningún elemento. Ahora, sobre el principio de inescindibilidad de las normas es importante que durante y de manera acertada toda la parte motiva de la sentencia se habló de que esto se debe tratar bajo el término de la ineficacia en sentido estricto, sin embargo, cometiendo el mismo error que comete la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia el Juzgado de primera instancia señores Magistrados trata de manera indistinta la figura de la nulidad y la figura de la ineficacia en sentido estricto, recordemos que la ineficacia es el género, todos los elementos de nulidad, inoponibilidad, inexistencia, traen como consecuencia jurídica la ineficacia que es dejar sin efectos y en el caso de las nulidades retrotraer a su estado original las cosas sin solución de continuidad, ya me referiré a eso, sin embargo, sobre la ineficacia en sentido estricto ya la Corte Constitucional ha establecido por ejemplo en sentencia C 345 lo siguiente, la ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley por razones de diferente naturaleza ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza, en ese orden de ideas, debemos de irnos propiamente a la norma que trae la ineficacia en sentido estricto, si nos vamos al Decreto 663 o al 714 o a la Ley 100 que habla sobre este deber de información, en ninguna parte se dice que la omisión a este deber trae como consecuencia la ineficacia o dejar sin efecto, entonces nos tenemos que ir al artículo 271 la cual establece como consecuencia lo siguiente 'la afiliación respectiva quedará sin efecto, ineficacia en sentido estricto, y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador', en ningún momento se dice que las cosas vuelvan a su estado original pues a una ineficacia en sentido estricto se le está dando un efecto jurídico de una nulidad que es el artículo 1746, esto literalmente va en contra del principio de inescindibilidad de las normas y esto toda vez también se aplica de manera parcializada pues las restituciones que son mutuas se hacen aquí de manera unilateral. Ahora, la cuestión sobre estas condenas en especial voy al punto propio señores Magistrados sobre los gastos de administración, en primer lugar, al ser obligaciones de tracto sucesivo no son susceptibles de restitución, esto ya lo ha decantado la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema que sin lugar a dudas es la más expedita para estos temas y no solo eso sino que si lo que se declara es la ineficacia en sentido estricto y se le da un efecto de una nulidad, es decir, retrotraer las cosas a su estado original pese a que el artículo 271 dice otra cosa totalmente diferente pues se tiene que dar aplicación de manera exacta al artículo 1746, entonces ¿cómo es eso?, para trasladar los gastos de administración el hoy demandante

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince

nunca estuvo en el régimen de ahorro individual y siempre estuvo en el régimen de prima media sin solución de continuidad, pero al momento de obligar a mi representada a trasladar los ejercicios financieros pues al parecer si estuvo en el régimen de ahorro individual pues estos ejercicios financieros siguen existiendo pese a que nunca estuvo en el régimen de ahorro individual y en el régimen de prima media en ninguna parte de la ley se establece que se generan ejercicios financieros a favor del hoy demandante, por tanto, ese elemento de descapitalización o de cubrir la descapitalización con los ejercicios financieros son suficientes porque estos ejercicios financieros no deberían ir ni siquiera al dinero o al fondo destinado para las pensiones deben ir a ... por eso de ahí el enriquecimiento sin causa, no existe ninguna causa. Se dice que estos gastos de administración son una sanción, primero la sanción ya está establecida en el artículo 271 de la Ley 100 señores Magistrados y segundo, una sanción sobre qué conducta si insisto no hay certeza de que se le haya dado cierta información, lo que se habla son presunciones y si estamos hablando que se está sancionando a mi representada a partir de presunciones como son las negaciones indefinidas pues lo que estamos propendiendo es por una responsabilidad objetiva, situación que está proscrito en este tipo de procesos y, en ese orden de ideas pues tampoco existe ningún fundamento jurídico para obligar a mi representada a restituir los gastos de administración que de por sí están autorizados por la ley, lo que son gastos de administración y cuotas extras. Sobre la excepción de prescripción es importante también resaltar que si bien si se sigue en esta errada idea de una ineficacia en pleno derecho darle una facultad de nulidad y a esta facultad de la nulidad pues aplicarla para un lado que no existió pero para otro que sí, entonces si se sigue con esta idea pues si se debiere declarar la excepción de prescripción por lo menos sobre estos valores, pues estos valores no son ni hechos, ni circunstancias jurídicas que no requieran prescripción, ni son dineros destinados a los montos de la pensión o dineros que se van a destinar en un futuro a la pensión y por tanto no tiene la protección de imprescriptibilidad y, en ese orden de ideas, al ser emonumentos netamente económicos y tener casi la misma característica de las mesadas pensionales que hacen parte del derecho de la pensión pero son prescriptibles, pues en ese orden de ideas también debieron ser prescriptibles las decisiones o la decisión sobre los gastos de administración, en ese orden de ideas, señores Magistrados y dando estos argumentos sobre las fragantes contradicciones que se establecen en las partes considerativas tanto de la jurisprudencia de la Corte Suprema y en consecuencia de la parte motiva de la sentencia del Juzgado de primera instancia, solicito se revoque de manera total la sentencia acabada de proferir por el despacho, muchas gracias señora Juez”.

(15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 36

años de edad y había cotizado 414 semanas², para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 7 años, 7 meses y 27 días)³, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 60 años de edad – ver folios 3 y 55 del expediente).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{4 5}, según el cual, se debe

² Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en folios 23 a 24 del expediente.

³ *Ibidem*.

⁴ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁵ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica*

declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión". En este sentido: (i) "El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) "Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues "Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información" (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y,

no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".

(iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que el demandante rindió en el proceso no confiesa que el asesor comercial de PORVENIR S.A. le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que el fondo privado le indicó que podía recibir una mesada pensional más alta que la que ofrecía el entonces Instituto de Seguros Sociales, se podía pensionar antes de tiempo, que el Instituto de Seguros Sociales iba a quebrar y de pronto los ahorros se podían perder y, le hablaron de una cuenta individual sin especificar cómo se manejaba (audiencia virtual, minuto 24:00, expediente digital).

Para la Corte, los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca*

produjo efectos” (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el “saneamiento” la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales, y que la acción para el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, pues así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que se siguen como sustento de esta decisión (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Adicionalmente, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

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

RESUELVE

EXP. 10 2018 00513 01

Fredy del Cristo Romero Diaz Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otra

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE ELIZABETH VELASCO RODRIGUEZ CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 13 de julio de 2020 por el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ELIZABETH VELASCO RODRÍGUEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 10 de septiembre de 2004, con fundamento en que la decisión de traslado no estuvo precedida de la comprensión suficiente y el real consentimiento para adoptarla, pues no recibió asesoría por parte del fondo

privado ni se le informó sobre las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión, ni se le ilustró sobre la fecha de rendición del bono pensional o la diferencia en la distribución de las cotizaciones en el RAIS y en el RPM, pese a que tenía una expectativa legítima de causar su derecho pensional en el RPM por contar con 1.160,14 semanas cotizadas. Advierte que el 14 de junio de 2018 solicitó el traslado de los aportes a Colpensiones, el cual fue negado. Como consecuencia de lo anterior, pide que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, que la única afiliación válida al Sistema General de Pensiones es la efectuada al ISS hoy Colpensiones y, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual (ver demanda en folios 3 a 11).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición ni por edad ni por tiempos de servicios, además, afirma que no existe ningún vicio en el consentimiento y, en cualquier eventualidad, la nulidad se habría saneado al ejecutarse de manera voluntaria lo acordado en el contrato. Indicó que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de traslado entre regímenes pues le faltan menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para adquirir el derecho pensional, que tampoco cumple con los requisitos legales establecidos en las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, ni cuenta con una expectativa legítima. Propuso como excepciones: *inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, la innominada y buena fe* (folios 73 a 77).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no existió vicio en el consentimiento y a la demandante se le suministró información acorde con lo dispuesto en las normas legales vigentes en la época y con los lineamientos establecidos por la Superintendencia Financiera

en la materia, por lo que tomó la decisión de traslado de manera libre, voluntaria, espontánea, consciente y sin presiones, hecho que se manifestó con la suscripción de la solicitud de afiliación y, en todo caso, la actora no hizo uso del derecho de retracto. Propuso como excepciones: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 85 a 90).

Terminó la primera instancia con sentencia del 13 de julio de 2020, mediante la cual el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora ELIZABETH VELASCO RODRÍGUEZ identificada con la cédula de ciudadanía 51.644.681 a la AFP PORVENIR S.A. suscrita en el mes de septiembre del año 2004 por los motivos expuestos en esta sentencia y, en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES junto con los rendimientos financieros y gastos de administración de acuerdo con la parte motiva de este fallo. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta de ahorro individual y tenerlos como semanas efectivamente cotizadas. CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada PORVENIR y COLPENSIONES. QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada PORVENIR S.A., señálese como agencias en derecho la suma de un millón de pesos a favor de la demandante, a COLPENSIONES no se impone COSTAS. SEXTO: contra esta setencia solo procede el recurso de apelación, en caso de que COLPENSIONES no apele esta sentencia el despacho la remitirá al Superior a efectos de que se surta el*

grado jurisdiccional de CONSULTA” (CD 2, audiencia virtual, hora 1 minuto 14:49). El Juez aclara la sentencia respecto a la condena en costas que tiene el siguiente tenor literal *“en efecto se aclara que las COSTAS en la resolutive que es el numeral quinto de la sentencia es por \$1.200.000 a favor de la parte demandante y con cargo a PORVENIR S.A.”* (CD 2, hora 1 minuto 16:51).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP faltó al deber de información, pues omitió suministrar a la demandante ilustración suficiente respecto de las características, condiciones, consecuencias y riesgos que el traslado de régimen implicaría y, advirtió con respecto a la suscripción voluntaria del formulario de afiliación, que la libertad presupone un consentimiento pleno de sus consecuencias y que sin información suficiente no hay autodeterminación.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

El apoderado de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia y de forma subsidiaria se confirme la condena impuesta al pago de los gastos de administración y seguros. Afirma que no se demostró el engaño o violación al consentimiento de la demandante, al contrario, esta confesó que el traslado fue libre y voluntario. Señala que no es posible fundamentar la nulidad o ineficacia de la afiliación en la negligencia de la actora pues la ignorancia de la ley no sirve de excusa, ni en que el valor de la mesada pensional en el RAIS no le es favorable a sus intereses. Advierte, que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado al encontrarse a menos de diez años para cumplir la edad mínima exigida en el RPM, por lo tanto, no es posible su retorno a Colpensiones (CD 2, audiencia virtual, hora 1 minuto 18:18)¹.

¹ *“Muchas gracias señor Juez, estando dentro del término legal oportuno concedido por su despacho me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia aquí proferida en*

El apoderado de PORVENIR pide que se revoque la sentencia y de forma subsidiaria se revoque la condena impuesta a devolver los rendimientos financieros y las sumas descontadas por concepto de gastos de administración. Afirma que no es posible aplicar la línea jurisprudencial que ha trazado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia toda vez que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, e indica que la AFP cumplió con el deber de información de acuerdo con las normas vigentes para la época. Señala que las condenas impuestas a la devolución de los rendimientos financieros y de los gastos de administración contrarían la naturaleza propia de la ineficacia, pues se entiende que los primeros no

los siguientes términos, con el fin de que la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque la sentencia. Lo primero que se debe manifestar o precisarse es que si bien es cierto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado en múltiples sentencias de casación la inversión de la carga probatoria, lo cierto es que ello no es óbice para que el Juez realice un examen de cada caso en concreto que se pone en conocimiento de la justicia, pues la prueba aportada por las partes una vez decretada y practicada pertenece al proceso judicial como tal con la consecuencia de que puede ser beneficiosa o no a la parte que la aportó y es allí donde el Juez debe valorar de manera individual y conjuntamente las pruebas que hagan parte del expediente, por otra parte, no puede desconocerse que la parte demandante pretende dentro de esta instancia judicial beneficiarse de su propia culpa o negligencia pues tenía la obligación con ella misma de corroborar la información que le fue suministrada por parte del asesor de la AFP que se trasladó, pues se trataba de un tema de vital importancia para sus finanzas en su futuro, sumado a que no existe prueba alguna que indique que haya acudido ante la administradora del RPM en este caso el ISS para absolver las dudas que tenía respecto del traslado o funcionamiento del sistema, así mismo debe precisarse que las características y funcionamiento del RAIS se encuentran claramente establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y no puede ser, reitero, la negligencia de la parte demandante el fundamento para pretender la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional. De igual forma, se recalca que la parte demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado al encontrarse a menos de diez años para cumplir la edad mínima exigida en el RPM, norma que no fue impuesta de manera caprichosa por el legislador y tiene un estudio de exequibilidad que impide el retorno de la demandante a Colpensiones, así mismo, debe quedar claro que no se demostró en el proceso que a la demandante se le haya violado su consentimiento pues ella misma dentro de su interrogatorio de parte realizado por este apoderado, confesó que la afiliación o el traslado de régimen pensional obedeció a su libertad y a su voluntad, por lo que ahora no puede pretender simplemente por el hecho de que la pensión o el valor de la mesada pensional que le ofrece el RAIS no le es favorable a sus intereses, hecho que de ninguna manera puede ser el sustento tal como lo pretende hacer ver la parte demandante el sustento para manifestar que hubo consentimiento, que su consentimiento fue violado o que fue engañada por parte del asesor de la AFP cuando ella misma acepta que el asesor de la AFP le dio a conocer las características y el funcionamiento de ese sistema. De manera subsidiaria y en caso de confirmarse la nulidad de traslado o la sentencia emitida por el honorable despacho del Doctor Gustavo, solicito que se ordene o se confirme la devolución de los gastos de administración y seguros a favor de la entidad que represento tal como quedó establecida en la sentencia. En ese orden de ideas, ruego a los señores magistrados absuelvan a mi representada de todas las pretensiones incoadas en su contra, muchas gracias su señoría”.

existieron y los segundos, autorizados por mandato legal, fueron destinados al pago de los seguros de invalidez y muerte, advirtiendo que dicha condena afectaría el equilibrio patrimonial de la AFP (CD 2, hora 1 minuto 22:25)².

² “ Gracias su señoría, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho teniendo en cuenta los siguientes aspectos. Frente a antecedentes el fallador de primera instancia considera o declara la ineficacia del traslado basándose como criterio principal frente a la línea jurisprudencial que ha trazado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia considerando que Porvenir al momento del traslado de régimen efectuado para el caso de la demandante en el año 2004 faltó al deber de información y que el formulario de afiliación no era suficiente frente a también las demás pruebas allegadas, teniendo en cuenta eso condenó a mi representada a la devolución de aportes y rendimientos y gastos de administración. Me aparto de la postura realizada por el fallador de primera instancia considerando que a título personal para la aplicación de una línea jurisprudencial no solamente es suficiente que se esté hablando de la misma situación de pretensión o petición en este caso nulidad o ineficacia del traslado, sino también que se estén tratando las mismas situaciones fácticas y dentro de la línea jurisprudencial citada por el fallador de primera instancia desde la 31989 de 2008 hasta sentencias como la 68838 del 2019 desde una situación fáctica los demandantes son beneficiarios del régimen de transición así sea por edad y para darle aplicación a una línea jurisprudencial es necesario como bien ya se ha entendido o bien se ha precisado perdón, por la Sala Laboral que ha conllevado a aclaraciones e incluso salvamentos de votos al respecto de que no existe unanimidad del criterio de la Sala Laboral, en ese sentido se han adoptado decisiones como que cada caso debe analizarse en particular que el traslado de la carga dinámica de la prueba no es automático y que evidentemente el deber de información es y siempre ha existido pero ha sido el mismo de carácter evolutivo y en ese sentido se ha manifestado que ha sido por etapas, para el momento del traslado de régimen de la demandante claro es que nos encontramos en la primera etapa del deber de información y como bien se pudo ver dentro de las pruebas allegadas por mi representada, se allegó el formulario de afiliación que contiene la voluntad de la demandante y el cual no fue tachado de falso y que cumplía las exigencias que la Superintendencia Financiera le exigía en ese momento a las administradoras o en este presente caso a mi representada, no había exigencia de realizar proyecciones o simulaciones pensionales o cargas adicionales que se le en alguna medida se entiende que se le atribuye a mi representada, por otro lado, en ese sentido pues debe entenderse que el deber de información conforme al traslado de régimen y a la etapa que se encontraba se cumplió por parte de mi representada, más aún cuando la demandante al momento de trasladarse de régimen no se encontraba o no estaba renunciando a ninguna situación o alguna situación especial como bien se menciona en jurisprudencias anteriores por la Sala Laboral donde los demandantes tenían en este caso régimen de transición. Por otro lado, resulta claramente desproporcional condenar a mi representada a la devolución de rendimientos financieros cuando el efecto jurídico de la ineficacia es que el acto jurídico en sí no existe por falta de requisitos legales, en ese sentido, no habría o no se efectuarían rendimientos financieros dentro del régimen de ahorro individual porque el acto jurídico no existe, por ende pues se está contrariando el efecto jurídico de la ineficacia y no podría conllevarse a hacer la devolución de los rendimientos financieros que solamente se fueron generados dentro del régimen de ahorro individual, por otro lado, también se desconoce la facultad legal que en cierta medida valga la redundancia el legislador le otorgó a las administradoras de régimen de ahorro individual a generar esos costos por gastos de administración en el cual una parte iba dirigido al fondo de solidaridad y a la otra respecto al pago de la prima de seguros que cubrían las contingencias de invalidez y muerte que durante todo este lapso de tiempo la demandante estuvo cubierta, en este sentido no es loable condenar a mi representada a hacer la devolución de dichos gastos pues evidentemente conllevaría a como si Porvenir tuviera que decirle a la aseguradora que le devolviera el pago de las primas de seguros evidentemente porque el siniestro nunca existió, evidentemente pues conlleva pues un desequilibrio frente al patrimonio de mi representada y claramente no obedece a la naturaleza del efecto jurídico de la ineficacia, por los anteriores argumentos le solicito a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, *si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los*

revocar en su integridad la decisión emitida por el despacho y en su lugar absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones, gracias”.

requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas, que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 42 años de edad y había cotizado 1.160,14 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 12 años, 9 meses y 15 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver folio 14 y 41 del expediente).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de

³ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en folios 15 a 16 del expediente.

⁴ *Ibidem*.

obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵ ⁶, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020, entre otras.

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión". En este sentido: (i) *"El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) *"Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad*

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados. Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia".

⁶ Sentencia STL3187-2020: *"Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".*

incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues “Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y que (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso no confiesa que el asesor comercial de PORVENIR S.A. le hubiera dado información en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que le dijeron que el ISS se iba a acabar y le convenía pasarse de inmediato a PORVENIR S.A. porque podía

perder su dinero, que allí obtendría una pensión mas favorable a la del ISS y que esta sería heredable (CD 2, audiencia virtual, minuto 30:15).

Para la Corte, los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*. Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, pues así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que se siguen como sustento de esta decisión (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Adicionalmente, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede esta entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la

EXP. 18 2018 00419 01
 Elizabeth Velasco Rodríguez Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
 COLPENSIONES y otra

demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY.

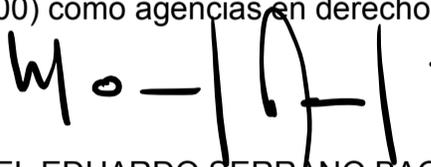
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE GERARDO TAMARA GORDILLO CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D. C., veintiséis (26) días de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la sentencia dictada el 16 de junio de 2020 por el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de pagar una pensión de vejez con fundamento en el régimen pensional del Acuerdo 049 de 1990.

Téngase a la doctora Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz, con T.P. 303.924 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido (ver folio 310 vto).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GERARDO TAMARA GORDILLO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor pensión de vejez bajo las reglas que la cobijan por tener el régimen de transición. Advierte que fue trasladado al RAIS pero no perdió el régimen de transición en el RPM, pues su vinculación al RAIS en la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR, fue fraudulenta. Afirma que adelantó

las gestiones pertinentes a fin de que COLPENSIONES hiciera la actualización de datos y corrección de su historia laboral teniendo en cuenta la totalidad de los tiempos que cotizó en el fondo privado, los aportes en los que se presente mora y omisión a cargo de los empleadores AGUILAR ZAMORA Y CIA, COASMECOL CTA, ISABEL HERNÁNDEZ DE GUIO, ÁLVARO RINCÓN VELOZA y la COMERCIALIZADORA DANCAR Y/O LOGÍSTICA INTERNACIONAL, los tiempos cotizados por la sociedad CALLE CALLE HERNANDO DE JESÚS que reporta una impresión de la historia laboral tradicional del año 2006 y que no se incluyeron por la entidad bajo el argumento de que pertenecen a otro afiliado, y la totalidad de los aportes que efectuó como trabajador independiente entre el 8 de octubre de 2001 y el 7 de septiembre de 2010. Pide el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 4 de junio de 2014, el pago de intereses moratorios, y la indexación de las condenas (ver demanda en folios 249 a 264).

Notificada la demanda fue contestada por La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el demandante no cumple los requisitos establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005 para ser beneficiario del régimen de transición hasta el año 2014. Respecto del traslado al RAIS afirma que COLPENSIONES restableció su afiliación en el RPM, por orden de la Fiscalía Cuarta (4) de Cali, pues se trató de una vinculación fraudulenta. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe* (ver contestación en folios 278 a 282 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 16 de junio de 2020, a través de la cual el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de pagar a favor del demandante pensión de vejez con fundamento en el régimen pensional del Acuerdo 049 de 1990. Para tomar su decisión el Juez concluyó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, pues suma 639.04 semanas de cotización para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 entre los tiempos reportados en la

historia laboral de la entidad y las inconsistencias que se presentan en algunos periodos que aparecen incompletos o en 0, y tampoco cumple los requisitos para acceder al derecho pensional bajo el régimen pensional de la Ley 797 de 2003, pues solo cuenta con una densidad de 1084.46 semanas cotizadas en toda la vida laboral.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por GERARDO TAMARA GORDILLO, de condiciones civiles conocidas dentro del presente proceso, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, relevándose el Despacho del estudio de las demás excepciones propuestas, dado el resultado de la litis. TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada, señálense como agencias en derecho la suma de \$500.000. CUARTO: Contra la presente decisión procede el recurso de apelación, en caso de no ser recurrida, remítase el presente proceso al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral para que surta el grado jurisdiccional de consulta”* (CD 3, audiencia virtual, minuto 54:00).

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable al demandante y no haberse apelado, se remitió al Tribunal para que se surta su *consulta*, como lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, grado de jurisdicción que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia sobre la aplicación de normas anteriores a la Ley 100 de 1993 en la pensión de vejez que reclama GERARDO TAMARA GORDILLO, el artículo 36 de esa normatividad estableció un régimen de transición normativa del cual benefician los afiliados que tenían, para la fecha de entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social en pensiones 35 años

de edad las mujeres o 40 años los hombres, condición que demostró el demandante pues el documento visible en el folio 2 acredita que nació el 9 de noviembre de 1950 (tenía 43 años de edad para el 1º de abril de 1994).

Sin embargo, el Acto legislativo 01 de 2005, mediante el cual se adicionó el artículo 48 de la CN, dispuso en uno de sus párrafos transitorios la expiración del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 a partir del 31 de julio de 2010, dejando a salvo *únicamente* a los trabajadores o afiliados que para la fecha en que cobró vigencia la enmienda constitucional (el 25 de julio de 2005) tuvieran 750 semanas de cotización al Sistema, o el equivalente en tiempo de servicios. Para estas personas se conservó el régimen de transición hasta el año 2014.

Bajo estas claras reglas el Tribunal confirmará la decisión apelada, pues el demandante solo demostró **624.60** semanas cotizadas al Sistema para el 25 de julio de 2005 (cuando inició la vigencia del Acto Legislativo), y por ello perdió el régimen de transición que permitiría aplicar a su situación el Acuerdo 049 de 1990.

Esta densidad se obtiene de la historia laboral de COLPENSIONES actualizada a 10 de septiembre de 2019, aportada por la entidad demandada con el expediente administrativo (CD 2), en la cual constan 615.44 semanas para el 25 de julio de 2005, a las cuales se adicionaron los siguientes periodos de cotización: (i) 4.29 semanas que corresponden al ciclo de cotización de agosto de 1998 a cargo del empleador COMERCIALIZADORA DANCAR, pues en la historia laboral referida aparece en 0 pese a que en la casilla de observación se lee “*pago recibido del Régimen de Ahorro Individual por traslado*”. Además, dicho ciclo de cotización aparece reportado en la historia laboral emitida por la AFP PORVENIR (expediente administrativo – CD 2); (ii) 0.29 semanas que corresponden al ciclo completo que pagó el trabajador como independiente en el mes de enero de 2002, pues en la historia laboral de la entidad solo se reportan 4 semanas, y el aporte completo se observa en la planilla de pago aportada por el demandante a folio 66 del expediente; y, (iii)

4.29 semanas que corresponden al ciclo que pagó el trabajador como independiente en el mes de enero de 2004, el cual no aparece reportado en la historia laboral de la entidad y cuya planilla de pago se aportó a folio 89 del plenario.

No se tuvieron en cuenta: (i) los aportes reportados en la historia tradicional allegada por la parte actora, a cargo del empleador CALLE CALLE HERNANDO DE J entre el 21 de julio de 1978 y el 31 de marzo de 1979, pues no se presentaron pruebas de la existencia de vínculo laboral entre el demandante y dicha sociedad y ambas partes informaron que se presentó una discusión sobre si dichos aportes se pagaron a favor de GERARDO TAMARA GORDILLO o a favor de otro afiliado (ver impresión de la aboral tradicional de 10 de febrero de 2006, aportada por la parte demandante a folios 212 a 214), pero de todas formas tampoco se podría computar en su totalidad el periodo referido, pues se presentarían semanas simultáneas con los que fueron pagadas por los empleadores GGE ALSTHOM SA y CEGELC, y de todas formas las 17 semanas que se podrían computar¹ resultan insuficientes para completar el requisito de 750 que exige la norma²; (ii) tampoco se tuvieron en cuenta los aportes que se reclaman de la sociedad COMERCIALIZADORA DANCAR entre el mes de septiembre de 1998 y septiembre de 2001, empleador que pagó aportes entre marzo y agosto de 1998, pues si bien no hay prueba de una novedad de retiro de la administradora en la que en ese momento se encontraba afiliado el actor (AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR), tampoco se aportaron pruebas contundentes de la existencia de la vinculación laboral y sus extremos, no son suficientes para al efecto declaraciones extrajuicio que rindieron dos excompañeros de trabajo del actor (ver folios 274 y 275) pues una indica que el trabajador laboró para dicha sociedad entre el año 1998 y el año 2000, y en la otra se indica que laboró entre el año 1996 y

¹ Semanas no simultáneas comprendidas entre el 2 de noviembre de 1978 y el 28 de febrero de 1979.

² Dichas semanas completarían 641.6 semanas para el 25 de julio de 2005.

el año 2000; tampoco se tuvieron en cuenta (iii) los aportes a cargo de eventuales empleadores adicionales como se reclama en el escrito de demanda, pues los aportes reportados coinciden con las novedades de ingreso y de retiro visibles en la historia laboral tradicional aportada por COLPENSIONES, y no se allegaron pruebas que demuestren que la vinculación laboral entre el empleador y dichas sociedades se hubiese presentado en tiempos diferentes a los allí reportados.

Sobre la materia debe recordar el Tribunal, según lo ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el reconocimiento de pensiones se deben tener en cuenta los periodos durante los cuales exista (i) vínculo laboral, (ii) mora del empleador en el pago de cotizaciones, y (iii) omisión del Fondo de pensiones en obtener el pago de dichos aportes (sentencia de 5 de junio de 2012 radicación 41958), y para ello se deben aportar pruebas de las cuales se pueda concluir claramente la existencia de vínculo laboral durante los lapsos que se reclaman. Y frente a eventuales omisiones de un empleador en la afiliación, se le debe vincular al proceso para poder deducir a su cargo las obligaciones que se reclaman.

Tampoco se demostraron los requisitos de acceso a la pensión antes del 31 de julio de 2010 bajo la regulación del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, dado que el requisito de 60 años de edad que exige la norma se cumplió con posterioridad, el 9 de noviembre de 2010 (folio 2); ni se demostró causado el derecho al amparo de la Ley 100 de 1993 (norma que exige cumplir 62 años o más para los hombres y 1275 semanas en toda la vida laboral, para el año 2014 cuando dejó de cotizar) pues solo se completaron 1032.45³ semanas de cotización en toda la vida laboral; ni se demostró causado al amparo de la Ley

³ Para este último computó de semanas (1032.45) se tuvieron en cuenta además de las 1015 semanas reportadas en la historia laboral aportada por la entidad y las 8.87 semanas que se refirieron con anterioridad, 8.58 semanas que corresponden a los ciclos de cotización de febrero y julio de 2009, los cuales se reportan en 0 en la historia laboral pero tienen como observación “valor devuelto del régimen de ahorro individual por pago al fondo”, pues las planillas de pago de dichos periodos se aportaron en folios 173, 174, 182 y 183 del expediente.

71 de 1988 (esta norma exige cumplir 60 años o más para las hombres y 20 años entre cotizaciones y tiempos servidos), ni de la Ley 33 de 1985 (que exige la edad de 55 años para los hombres y 20 años de servicio en el sector público) pues el demandante no prestó servicios al sector público.

SIN COSTAS en la CONSULTA.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **SIN COSTAS** en la CONSULTA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE GLADYS NELLY ARIAS PLAZAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última, COLPENSIONES, la sentencia dictada el 19 de noviembre de 2020 por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Claudia Liliana Vela, identificada con T.P. 123.148, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido (ver Escritura Pública No. 3368 del 2 de septiembre de 2019)

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GLADYS NELLY ARIAS PLAZAS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido en febrero de 1999, y el posterior traslado horizontal entre fondos privados ocurrido en abril de 2001, con fundamento en que no fue debidamente asesorada por el fondo privado, toda vez que no fue informada sobre las implicaciones, ventajas y desventajas o las consecuencias de efectuar dicho traslado ni se hicieron proyecciones pensionales, al contrario, le informaron que la pensión sería superior en el fondo privado. Advierte que el 2 de noviembre de 2018 solicitó la nulidad del traslado a Colpensiones, la cual no fue resuelta de fondo. Como consecuencia de lo anterior, pide que se declare la nulidad del traslado y afiliación al RAIS, la nulidad del traslado horizontal efectuado entre las AFP's Colfondos y Protección, la anulación o rescisión del contrato extinguiendo dicho acuerdo hacía el futuro y, se declare que la actora permaneció afiliada sin solución de continuidad al RPM, además, se ordene a Colpensiones y Protección a realizar los trámites a que haya lugar para activar la afiliación de la demandante al RPM, y a Protección y Colfondos devolver todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos con destino a Colpensiones, asumiendo los menores valores frente a la cotización (ver demanda en folios 5 a 23 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no se evidencia que haya existido vicio del consentimiento alguno y la actora no es beneficiaria del régimen de transición de acuerdo con los parámetros establecidos en la Sentencia SU 130 de 2013, pues no acreditó haber cotizado 750 semanas a 1º de abril de 1994. Propuso como excepciones: *validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 133 a 142 del expediente).

Igualmente contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra, no obstante, en audiencia realizada el día 28 de octubre de 2020 se allanó a las pretensiones de la demanda (ver contestación en folios 157 a 173 del expediente y allanamiento en CD 1 folio 236, audiencia virtual, minuto 8:59).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que la actora recibió información detallada, clara, precisa y concisa sobre las ventajas y desventajas de la afiliación al RAIS, y dicha solicitud se realizó de manera libre y voluntaria. Advierte que no existe ningún vicio en el consentimiento y no es beneficiaria del régimen de transición por edad ni por tiempos de servicio. Propuso como excepciones: *falta de legitimación en la causa por pasiva, declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de AFP PROTECCIÓN S.A., inexistencia del perjuicio, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la excepción genérica* (ver contestación en folios 183 a 190 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 19 de noviembre de 2020, mediante la cual la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora GLADYS NELLY ARIAS PLAZAS indentificada con la cédula No. 46.355.489*

de Sogamoso, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS identificada con el NIT 800149496 realizado el 6 de octubre de 1998, posteriormente con la AFP ING hoy PROTECCIÓN el 2 de febrero de 2001 como en lo consignado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante GLADYS NELLY ARIAS PLAZAS de cédula 46.355.489 al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES del 4 de enero de 1993 hasta la actualidad como si nunca se hubiese trasladado y, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. de NIT 800138188-1 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora GLADYS NELLY ARIAS PLAZAS como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos los intereses y las comisiones, sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia. CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. SEXTO: si no es apelada la presente decisión, REMÍTASE el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral a fin que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA” (CD 2, folio 252, audiencia virtual, minuto 42:27).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que los fondos privados faltaron al deber de información pues no cumplieron con el deber de la carga dinámica de la prueba, además, fue escaso el material

probatorio para controvertir los hechos de la demanda y aunado al allanamiento de la AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., no le era permitido realizar el traslado de régimen pensional a la demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

El apoderado de PROTECCIÓN S.A., pide que se absuelva a su representada de la condena a devolver las sumas que recibió por gastos de administración. Aduce la improcedencia de su devolución dado que estos se encuentran autorizados por mandato legal, ya están causados, y la devolución rompería con el principio de igualdad y el de restituciones mutuas del Código Civil, estima que si se devuelven dichos dineros sería también procedente que la actora retornara los rendimientos a AFP, de lo contrario, se estaría generando un enriquecimiento ilícito en cabeza de la demandante y/o de Colpensiones (CD 2, folio 236, audiencia virtual, minuto 44:33)¹

¹ “Gracias su señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente presento recurso de apelación de manera parcial frente al numeral tercero de la condena hoy proferida en el aspecto de que ordena a mi representada a devolver los gastos de administración. Sustento mi recurso bajo los siguientes argumentos, si bien es cierto que hoy se declara la ineficacia del traslado de la demandante y se cumple con la ficción jurídica de ordenar el traslado de los dineros de la cuenta de ahorro individual que reposa en este momento en poder de Protección junto con los rendimientos, resulta improcedente la devolución de los gastos de administración toda vez que los mismos son cobrados por orden legal, específicamente lo preceptuado en el artículo 20 de la Ley 100 que están ratificados en la Ley 797 de 2003 y que son dineros que ya están causados, no solamente en el pago de las nóminas de los empleados de Protección que generaron o trabajaron para que los dineros de la cuenta de ahorro individual de la señora Gladys produjeran rendimientos, sino que también ya están causados y pagados en las primas que se le cancelaron a las re aseguradoras y a las aseguradoras que tendrían que cubrir las contingencias de invalidez, vejez y muerte, en ese orden de ideas, pues no es posible o procedente solicitarle a mi representada a que devuelva unos dineros que ya gastó en el cuidado y protección, valga la redundancia, de los aportes de la cuenta de ahorro pensional de la señora Gladys Nelly Arias. Así mismo, resulta que se rompe el principio de igualdad en el sentido que la señora Gladys Nelly Arias va a recibir unos rendimientos sin que pague por la gestión que derivó de esos rendimientos, entonces, si hablamos del principio de restituciones mutuas que consagra el Código Civil, si nosotros devolvemos los gastos de administración lo procedente sería que la señora Gladys devolviera los rendimientos que va a recibir por parte de Protección. Ahora bien, si esto no sucede y Protección devuelve unos gastos de administración y la señora Gladys recibe intereses y rendimientos de los dineros de la cuenta de ahorro individual se estaría promoviendo un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante. Si en gracia de discusión estuviera y estos gastos de administración fueran

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderada pide que se revoque la sentencia y en subsidio se adicione el fallo para que se autorice a Colpensiones a reclamar los perjuicios que se ocasionen con el derecho pensional de la actora. Sostiene que la decisión adoptada por el juez va en contravía del principio de sostenibilidad financiera y genera un detrimento en el patrimonio de la entidad, y que Colpensiones no puede acarrear con las consecuencias económicas adversas generadas por los hechos u omisiones de un tercero (CD 2, folio 236, audiencia virtual, minuto 49:09)²

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos

recibidos y utilizados por Colpensiones, quien se estaría enriqueciendo sin causa sería Colpensiones y pues en una entidad pública generar un enriquecimiento de este tipo resultaría altamente perjudicial, puesto que las entidades públicas deben demostrar un excelente manejo y un excelente cumplimiento de la ley, por tal razón, solicito a los Honorables Magistrados se sirva absolver a mi representada de la devolución de gastos de administración que se ha ordenado, también téngase en cuenta su señoría que Protección pues obró con la más absoluta buena fe y no fue la responsable del traslado al régimen de ahorro individual de la demandante, en este sentido dejo sustentado mis alegatos, muchas gracias”.

² *“Gracias Doctora, me permito presentar mi recurso de apelación y expresamente contra el fallo que acaba de proferirse toda vez que no se comparte el criterio del mismo al declarar la ineficacia del traslado de la hoy demandante. Lo anterior lo sustenté teniendo en cuenta el tema de sostenibilidad financiera del sistema pensional que de acuerdo con los principios constitucionales como es el artículo 48 adicionado por el artículo primero del Acto Legislativo, pues debe prevalecer ese interés general sobre el particular. Ahora bien, con dicha medida de declarar la ineficacia pues va en detrimento patrimonial de la entidad que represento toda vez que durante 17 años la hoy demandante no ayudó a financiar las pensiones, téngase en cuenta que el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media tienen diferentes formas de distribución, en este sentido pues estaríamos yendo en contravía con lo estipulado en la Ley 100 de 1993 artículo 20 modificado por el artículo séptimo de la Ley 797 del año 2003 y, a su vez el incremento del valor del aporte mediante el Decreto 4981 del año 2007, por lo tanto, pues debo solicitar a la Sala del Tribunal que le corresponda, revoque dicho fallo y en caso que no lo haga solicito que se adicione en el sentido de que autorice a Colpensiones para reclamar los perjuicios por vía ordinaria o administrativa que se ocasionen con el derecho pensional de la demandante respecto de los cuales no se cuenta con los montos o reservas respectivas por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado pensional, es decir, cuya ineficacia se está declarando actualmente y, no tiene por qué Colpensiones acarrear con las consecuencias económicas adversas por hechos de unos terceros que no omitieron las responsabilidades legales, en estos términos dejo presentado mi recurso con el único fin de que vuelvo y reitero se revoque o se adicione el fallo, muchas gracias”.*

regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el

reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 36 años de edad y había cotizado 306 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 1 año, 3 meses y 16 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 57 años de edad – ver folio 1 y 24 del expediente).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{5 6}, según el cual, se debe

³ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en folios 64 a 67 del expediente.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse*

declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas providencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) *"El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) *"Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo";* (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese

del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".

momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP COLFONDOS no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso no confiesa que el asesor comercial de COLFONDOS le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que el fondo privado le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, y que en COLFONDOS la pensión sería más alta y se podía pensionar mejor (CD 1, folio 236 del expediente, audiencia virtual, minuto 41:06). Para la Corte, los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó el 6 de octubre de 1998 a COLFONDOS S.A. y posteriormente se trasladó a ING hoy la AFP PROTECCIÓN el 2 de febrero de 2001, fondo en el cual actualmente se encuentra afiliada – ver folios 174 y 191 del expediente).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, pues así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que se siguen como sustento de esta decisión (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Adicionalmente, dando respuesta a la apelación y conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A.

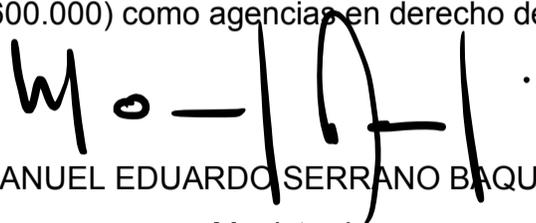
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARIA LABINIA QUINTERO GÓMEZ CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D. C., veintiséis (26) días de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y para estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, la sentencia dictada el 6 de agosto de 2020 por la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar pensión de sobrevivientes a favor de MARIA LABINIA QUINTERO GÓMEZ, en calidad de compañera supérstite de LUIS EDUARDO PINZÓN ROJAS.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARIA LABINIA QUINTERO GÓMEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor la sustitución de la pensión de invalidez que recibía su cónyuge, LUIS EDUARDO PINZÓN ROJAS, con quien inició una unión marital de hecho el 1° de febrero de 2012 y contrajo matrimonio el 8 de abril de 2017. Afirma que convivió con él de forma ininterrumpida entre el 1° de febrero de 2012 y el momento de su fallecimiento, el 28 de mayo de 2018 (es decir, durante 6 años). Pide el reconocimiento de la pensión a partir del 28

de mayo de 2018 junto con los intereses moratorios que se generen (ver demanda en folios 2 a 17 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que a la demandante no acreditó los requisitos establecidos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama, y advirtió que en la investigación administrativa realizada por la entidad no se obtuvo certeza de la efectiva convivencia entre la actora y el causante durante los cinco años anteriores al fallecimiento. Propuso como excepciones previas: *inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada o genérica* (folios 45 a 54 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia de 6 de agosto de 2020, a través de la cual la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a sustituir a favor de MARIA LABINIA QUINTERO GÓMEZ en calidad de cónyuge supérstite, la prestación que recibía en vida LUIS EDUARDO PINZÓN ROJAS. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que la señora MARIA LABINIA QUINTERO GÓMEZ tiene derecho al pago de la sustitución pensional causada por el deceso de su cónyuge, el señor LUIS EDUARDO PINZÓN ROJAS en la forma que este la venía percibiendo desde el 28 de mayo de 2018, junto con los incrementos legales anuales. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a pagar a la demandante el valor el retroactivo pensional de la pensión de sobrevivientes desde el 28 de mayo de 2018 hasta cuando se haga efectivo su pago y se dé la inclusión en nómina, el cual hasta el 31 de julio de 2020 ascendía a la suma de \$25.959.723. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES al pago de los intereses moratorios sobre cada una de las mesadas pensionales causadas desde el 19 de agosto de 2018 y los que se continúen causando hasta el pago*

de las mismas. CUARTO: AUTORIZAR a la demandada a descontar de los porcentajes de las mesadas pensionales a pagar los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social en Salud. QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, y PRESCRIPCIÓN propuesta por COLPENSIONES. SEXTO: COSTAS a cargo de la parte demandada, líquidense con la suma de \$2'000.000 conforme a lo expuesto en las consideraciones. SÉPTIMO: CONSÚLTESE esta decisión con el superior por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES” (CD 3, audiencia virtual, minuto 21:20).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia encontró acreditada la condición de beneficiaria de la pensión que devengaba LUIS EDUARDO PINZÓN ROJAS, por haber convivido con él dentro de los cinco años anteriores a su fallecimiento (entre febrero de 2012 y el 28 de mayo de 2018), primero en calidad de compañera permanente y luego como cónyuge dado que contrajeron matrimonio un año antes de la muerte. Advirtió que las inconsistencias que se pudieron presentar en el interrogatorio de parte que rindió la demandante y en las declaraciones de los testigos, respecto de los familiares del causante que asistieron al matrimonio y al sepelio, así como las respuestas evasivas de la actora en la investigación administrativa que adelantó la entidad, no logran desvirtuar la convivencia que existió entre la pareja. Tasó el retroactivo pensional adeudado en la suma de \$25.959.723 y reconoció el pago de intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia de primera instancia, y de forma subsidiaria, que se revisen las liquidaciones efectuadas por el *a-quo* para tasar en concreto el valor del retroactivo pensional adeudado. Aduce que no se logró acreditar con certeza el requisito de convivencia entre la demandante y el causante durante los cinco años anteriores al fallecimiento, conclusión a la que se llega si se tienen en

cuenta las inconsistencias y contradicciones que se presentaron en la investigación administrativa que adelantó la entidad, en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, y en los testimonios traídos a juicio, entre ellas: (i) la actora indicó inicialmente que no conocía a la familia de su esposo pero después reconoció que sí conocía a un hermano y a una hija del causante, advirtiendo que la última asistió al matrimonio y al sepelio de su esposo y que no dijo nada sobre ellos, pues juró en el lecho de muerte del causante que jamás hablaría de sus familiares; (ii) los testigos dieron cuenta de otros familiares del causante que asistieron a su sepelio, como una tía, hermanos e hijos del causante, de los cuales no dio cuenta la demandante en su interrogatorio; y, (iii) la actora solo aportó la historia clínica del causante que corresponde al año 2018, por lo que no logró acreditar que acompañó a su esposo en la enfermedad con anterioridad. Por ello, considera que las pruebas practicadas en el proceso solo dan cuenta de convivencia entre la demandante y el causante durante un año anterior al fallecimiento, si se tiene en cuenta que la pareja contrajo matrimonio el 8 de abril de 2017. Finalmente, aduce la improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios (CD 3, audiencia virtual, minuto 22:50)¹.

¹ *“Gracias su señoría, siendo esta la oportunidad procesal pertinente de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá. Y esto en cuanto, honorables magistrados, que en el presente caso no se logró acreditar con total certeza la convivencia que aduce la parte actora tuvo con el señor Luis Eduardo. Pues de la norma que se debe dar aplicación debe ser la que está vigente al momento en que ocurre el fallecimiento. Así las cosas, se tiene que para el momento de este hecho acaecido, fue el día 28 de mayo de 2018, en consecuencia, la norma que va regir el derecho pensional reclamado, es la contenida en la ley 797 del 2013 en su artículo 13 literal a, el cual reza que serán beneficiarios del derecho a la pensión de sobreviviente el cónyuge o compañero permanente, que si se causa por la muerte del pensionado deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y que convivió con el fallecido no menos de 5 años. Por lo que en este orden de ideas esta apoderada no comparte el fallo proferido por el juez de primera instancia y esto teniendo en cuenta que fueron muchas las inconsistencias y contradicciones que se presentaron al momento, tanto como de la investigación administrativa que adelantó COLPENSIONES, como al momento del interrogatorio de los testigos y del acervo probatorio. Pues, la demandante manifestó tanto en los hechos de la demanda como en el interrogatorio que ella siempre fue la persona que acompañó al señor Luis Eduardo a las citas médicas. Pero de las pruebas allegadas al plenario, solo se evidencia historia clínica a partir del año 2018, cuando indica que desde el año 2012 lo acompañaba, pues en su cabeza esta en demostrar lo que aduce como prueba. Si bien se evidencia que la señora Maria Labinia se casó con el señor Luis Eduardo el día 8 de Abril del 2017, de lo que se vislumbra es que sólo convivió con el causante 1 año. Es decir, desde el día del matrimonio hasta el fallecimiento. Por lo que con anterioridad a la fecha de su matrimonio no se esclarece y causa duda de los 7 años de convivencia que ella aduce tuvo con el causante. Esto es desde el 2012, y más aún, ella misma pone de presente que inició*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes al proceso:

i) que LUIS EDUARDO PINZÓN ROJAS, falleció el 28 de mayo de 2018 (según se observa en el registro civil de defunción – ver folio 34 del expediente), momento para el cual gozaba de pensión de invalidez reconocida por el ISS, hoy COLPENSIONES, mediante la Resolución No. 32319 del 28 de julio de 2009 (ver antecedentes resolución SUB 212288 del 9 de agosto de 2019 en folios 38 a 39, y en el expediente administrativo contenido en el CD 1); y, ii) que LUIS EDUARDO PINZÓN ROJAS contrajo matrimonio con MARIA LABINIA QUINTERO GÓMEZ el 8 de abril de 2017, y la sociedad conyugal no se había disuelto para la fecha de la muerte del causante (ver registro civil de matrimonio a folio 33).

Así las cosas, para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente en la fecha del óbito- establece como beneficiarios de la

una relación clandestina con el causante toda vez que él estaba casado y vivía con una señora de nombre Rosa de la cual se divorció con posterioridad. También llama la atención de esta apoderada, que siendo su pareja la señora María Labinia indique en primera oportunidad que ella no conocía a la familia de su esposo y luego señala que fue que él le hizo jurar en su lecho de muerte que no iba a nombrar ninguno de los familiares del causante. Pero después cambia el testimonio y señala que sí conocía un hermano del causante de nombre Carlos, en el sepelio y que no asistieron más familiares y que en el matrimonio también asistió y conoció a una hija. Por lo que indico que se contradice y no concuerda con los testimonios rendidos por la señora Daira Ortiz quien señala que al sepelio si fueron otros familiares del causante como lo fue una tía. Así mismo con el testimonio de la señora Yanith Sánchez, quien señala que los hermanos del causante querían mucho a la señora María Labinia y que incluso estaban organizando un paseo al Tolima para conocer a la familia. Incluso dice que al sepelio fueron unos hijos del primer matrimonio del causante y la hija menor del último matrimonio. Por lo que en este orden de ideas, honorables magistrados, solo se ve y se acredita el año de convivencia desde la fecha en que la señora María Labinia se casó con el señor Luis Eduardo hasta el momento de su fallecimiento, sin acreditar los 5 años que exige la norma. Por otra parte, y en cuanto a los intereses moratorios, consagrados en el artículo 141 de la ley 100 del año 1993, de la lectura de la norma se puede extraer que los intereses moratorios son procedentes únicamente, tratándose del no pago de las mesadas pensionales ya reconocidas, ya que dicha norma se establece que para que proceda el pago de los intereses moratorios aquí consagrados es menester que concurran dos requisitos a saber. El primero, que exista una pensión igualmente reconocida y que la administradora encargada de realizar el pago haya incurrido en mora en el pago de las mesadas pensional, y en esta situación, no se encuentra la demandante, puesto que no acredita los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes. En este orden de ideas solicito a los honorables magistrados que se absuelva mi representada de todas y cada una de las condenas interpuestas en su contra y de igual manera de no acogerse a los argumentos anteriormente expuestos solicito se revisen las liquidaciones realizadas por el juez de primera instancia, y esto en cuanto al retroactivo pensional por la suma de \$25.959.000 desde la fecha del 28 de mayo del 2018. Gracias su señoría”.

sustitución pensional, en forma vitalicia, a la cónyuge o a la compañera permanente superviviente del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con él por un período no inferior a cinco años antes del óbito.

Bajo los anteriores referentes jurisprudenciales y una vez revisada la evidencia que se aportó al expediente la Sala confirmará la decisión de primera instancia que reconoció el derecho a favor de MARIA LABINIA QUINTERO GÓMEZ, pues en esta persona se demostraron las condiciones que dan acceso a la pensión de invalidez que devengaba en vida LUIS EDUARDO PINZÓN ROJAS, con quien convivió dentro de los cinco años anteriores a su fallecimiento, así: inicialmente como compañera permanente entre el año 2012 y el 7 de abril de 2017, y a partir del 8 de abril de 2018 en calidad de cónyuge.

Se llega a la anterior conclusión al observar el registro civil de matrimonio que obra a folio 33 del plenario y los testimonios rendidos por DAIRA SARKAR ORTIZ (amiga de la demandante hace 25 años – CD 2, audio 2, minuto 18:00), YANETH SÁNCHEZ RIAÑO (amiga de la demandante hace más de 30 años - CD 2, audio 2 minuto 37:20), SERGIO JOSÉ LUQUES QUINTERO (sobrino de la demandante – CD 2, audio 2, minuto 54:28) y LINA YANETH TENJO SÁNCHEZ (vecina de la pareja – hora 1, minuto 9:40).

Los tres primeros testigos coincidieron en señalar que: (i) la pareja comenzó a salir en el año 2011; (ii) sostuvieron su noviazgo durante un año y en el transcurso del año 2012 “se juntaron en unión libre”² en el Municipio de Chía, vereda “*Samaria*”, en un aparta-estudio ubicado en el tercer piso de una casa; (iii) posteriormente en el año 2016³ se pasaron a vivir a un apartamento independiente en el Municipio de Cajicá; (iv) después contrajeron matrimonio en una Notaría en el Municipio de Chía; y, (v) siempre vivieron juntos, nunca

² Expresión literal de la testigo DAIRA SARKAR ORTIZ.

³ Anualidad referida por los testigos YANETH SÁNCHEZ RIAÑO y SERGIO JOSÉ LUQUES QUINTERO.

se separaron, y la demandante fue quien cuidó al causante en su enfermedad durante sus últimos años de vida.

El extremo inicial de la relación entre la pareja se corrobora con lo declarado por la testigo LINA YANETH TENJO SÁNCHEZ, quien afirmó que conoció a la pareja en el mes de octubre del año 2012, cuando se independizó y se fue a vivir a la misma vereda donde vivió la pareja (Samaria en el Municipio de Chía), y adujo que los distinguía como una pareja un poco extraña por la diferencia de edad que existía entre ellos, que hasta el año 2013 tuvieron solo una relación de vecinos, y que luego se hicieron cercanos porque la pareja la apoyó cuando tuvo a sus 4 hijos en los años 2013, 2015 y 2017. Manifestó que la pareja vivió en esa vereda hasta el año 2016 (antes de navidad), que siempre los reconoció como casados, y que si bien se enteró que ellos se fueron a vivir al Municipio de Cajicá perdió comunicación porque se trasladó a la ciudad de Bogotá, y solo se enteró del fallecimiento del causante cuando retornó a la misma vereda en el Municipio de Chía y fueron a hacerle unas preguntas sobre la relación de la demandante con su esposo (preguntas que realizó la investigadora de COLPENSIONES – ver documentación y audios de la investigación administrativa, CD 1).

La Sala encuentra que los testimonios fueron espontáneos y dieron certeza sobre las circunstancias de hecho bajo las cuales tuvo lugar la convivencia entre la pareja, y a excepción del testimonio de SERGIO JOSE LUQUES QUINTERO quien no fue interrogado por la investigadora de COLPENSIONES que hizo la investigación administrativa para resolver la reclamación pensional que elevó la demandante, todos coinciden con las declaraciones que rindieron en sede administrativa (escuchar audios contenidos en el expediente administrativo – CD 1).

Para responder a los argumentos esgrimidos en la apelación, debe advertirse que si bien se presentaron inconsistencias en el interrogatorio de parte que rindió la demandante (CD 2, audio 1, minuto 35:20) y las declaraciones escuchadas en el audiencia, en relación con los familiares del causante que

asistieron a su matrimonio y el sepelio, y los familiares del causante que conocía la demandante, ello no desvirtúa la conclusión a la que se llega sobre los tiempos de convivencia, como lo advirtió la juez de primera instancia. De estas inconsistencias solo se puede deducir que la relación entre la familia del causante y MARIA LABINIA QUINTERO GÓMEZ fue tangencial o incluso inexistente, situación frente a la cual la actora explicó que su esposo le hizo jurar en su lecho de muerte que no nombrara a ninguno de sus familiares, pues estos no estuvieron de acuerdo con su relación, porque él estaba saliendo de una relación anterior.

No obstante, se revocará parcialmente dicha decisión de primera instancia en cuanto estableció un valor específico por concepto de retroactivo pensional, pues tratándose de prestaciones periódicas el saldo final se obtiene cuando la entidad hace la inclusión en nómina del pensionado.

También se revocará el reconocimiento de intereses de mora que dispuso el *a-quo*, pues la entidad negó el reconocimiento del derecho pensional con fundamento en que no había certeza frente al cumplimiento del requisito de convivencia (ver Resolución SUB 212288 de 9 de agosto de 2018 – folios 38 y 39), y en sede administrativa se presentó otra persona (ROSA CÁNDIDA GAMBOA SÁNCHEZ) afirmando la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que dejó causada LUIS EDUARDO PINZÓN ROJAS (ver Resolución SUB 110064 de 8 de mayo de 2019 – ver en el expediente administrativo, CD 1)⁴. En esta circunstancia, había una controversia de beneficiarias de la prestación, y ello habilitaba a la entidad para dejar en suspenso el derecho hasta que se resolviera en sede judicial la controversia que en ese momento se planteó.

En subsidio del interés moratorio se ordenará la indexación de las condenas por ser esta la forma en que se traen a valor presente las sumas de dinero que

⁴ La pensión le fue negada porque se aportó registro civil de matrimonio en el que se observa que contrajo matrimonio con el causante el 31 de marzo de 2006 y que se disolvió y liquidó dicha sociedad conyugal el 19 de septiembre de 2016.

se debieron pagar en el pasado. Para el efecto se debe aplicar la fórmula según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante, mes a mes, por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha en que se pague lo adeudado), por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse cada pago.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia en cuanto dispuso un valor concreto por concepto de retroactivo pensional adeudado.
2. **REVOCAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia de primera instancia. En su lugar, se **CONDENA** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar debidamente indexadas las mesadas pensionales adeudadas a partir del 28 de mayo de 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
4. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES ROSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada