

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARITZA VIVIANA BARRETO PULIDO Y LAURA DEISY MURILLO GUEVARA CONTRA PROTECCIÓN S.A. Rad. 2019 00030 01 Juz 09.

Bogotá D.C., primero (01) de marzo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARITZA VIVIANA BARRETO PULIDO demandó a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 32 y 33.

- Pensión de sobrevivientes en la proporción dejada en suspenso.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios o Indexación.
- Ultra y Extra Petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 33 a 35.

Convivio de forma continua e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa con Martin Guerrero Bajonero desde el 1° de febrero 2001 hasta su fallecimiento acaecido el 13 de marzo de 2018, fruto de esa relación nació una hija, el causante la tenía a ella y a su hija como beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social, así como a la Caja de Compensación Familiar y fue ella quien asumió sus gastos funerarios. En el año 2004 el causante fue denunciado por el delito de inasistencia alimentaria por la señora Laura Deisy Murillo Guevara con quien procreó tres hijos y por el cual fue condenado a pena privativa de la libertad la cual culminó el 16 de junio de 2009. El 27 de abril de 2018 reclamó junto con su hija la pensión de sobrevivientes la cual le fue negada mediante comunicación del 16 de agosto de la misma anualidad. No obstante, le reconoció a su hija Marilym Guerrero Barreto el 50% de la pensión de sobreviviente y se dejó en suspenso el valor restante debido a que Laura Deisy Murillo Guevara también solicitó su reconocimiento.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad, se dispuso vincular al proceso a Laura Deisy Murillo Guevara como tercera Ad Excludendum como cónyuge del causante. La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** contestó como aparece a folios 251 a 260 a 100 del expediente.

LAURA DEISY MURILLO GUEVARA como tercera Ad Excludendum presentó demanda en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y MARITZA VIVIANA BARRETO PULIDO, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 281 del expediente.

- Pensión de sobrevivientes en la proporción dejada en suspenso.
- Retroactivo.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a fls. 280 a 281.

Contrajo matrimonio católico el cual nunca fue disuelto ni liquidado y en virtud del cual el causante la ayudo a ella y sus tres hijos hasta su fallecimiento.

Demanda que fue contestada por la señora **MARITZA VIVIANA BARRETO PULIDO** como aparece a folios 283 a 287 del expediente y por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** como aparece a folios 302 a 310 del expediente.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo, en la cual dispuso condenar a Protección S.A. a reconocer el 14,10% de la pensión de sobrevivientes a favor de Laura Deisy Murillo Guevara y el 35.90% a favor de Maritza Viviana Barreto Pulido a partir del 13 de marzo de 2018, del 50% dejado en suspenso por la AFP Protección, proporciones que se acrecentarán cuando desaparezcan las causas que motivan el reconocimiento a Marilyn Guerrero Barreto, condenando al pago del respectivo retroactivo debidamente indexado. Llegó a tal conclusión porque se demostró que Maritza Viviana Barreto Pulido convivio con el causante en unión marital de hecho desde el 1º de mayo de 2003 hasta el fallecimiento, correspondiente a 14 años, 10 meses y 13 días. Por su parte Laura Deisy Murillo Guevara como cónyuge demostró que convivio con el causante desde el 14 de octubre de 1995 y hasta el 15 de agosto de 2001 por un lapso de 5 años, 10 meses y 2 días y que el vínculo matrimonial estuvo vigente hasta su fallecimiento, demostrándose por consiguiente que tanto la cónyuge como la compañera permanente convivieron mas de 5 años con el causante cumpliendo con el presupuesto del artículo 13

de la Ley 797 de 2003 y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las cuales tendrán derecho a su acrecentamiento cuando no subsistan las causas que dieron origen al reconocimiento de la prestación a su hija Marilyn Guerrero Barreto.

Recurso de Apelación

El apoderado de **Protección S.A.** interpuso recurso de apelación alegando que su inconformidad radica únicamente en la condena a la indexación, pues si bien la juez negó el reconocimiento a intereses moratorios tampoco procede la indexación, teniendo en cuenta que esa entidad oportunamente les resolvió la petición a las reclamantes y la demora en el reconocimiento se debe a la tardanza del proceso judicial y no a esa entidad.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 367 a 374 del expediente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*, el cual se limita a determinar si resulta valedera la condena a indexación del retroactivo pensional al cual se condenó.

Indexación

Frente a la indexación a la cual condenó la Juez A quo; encuentra la Sala que si bien es incompatible con la condena por concepto de intereses moratorios, como se negaron estos últimos resulta proporcional mantener esta condena, la cual resulta valedera con independencia de que la AFP demandada haya sido diligente con el trámite pensional, pues no se controvierte que le asiste el derecho a las demandantes al reconocimiento pensional desde el 13 de marzo de 2018 fecha del fallecimiento del causante y por tanto se hace evidente pérdida de poder adquisitivo del retroactivo al cual se está condenando.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense la suma de Cuatrocientos Mil Pesos (\$400.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de septiembre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense la suma de Cuatrocientos Mil Pesos (\$400.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. CONTRA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ Y OTROS Rad. 2015 00704 01 Juz 16.

En Bogotá D.C., al primer (01) día de marzo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. demandó a la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, OSCAR EDUARDO CANTONI MINA Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 32 a 34.

- Declarar nulo el dictamen No. 76141992 del 26 de mayo de 2015 emitido por la Sala Dos de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante el cual determinó la pérdida de capacidad laboral del señor Oscar Eduardo Cantoni Mina y como consecuencia se declare que las patologías que originaron su invalidez son de origen común.
- Ultra y Extra Petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a fls. 34 a 38.

El día 11 de enero de 2014 el señor Oscar Eduardo Cantoni Mina sufrió un accidente de trabajo del cual el empleador realizó el informe el día 13 de enero siguiente en el cual no describe que haya sufrido algún trauma, así mismo en la historia clínica no se describe algún compromiso neurológico o afectación al sistema nervioso central. La ARL calificó la fecha de estructuración, origen y pérdida de capacidad laboral del trabajador en primera oportunidad mediante dictamen del 9 de agosto de 2014 determinado como diagnósticos: secuelas definitivas de lesión de nervio axilar izquierdo, síndrome de manguito rotador reparado izquierdo y fractura de tuberosidad mayor del humero izquierdo y una PCL del 25.88% con fecha de estructuración 5 de agosto de 2014 dictamen que fue controvertido por el señor Oscar Eduardo Cantoni Mina, ante lo cual remitió el caso a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca quien mediante dictamen del 14 de octubre de

2014 estableció que las patologías que padece el trabajador le generaron una PCL del 26.14% de origen laboral con fecha de estructuración del 7 de octubre de 2014, el cual al ser controvertido por el trabajador fue enviado a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

La Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen del 26 de mayo de 2015 modificó el emitido por Junta Regional y calificó los diagnósticos; fractura de la epífisis superior del humero, traumatismo de tendón del manguito rotatorio del hombro, secuelas de traumatismo de nervio de miembro superior, secuelas de traumatismo intracraneal y trastorno delirante (esquizofreniforme) orgánico, de origen laboral y una PCL 69.65%, con fecha de estructuración 7 de octubre de 2014, en el cual se evidencia que los dos últimos diagnósticos no fueron conocidos por esa ARL y por tanto tampoco fueron objeto del proceso de calificación en primera oportunidad y por tanto con violación al debido proceso y a los derechos de defensa y contradicción de esa ARL, sumado a que tuvo en cuenta pruebas que no fueron conocidas y valoradas por esa entidad en los dictámenes anteriores.

Actuación Procesal

Mediante auto del 15 de marzo de 2016 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a los demandados, la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ** contestó como aparece a folios 77 a 100 del expediente, **OSCAR EDUARDO CANTONI MINA** como aparece a folios 166 a 175 del expediente y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** como aparece a folios 271 a 281 del expediente.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia declarando la nulidad del dictamen del 26 de mayo de 2015 emitido por la Sala 2 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, para en su lugar declarar que el señor Oscar Eduardo Cantoni Mina solo presenta las patologías de; *“fractura de epífisis superior del humero, traumatismo del tendón de manguito rotatorio del hombro y secuelas de traumatismo de nervio de miembro superior”*, con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 26.17%, de origen accidente de trabajo, con fecha de estructuración del 07 de octubre de 2014. Llegó a tal decisión al determinar cómo valedero el dictamen pericial practicado dentro del debate probatorio por la Sala 3 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 15 de febrero de 2018 y el cual se encuentra ajustado a la historia clínica del señor Oscar Eduardo Cantoni Mina y su situación real, dictamen dentro del cual se determinó que no hay evidencia científica de la existencia las patologías secuelas de traumatismo intracraneal y trastorno delirante (esquizofreniforme).

Recurso de Apelación

La apoderada de la **Junta Nacional Calificación de Invalidez** interpuso recurso de apelación alegando que contrario a lo considerado por el juez los diagnósticos de secuelas de traumatismo intracraneal y trastorno delirante (esquizofreniforme) ignorados por la ARL Mapfre y la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca tienen una relación causal con el accidente de trabajo sufrido por el señor Oscar Eduardo Cantoni Mina las cuales tienen evidencia en su historia clínica y que en todo caso no procede la condena en costas en contra de esa entidad porque no tiene ánimo de lucro.

La apoderada de **Oscar Eduardo Cantoni Mina** interpuso recurso de apelación alegando que se debe declarar valido el dictamen emitido por la Sala 2 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez ya que dictamen practicado dentro de debate probatorio no evidencia algún error de tal dictamen y si la entidad demandante consideraba que existió una disminución de la PCL debió hacer el trámite pertinente para determinarla.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 561 a 574 del expediente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*, el cual se limita a determinar si resulta valedera la decisión del juez de declarar la nulidad del dictamen del 26 de mayo de 2015 emitido por la Sala 2 de Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Prueba pericial

Es preciso aclarar por parte de la Sala que el juez A quo dentro del debate probatorio decretó de oficio un dictamen pericial el cual fue emitido por la Sala 3 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 15 de febrero de 2018 (fls. 368 a 372) complementado mediante acta del 2 de mayo de 2019 (fl. 488).

Enfermedades del demandante

No se controvierte que al demandante le fueron diagnosticas las patologías denominadas fractura de epífisis superior del humero, traumatismo del tendón de manguito rotatorio del hombro y secuelas de traumatismo de nervio de miembro superior, de origen accidente de trabajo con fecha de estructuración el 7 de octubre de 2014, pues así fue determinado tanto

por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca en dictamen del 14 de octubre de 2014 (fls. 13 a 16) como por la Sala 2 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en dictamen del 25 de mayo de 2015 (fls. 17 a 20). Calificación que fue ratificada en el dictamen practicado dentro del debate probatorio por la Sala 3 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en dictamen del 15 de febrero de 2018 (fls. 368 a 372) y que fue complementado mediante acta del 2 de mayo de 2019 (fl. 488) y en el cual además se excluyó de tal calificación las patologías denominadas traumatismo intracraneal y trastorno delirante (esquizofreniforme).

Validez del peritazgo practicado dentro del debate probatorio por la Sala 3 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez

Es indudable para esta Sala que el Juez al carecer de conocimientos médicos y científicos debe apoyarse en pruebas de carácter especializado que le permitan dirimir tal controversia. Al efecto la ley contempla la posibilidad de recurrir a la prueba pericial, la cual, si bien no es la única válida para determinar el origen de una patología, es de gran referente en el momento de tomar una decisión. Esta prueba puede ser complementada o refutada por otros medios probatorios.

Al respecto, dentro del trámite Judicial se practicó un peritazgo rendido por La Junta Nacional de Calificación de Invalidez en una Sala distinta a la que efectuó la calificación que hoy se busca la nulidad, en el cual se reiteró que el señor Oscar Eduardo Cantoni Mina sufre de las patologías denominadas *"fractura de epífisis superior del humero, traumatismo del tendón de manguito rotatorio del hombro y secuelas de traumatismo de nervio de miembro superior"*, las cuales son de origen accidente de trabajo y con fecha de estructuración el 7 de octubre de 2014 (fls. 368 a 372), no obstante, también en la misma se excluyó y por ende no se le asignó ninguna PCL a las patologías denominadas *"secuelas de traumatismo intracraneal y trastorno delirante (esquizofreniforme)"* las cuales si habían sido valoradas en el dictamen del cual se busca su nulidad.

Dictamen pericial, que se fundamentó en resumen, en que en la atención inicial de urgencias y la posterior atención brindada al señor Oscar Eduardo Cantoni Mina no se consideró el diagnóstico de trauma craneoencefálico, así como tampoco hubo manifestaciones de enfermedad mental orgánica durante el resto del año 2014 y si bien hay unas valoraciones por psicología, las mismas no se constituyen en un soporte suficiente para calificar el origen de tales patologías, pues los psiquiatras en sus conceptos las relacionan con un traumatismo craneoencefálico el cual no aparece reportado en la historia clínica (fl. 371), dictamen que fue complementado en el sentido de aclarar que si llegara a existir alguna patología psiquiátrica, no es posible asignarle algún porcentaje ya que en la resonancia magnética nuclear del cerebro que le fue practicada al señor Cantoni Mina, fue reportada como normal y en todo caso los síntomas del cuadro que padece no corresponden o hacen parte de alguna patología psiquiátrica conocida (fl. 488).

Así las cosas, si bien los apelantes alegan errores en el dictamen que el juez tuvo como prueba principal, encuentra la Sala que estas partes no controvirtieron en legal forma tal prueba pericial, ya que nunca solicitaron la comparecencia de los peritos a la audiencia y/o aportaron otro dictamen con el fin de controvertir su contenido, conforme el artículo 228 del C.G.P, encontrando La Sala por consiguiente un total desconocimiento de las normas procesales que establece el C.G.P., norma aplicable en el presente caso, frente a la práctica y contradicción de la prueba pericial, culpa que no puede ser alegada a su favor por las partes apelantes. Por el contrario, se encuentra que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez como perito designado complementó el dictamen conforme lo solicitó la apoderada del señor Oscar Eduardo Cantoni Mina (fls. 466 a 471), luego de lo cual no se allegó ninguna prueba pericial que controvirtiera tal dictamen, único medio por el cual el juez podría evidenciar algún error.

Igualmente se debe resaltar por parte de esta Sala, que dentro del debate probatorio se recaudaron, aparte de los dictámenes controvertidos y todos los soportes que se tuvieron en cuenta para emitirlos, copia de la Historia Clínica expedida por la Fundación Valle del Lili (fls. 160 a 164) entidad que hizo la atención inicial del señor Oscar Eduardo Cantoni Mina después del accidente de trabajo que sufrió el 11 de enero de 2014 y dentro de la cual no se observa que se le haya atendido o reportado algún trauma craneoencefálico, único escenario que según el perito decretado por el Juez A quo podría llevar a determinar y justificar alguna patología psiquiátrica derivada del accidente de trabajo.

Así las cosas después de analizar todas las pruebas recaudadas no se advierte equivocación en la valoración de las pruebas y por tanto resulta valedero excluir de la calificación de pérdida de capacidad laboral del actor, las patologías denominadas "*traumatismo intracraneal y trastorno delirante (esquizofreniforme)*", lo cual conllevará a confirmar la sentencia apelada en cuanto este aspecto.

Finalmente es pertinente indicar que no se revocará la condena que por concepto de costas se impuso en primera instancia ya que contrario a lo alegado por la apoderada de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la misma resulta valedera ante la prosperidad de las pretensiones y la oposición que hizo de las mismas.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación en todas sus partes de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de los demandados Junta Nacional de Calificación de Invalidez y Oscar Eduardo Cantoni Mina. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de estas partes.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de octubre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de los demandados Junta Nacional de Calificación de Invalidez y Oscar Eduardo Cantoni Mina. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de estas partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ MARINA GONZALEZ DE PADILLA
CONTRA COLPENSIONES Rad. 2018 00043 01 Juz 21.**

En Bogotá D.C., al primer (1er) día de marzo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LUZ MARINA GONZALEZ DE PADILLA demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 3.

- Pensión de Sobrevivientes por el fallecimiento de Julio Padilla Caicedo.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios o Indexación.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a fls. 4 a 6.

Convivio de forma continua e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa con Julio Padilla Caicedo desde el 5 de noviembre de 1973 fecha en que contrajeron matrimonio hasta su fallecimiento acaecido el 25 de febrero de 2012, fruto de esa relación nacieron tres hijos. No obstante Colpensiones mediante la Resolución SUB 30617 del 5 de abril de 2013 le reconoció la pensión de sobrevivientes a la señora Blanca Cecilia Maldonado Valbuena sin efectuar previamente la investigación administrativa, lo cual evitó percatarse de su convivencia simultánea con el causante. Debido a la negligencia de su abogado solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión tan solo hasta el año 2017. La señora Maldonado Valbuena quien falleció el 1º de julio de 2017, solicitó la pensión de sobrevivientes a pesar de tener conocimiento de su convivencia con el causante.

Actuación Procesal

Mediante auto del 1º de junio de 2018 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada COLPENSIONES, quien contestó como aparece a folios 62 a 69 del expediente.

Igualmente, en providencia del 21 de octubre de 2019 se dispuso la vinculación como litisconsortes necesarios a los herederos indeterminados de la señora Blanca Cecilia Maldonado Valbuena, a los cuales se les notificó mediante Curador Ad Litem (fl. 122), quien contestó como aparece a folios 127 y 128 del expediente.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo, en la cual dispuso absolver a la demandada. Llegó a tal conclusión luego de establecer que, si bien la demandante acreditó que contrajo matrimonio con el causante y que estaba vigente al momento de su fallecimiento, no probó que convivieron durante por lo menos 5 años en cualquier tiempo y que si bien se recibieron como pruebas varios testimonios los mismos fueron contradictorios frente a la convivencia alegada, inclusive con lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte.

Recurso de Apelación

La apoderada **de la demandante** interpuso recurso de apelación alegando que contrario a lo considerado por la juez, la demandante acreditó la convivencia con el causante y esto se demuestra con la prueba testimonial recaudada que dan fe de que el causante estaba pendiente de la demandante y ayudaba con el sostenimiento de su hogar, además de que el actor viajaba constantemente al municipio donde vivía la demandante y ella no viajaba a Bogotá porque cuidaba a los padres del causante, lo cual evidencia la convivencia y ayuda mutua entre la pareja. Agrega que como quiera que se demostró que el vínculo matrimonial continuaba vigente para el momento del fallecimiento solo debía demostrar la convivencia durante cinco años en cualquier época.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 146 a 151 del expediente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a determinar si la demandante acreditó que convivió con el señor Julio Padilla Caicedo durante por lo menos cinco años en cualquier época y por tanto si le asiste el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes.

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la Resolución SUB 30617 del 5 de abril de 2017 (fls. 29 a 31), donde se afirma que la demandante solicitó el 15 de febrero de 2017 el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor Julio Padilla Caicedo, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Pensión de Sobrevivientes

Debe la Sala precisar que por la fecha del fallecimiento del causante (25/02/2012), las normas que gobernaban la sustitución pensional eran las contenidas en el Art. 46 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003¹, norma que en su artículo 47 consagra que requisitos debe acreditar quien pretenda recibir la pensión de sobrevivientes que dejo causada un afiliado². La cónyuge y/o compañera permanente deberá acreditar que; *"estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte"* y en caso de que el causante haya convivido primero con la cónyuge y luego con una compañera permanente, manteniendo vigente la unión conyugal y con separación de hecho con la cónyuge, la pensión podrá dividirse entre estas en proporción al tiempo de convivencia, a lo que se agrega que según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el cónyuge supérstite separado de hecho tiene derecho a sustituir su pensión, siempre y cuando acredite que la convivencia perduro por más de cinco años, sin importar la época en que se presentó.

Se debe resaltar por parte de La Sala, que no se controvierte que la demandante Luz Marina González de Padilla contrajo matrimonio con el causante el día 5 de noviembre de 1973 (fl. 16) vinculo que para el momento del fallecimiento se encontraba vigente, del mismo modo tampoco es objeto de discusión que mediante la Resolución GNR 203586 del 12 de agosto de 2013 Colpensiones le reconoció a la señora Blanca Cecilia Maldonado Valbuena la pensión de sobrevivientes que dejo causada el causante, a partir de su fallecimiento y en cuantía inicial de \$566.700 (fl.45), bajo la condición de compañera permanente.

¹ **"ARTÍCULO 46. Modificado por el art. 12, Ley 797 de 2003. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:**
 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,"

² **ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.**

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

(...)

Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;'

Al respecto la demandante, buscó probar la convivencia con los testimonios de la señora **Leonilde González de Bustos** quien indico ser hermana de la accionante y nunca conocer a la señora Blanca Cecilia Maldonado Valbuena, que Julio era su cuñado y que estuvieron juntos con su hermana hasta su fallecimiento. Agregó que su hermana no iba a visitarlo a Bogotá porque ella tenía cuidar los suegros, él trabajaba en Bogotá con el señor Mario Huertas, con el que trabajó más de 20 años, tenía una pieza donde vivía en Bogotá, pero viajaba a la Vega cada 8 días a visitar a su esposa y a sus padres quienes vivían con ellos, ella se encontraba regularmente a Julio cuando iba a la Vega. Los suegros fallecieron hace muchos años antes del fallecimiento de Julio, el cual falleció de cáncer en Bogotá del cual padeció como un año antes de su muerte, de los cuales estuvo grave como seis meses donde estuvo hospitalizado, tiene entendido que los hijos lo visitaban, pero la demandante casi no podía ir porque tenía que cuidar a los suegros. Nunca supo que él tenía otra relación y por el contrario siempre vivieron en la casa de los padres de él, compartiendo como pareja, nunca se separaron. Los gastos exequiales los pagó la empresa, él no estaba pensionado. Su hermana se demoró en reclamar la pensión porque no tenía quien la acompañara y no podía ir sola porque sufría del corazón. Los hijos de ellos ya no vivían con la demandante para el momento del fallecimiento de Julio.

Janeth Medina Bustos manifestó que conoce a la demandante porque es la hermana de la señora Leonilde quien era esposa de un tío, quien vivía con los suegros del señor Julio hasta el año 2012 que falleció el causante, ella era ama de casa y siempre dependió de él, además de los suegros también vivía un hermano de Julio, quien falleció en Bogotá en la Clínica Mederi al cual fue ella a visitarlo, quien falleció de cáncer y estuvo hospitalizado como 6 meses, tiempo en el cual la demandante se quedaba en Clínica cuidándolo. Ellos tuvieron 3 hijos los cuales vivieron un tiempo en la casa de la demandante. La testigo vivió en Bogotá desde el año 2006, pero viajaba regularmente a la Vega. El señor Julio viajaba cada fin de semana a la Vega y la demandante viajaba a Bogotá a visitarlo y se quedaban juntos. No tuvo conocimiento de que don Julio tuviera otra pareja. Acompañó a la demandante a reclamar la pensión y le dijeron que no tenía derecho y luego ella fue a la Defensoría del Pueblo.

Del mismo modo se recibió el testimonio de **Kaidy Carolina Calvo Medina** quien manifestó conocer a la demandante porque es la hermana de la señora Leonilde quien es su tía política, que conoce que ella vivía con el señor "Luis" Padilla, sus hijos y los padres de él. El causante falleció en Bogotá en el año 2012 por un cáncer el cual padeció por un año y que un nieto de la demandante le decía que ella iba a Bogotá a visitarlo junto con los hijos, que todo lo que sabe es porque su amigo Edwar se lo contaba, quien es nieto de ella de la demandante.

Finalmente se recibió el interrogatorio de parte **de la demandante** quien indico que convivió con el causante desde que contrajeron matrimonio hasta su fallecimiento, que ellos vivían en la Vega – Cundinamarca, pero él trabajaba en Bogotá con el señor Mario Huertas, pero iba todos los fines de semana a visitarla a ella y a sus papas que vivían con ellos en la misma casa.

Señaló que nunca conoció a la señora Blanca Cecilia Maldonado Valbuena, pero la vio en las exequias de su esposo y recuerda que lloraba mucho y cuando pregunto sobre ella, le dijeron que se llamaba Cecilia, luego se enteró de su nombre cuando fue reclamar la pensión y le dijeron que ya le habían reconocido la pensión. Indicó que presentó la reclamación de la pensión como al año y medio de que su esposo falleciera y que radicó unos documentos, aunque en esa oportunidad le tomaron del pelo. No sabe la dirección de dónde vivió su esposo en Bogotá porque el dijo que tenía un cuarto y que a veces se quedaba donde un hermano, el causante viajaba todos los viernes a la Vega y regresaba hasta el domingo, él veía por los gastos de la casa y de sus suegros, tuvieron tres hijos los cuales vivieron en la casa con ella hasta que se independizaron. Que el causante falleció en la Clínica "*Merly*" por un cáncer de garganta y ella no pudo visitarlo seguido porque tenía que cuidar a los suegros que estaban muy viejitos, pero sus hijos si lo visitaban. El sepelio se hizo en la Vega y los gastos los asumió el seguro donde lo tenía afiliado la empresa donde trabajaba, no intento reclamar el auxilio funerario. Su hijo no le comentó de la señora Cecilia. El causante no la afilió a la EPS pero nunca lo cuestiono frente a eso. Estaban juntos todas la navidades y año nuevo, pero nunca salieron a vacaciones o pasear porque tocaba estar pendientes de sus suegros. No obstante, agrega que los suegros ya habían fallecido para el momento del deceso de Julio Padilla, primero falleció el papá y luego la mamá, el papa falleció cuando ella estaba esperando a una de sus hijas, es decir 30 años antes de que falleciera el causante. Ella no trabajaba porque él le decía que tenía que estar pendiente de los niños y Julio era quien proveía todo lo del hogar. Finalmente aclaró que no iba a visitar a su esposo a la clínica porque tenía que cuidar a sus hijos y que estuvo enfermo por 6 meses antes del fallecimiento.

Pruebas que en concepto de esta Sala, no resultan suficientes para acreditar la convivencia de la demandante con el señor Julio Padilla Caicedo desde la fecha en que contrajeron matrimonio (5 de noviembre de 1973) y hasta la fecha de su fallecimiento como fue alegado en la demanda, ni tampoco por al menos cinco años en cualquier época, pues nótese que como bien lo concluyó la juez A quo, los testimonios y el interrogatorio de parte son totalmente contradictorios e imprecisos frente a la convivencia que alega la parte actora, ya que si bien todos coincidieron que el causante trabajaba en Bogotá y viajaba regularmente a la Vega, los mismos manifestaron que la demandante no lo acompañaba ni lo visitaba regularmente en Bogotá porque tenía que quedarse cuidando a los suegros que vivían en la misma casa en el municipio de la Vega, no obstante tanto la demandante como algunos de los testigos coincidieron en manifestar que los mismos habían muerto mucho antes del fallecimiento del causante (30 años antes), contradicción que al ser puesta en evidencia a la demandante generó que cambiara su versión para afirmar que se quedaba en la Vega porque tenía que cuidar a sus hijos que estaban pequeños, no obstante ella coincidió con varios de los testigos en que sus hijos para el momento del fallecimiento del señor Julio ya no vivían en esa misma casa, pues ya eran mayores y se habían independizado.

Igualmente resulta poco admisible que la demandante no conociera siquiera de forma aproximada donde residía su esposo en Bogotá, así como tampoco la fecha del fallecimiento y el nombre de la clínica donde estuvo hospitalizado previo a su fallecimiento, pues tales datos claramente no los informó de manera espontánea, aspectos y detalles que deberían ser de conocimiento de una pareja con la cual se afirma convivio hasta el ultimo momento, así como tampoco resulta razonable que no lo hubiera visitado o acompañado en la clínica donde estaba hospitalizado previo a su fallecimiento, más cuando se demostró que los suegros que alegó que cuidaba ya habían fallecido y no tenía hijos menores que cuidar, así como también el hecho de que nunca la hubiera afiliado como beneficiaria en la EPS. A lo cual se suma al hecho de que espero 5 años después del fallecimiento del causante para reclamar la pensión, aspectos que dejan en entredicho la convivencia alegada por la demandante y no permiten establecer de forma irrefutable la causación a su favor de la pensión de sobrevivientes.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjense la suma de Cien Mil Pesos (\$100.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de octubre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjense la suma de Cien Mil Pesos (\$100.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JEFERSON YADIR ALGARRA SUAREZ
CONTRA PROSEGUR S.A. Y SEGURIDAD COSMOS LTDA Rad. 2018 00397 01 Juz
21.**

En Bogotá D.C., al primer (1er) día de marzo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

PROVIDENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, contra la providencia dictada en la audiencia celebrada el 9 de febrero de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá (fls. 473 a 475), en virtud de la cual declaro probadas las excepciones previas de prescripción y parcialmente la de cosa juzgada.

ANTECEDENTES

1. JEFERSON YADIR ALGARRA SUAREZ demandó a la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. para que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 3 de abril de 2013 y el 16 de julio de 2016, que le es aplicable la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la empresa demandada y el sindicato Sintravalores y como consecuencia se les condene al pago de las primas semestrales y de vacaciones, reliquidación de las cesantías, indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria.
2. Mediante providencia del 2 de noviembre de 2018, el juzgado admitió la demanda y ordeno la vinculación de la empresa SEGURIDAD COSMOS LTDA como litisconsorcio necesario. La demandada PROSEGUR S.A., al contestar la demanda propuso entre otras la excepción previa de prescripción (fls. 198 a 202) y SEGURIDAD COSMOS LTDA propuso la excepción previa de cosa juzgada (fls. 377 a 378).
3. En el auto que hoy es materia de impugnación y que se profirió en audiencia celebrada el día 9 de febrero de 2022, la juez declaro probada parcialmente excepción previa de cosa juzgada pues consideró que en proceso tramitado ante ese juzgado con el radicado 2017-00598 se había definido claramente la vigencia del contrato de trabajo y que al actor no le era aplicable la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la empresa

demandada y el sindicato Sintravalores, decisión que fue confirmada por este Tribunal y por lo tanto no es posible volver a hacer un estudio de esa pretensión. Por otro lado, declaro probada la excepción de prescripción al considerar que, al haberse definido en el citado proceso, que el vínculo laboral existente entre el demandante y Prosegur finalizó el 5 septiembre de 2013 se encuentra prescritos todos los derechos ahora pretendidos pues la demanda se presentó cuando ya había transcurrido el termino trienal.

RECURSO DE ALZADA

El apoderado del demandante fundó su inconformidad en que no se debieron declarar probadas las excepciones de prescripción y cosa juzgada, ya que contrario a lo considerado por la juez A quo, el proceso sobre el cual se fundamentó tal decisión no es idéntico al presente, pues el primer proceso tenía como objeto proteger el derecho de asociación sindical en virtud de un fuero circunstancial, mientras que con la presente demanda se buscan derechos laborales individuales que se deben estudiar de manera diferente, ante lo cual tampoco resulta posible declarar probada la excepción de prescripción que se derivo de la declaratoria de la otra excepción previa.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 482 a 487 del expediente.

Para resolver las situaciones planteadas en el recurso de apelación, la Sala procede a realizar las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si fue acertada la decisión del juez de primera instancia de declarar probadas las excepciones previas de prescripción y parcialmente la de cosa juzgada (fls. 473 a 475).

Excepción previa de cosa juzgada

Para resolver la impugnación planteada, la Sala considera necesario recordar los requisitos o pautas para que se establezca la figura jurídica de cosa juzgada, a saber:

1. Que se adelante un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de una sentencia o resolución dictada.
2. Que este nuevo proceso sea entre las mismas partes, o, que haya identidad jurídica.

3. Que el nuevo proceso verse sobre un mismo objeto. Respecto a este punto la Corte Suprema de Justicia señaló: *"el objeto de la demanda consiste en las prestaciones o declaraciones que se reclaman a la justicia"*.¹
4. Que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior.

Respecto al primer requisito, el señor Jeferson Yadir Algarra Suarez, inicio proceso ordinario contra la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. y en el cual fue vinculada la empresa SEGURIDAD COSMOS LTDA, para que se declarara la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo por estar cobijado por fuero circunstancial, pretensión derivada de la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido con Prosegur entre el 3 de abril de 2013 y el 16 de julio de 2016, demanda de la cual conoció al igual que el presente proceso el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá con el radicado 2017-00598.

Ahora bien, aunque no se allegó copia de la demanda mediante la cual Jeferson Yadir Algarra Suarez demandó la declaratoria de un contrato a término indefinido con Prosegur S.A., si se allego copia de los fallos tanto de primera como de segunda instancia, proferidos el 25 de octubre de 2018 y 3 de diciembre de 2019 respectivamente, proceso llevado ante el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá bajo el radicado 2017-00598 en la cual se verifica claramente el estudio de esta pretensión (Archivos Magnéticos obrantes a fls. 453 y 457) y el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia absolutoria del Juzgado. Apelación que, al ser estudiada por La Sala de Decisión Laboral de esta Corporación, confirmo la decisión de primera instancia.

Lo que significa que muchas de las pretensiones de esta demanda no son diferentes a lo definido tanto por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá como por este Tribunal, dentro del proceso ordinario tramitado bajo el radicado 2017-00598 y específicamente respecto la existencia de un contrato realidad con la empresa Prosegur entre el 3 de abril de 2013 y el 16 de julio de 2016, oportunidad en la cual se negó su existencia y por ende la procedencia de las pretensiones derivadas de tal declaración, concretamente la ineficacia de la terminación del contrato y el pago de los salarios y prestaciones sociales causadas desde su despido, al considerarse que no se demostró que el verdadero empleador durante todo el tiempo que prestó sus servicios fue la empresa Prosegur pues no ejerció subordinación sobre el demandante y por el contrario que lo que realmente existió a partir del 5 de septiembre de 2013 fue una sustitución patronal entre Prosegur S.A. y Seguridad Cosmos Ltda.

Con relación al segundo requisito, tenemos que las partes son las mismas en ambos procesos, aclarando que, si bien inicialmente solo se demandó a Prosegur, en estos se vinculó como litisconsorte necesario a la empresa Seguridad Cosmos Ltda.

¹ Corte Suprema de Justicia, sent, mayo 9 de 1952

Ahora, sobre el tercer requisito, se concluye que las pretensiones de la presente demanda, van dirigidas inicialmente a la declaratoria de un contrato de trabajo con la empresa COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. entre el 3 de abril de 2013 y el 16 de julio de 2016 y como consecuencia el pago de prestaciones de carácter convencional y la reliquidación de prestaciones sociales, pretensión principal que también fue elevada en el proceso ordinario tramitado bajo el radicado 2017-00598, lo que hace improcedente en esta instancia debatir nuevamente el mismo punto, con independencia que ahora se busquen pretensiones accesorias distintas, pues en todo caso se derivan de la misma pretensión principal.

Por último, sobre la causa, tenemos que la parte aquí demandante acudió en el año 2017 ante el Juez de Trabajo para que se declarara, entre otras pretensiones, la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo efectuado el 16 de julio de 2016 y el consecuente reintegro a la empresa PROSEGUR S.A, pero partiendo de la declaratoria de un contrato de trabajo realidad con esta última empresa al considerar que la empresa Seguridad Cosmos Ltda actuó como simple intermediaria después de presentarse la sustitución patronal, situación que al ser estudiada tanto por el Juez Laboral del Circuito como por este Tribunal fue negada.

Se concluye entonces que, como lo señala la demandada y lo encontró probado la Juez A quo, es claro que ya fue objeto estudio en otro proceso la declaratoria de un contrato realidad con la empresa PROSEGUR S.A. y por lo tanto no puede intentarse mediante este proceso variar dicha decisión pues se dan los presupuestos para declarar la prosperidad de la excepción de cosa juzgada, lo cual conllevará a confirmar la providencia apelada en cuanto este aspecto.

Excepción previa de prescripción

Al respecto señala el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo que las acciones correspondientes a los derechos regulados en el citado código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo.

En el caso que nos ocupa tenemos que como se indicó previamente constituye cosa juzgada que el contrato de trabajo suscrito entre el demandante y la empresa COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. finalizó el 05 de septiembre de 2013, fecha en que suscribió la sustitución patronal frente al actor con la empresa Seguridad Cosmos Ltda (fl. 208), por lo tanto todo derecho derivado de tal vínculo debió reclamarse previo al 05 de septiembre de 2016 y como quiera que no se acreditó que previo a la presentación de esta demanda el trabajador elevó alguna reclamación ante el empleador se concluye que solo con su radicación se interrumpió la prescripción, no obstante como la

misma fue radicada tan solo hasta el 16 de julio de 2018 (fl. 155) resulta claro que operó el fenómeno de prescripción alegado.

Las motivaciones anteriores son más que suficientes para mantener inalterable la providencia impugnada, en cuanto declaró probadas las excepciones previas objeto de estudio.

DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la providencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá del 9 de febrero de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. - Sin costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARINA CASTRO ARENAS CONTRA COLPENSIONES Rad. 2018 00082 01 Juz 33.

En Bogotá D.C., al primer (1er) día de marzo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARINA CASTRO ARENAS demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 7 y 8.

- Pensión de Sobrevivientes por el fallecimiento de Elías Portilla Castañeda en la proporción dejada en suspenso.
- Retroactivo.
- Indexación.
- Intereses moratorios.
- Ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a fls. 4 a 6.

Convivio de forma continua e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa con Elías Portilla Castañeda desde el año 2005, el cual falleció el 27 de julio de 2016, fruto de esa relación nació en el año 2004 una hija. El ISS mediante la Resolución 244 de 2006 le había reconocido la pensión de vejez al causante. Mediante la Resolución GNR 325920 del 31 de octubre de 2016 le fue negada la sustitución pensional por existir una petición similar elevada por la señora Benilda Duran Sua, no obstante, en la misma decisión le reconoció el 50% a su hija Erika Dahiana Portilla Castro, resolución que fue confirmada mediante las Resoluciones GNR 375726 del 9 de diciembre de 2016 y VPB 4526 del 3 de febrero de 2017.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de esta ciudad, se dispuso vincular al proceso a Benilda Duran Sua como tercera Ad Excludendum como

compañera del causante. La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó como aparece a folios 74 a 82 del expediente.

No obstante, mediante providencia del 4 de febrero de 2020 se ordenó la acumulación del proceso 2018-00153 tramitado ante el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá (fl. 155), iniciado por la señora Benilda Duran Sua en contra de Colpensiones, con la vinculación en ese proceso de Marina Castro Arenas y Erika Dahiana Portilla Castro, proceso dentro del cual elevó las declaraciones y condenas contenidas a fl. 136 y 137.

- Pensión de Sobrevivientes por el fallecimiento de Elías Portilla Castañeda en la proporción dejada en suspenso.
- Retroactivo.
- Indexación.
- Intereses moratorios.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a fls. 131 a 145.

El ISS mediante la Resolución 244 de 2006 le había reconoció la pensión de vejez al causante. Convivio de forma continua e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa con Elias Portilla Castañeda desde el mes de enero de 2010 y hasta su fallecimiento acaecido el 27 de julio de 2016, su difunto compañero había dejado de convivir con la señora Marina Castro Arenas desde junio de 2009 lo cual manifestó el causante en una declaración extra juicio efectuada ante Notario, si bien había concebido una hija con Castro Arenas el continuo respondiendo por ella haciéndole consignaciones para sus gastos. Mediante la Resolución GNR 325920 del 31 de octubre de 2016 le fue negada la sustitución pensional.

Demanda que fue contestada por la señora **MARINA CASTRO ARENAS** como aparece a folios 156 del expediente.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo, en la cual dispuso condenar a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de Benilda Duran Sua el 50% de la pensión de sobrevivientes dejado en suspenso, proporción que se acrecentarán cuando desaparezcan las causas que motivan el reconocimiento a Erika Dahiana Portilla Castro, condenando al pago del respectivo retroactivo debidamente indexado. Llegó a tal conclusión porque se demostró que Benilda Duran Sua convivio con el causante desde el año 2010 hasta el fallecimiento en la cual se demostró una ayuda mutua y una convivencia real y efectiva. Por su parte Marina Castro Arenas no acreditó que la relación que tuvo con el causante tuvo elementos propios de una convivencia y que tuvieran la intención de construir un proyecto de vida común y la conformación de un núcleo familiar permanente a pesar de que tuvieron una relación amorosa y como consecuencia de la misma procrearon una hija.

Recurso de Apelación

El apoderado de **Colpensiones** interpuso recurso de apelación alegando que la prueba testimonial recaudada no da certeza de los hechos alegados por las peticionarias.

El apoderado de la demandante **Marina Castro Arenas** interpuso recurso de apelación alegando que contrario a lo considerado por la juez su representada si acreditó la convivencia con el causante y esto se demuestra con la prueba testimonial recaudada que dan fe de que el causante estaba pendiente de ella y ayudaba con el sostenimiento de su hogar, si bien el inmueble que adquirieron juntos quedo a nombre de la señora Castro Arenas fue porque en el año 2009 el causante estaba liquidando la sociedad patrimonial con su primera esposa, agrega que frente a la declaración extra juicio que hizo el causante se debe tener en cuenta que la misma se hizo con destino a SaludCoop y con la finalidad de que la señora Marina pudiera afiliarse al régimen subsidiado, frente a las consignaciones que se hacían a favor de la hija del causante las mismas se hacían para constituir un fondo la educación universitaria ante lo cual se debe analizar con detenimiento los testimonios recibidos.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 174 a 182 del expediente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*, el cual se limita a determinar si la demandante Marina Castro Arenas acreditó que convivió con el señor Elias Portilla Castañeda hasta su fallecimiento y por tanto si le asiste el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes. Además, se conocerá igualmente el grado jurisdiccional de consulta respecto de los puntos en los que fue condenado Colpensiones y que no fueron apelados.

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la Resolución GNR 325920 del 31 de octubre de 2016 (fls. 19 a 23), donde se afirma que tanto Benilda Duran Sua como Marina Castro Arenas solicitaron el 11 y 16 de agosto de 2016 respectivamente, el reconocimiento de la sustitución pensional, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de pensionado del causante

No es tema de controversia la calidad de pensionado del causante Elias Portilla Castañeda por cuanto mediante Resolución No. 244 de 2006 el ISS le reconoció la pensión de vejez (fls. 19).

Pensión de Sobrevivientes

Debe la Sala precisar que por la fecha del fallecimiento del causante (27/07/2016), las normas que gobernaban la sustitución pensional eran las contenidas en el Art. 46 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003¹, norma que en su artículo 47 consagra que requisitos debe acreditar quien pretenda recibir la pensión de sobrevivientes que dejo causada un afiliado². La cónyuge y/o compañera permanente deberá acreditar que; *"estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte"* a lo que se agrega que según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si quien pretende recibir la pensión de sobrevivientes por la muerte de pensionado es una compañera peramente deberá acreditar una convivencia mínima de 5 años con anterioridad su fallecimiento³.

Ante lo cual se debe aclarar que como quiera que las dos personas que buscan sustituir el derecho pensional que en vida disfrutaba el señor Elias Portilla Castañeda alegan la condición de compañeras permanentes, deberán acreditar que convivieron con el causante al menos 5 años con anterioridad a su fallecimiento acaecido el 27 de julio de 2016.

Frente a las pruebas que se practicaron a favor de las demandantes, la Sala resalta sus interrogatorios, donde **Benilda Duran Sua** expresó que conoció al causante en el año 2009 y aunque inicialmente se frecuentaban ella no quería continuar con nada serio porque él le dijo que tenía su esposa e hijos y aunque le dijo que se fueran a vivir juntos ella no acepto inicialmente, ella era sola para esa época y aunque se distanciaron un tiempo porque ella se fue de la ciudad, cuando volvió le propuso que tuvieran una relación porque ellos ya no eran niños y le dijo que ya se había separado de su esposa y le mostro los documentos, luego de seis meses ya se hicieron novios y se fueron a vivir el 10 de enero de 2010, Elías se fue a vivir a su casa, ella iba continuamente a donde su suegra, el causante se dedicaba a administrar una imprenta y aunque ella tenía inicialmente un negocio propio de minutos y ventas, después por la caída de la ventas tuvo que entregar el local, en ese tiempo cotizaba como independiente

¹ **"ARTÍCULO 46. Modificado por el art. 12, Ley 797 de 2003.** Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:
1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,"

² **ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.**

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

(...)

Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;'

³ Sentencia SL SL2767-2022 del 27 de julio de 2022 con radicación No. 91930 MP. Dr. Gerardo Botero Zuluaga *"Conviene no olvidar, que a la luz de la disposición recién aludida, quien aspire a la pensión allí consagrada bajo la condición de compañera(o) permanente del pensionado que muere, debe demostrar la convivencia con este por un lapso no menor a 5 años continuos anteriores al deceso, tal como lo indicó el ad quem; por tanto, cualquier ejercicio en punto a verificar si la vida marital inició en 1991, como dice la censura, y se consignó en las declaraciones juramentadas; si perduró 16 años, como lo expresó el testigo David Olascoaga, o 18 años como lo aseguró la convocante del juicio en el interrogatorio, se tornaría inútil, como quiera que dicho requisito necesariamente debe verificarse en el periodo de 5 años inmediatamente anteriores a la muerte"*

pero cuando se fue a vivir con el causante, le dijo que no cotizara más porque la iba a afiliar como beneficiaria y que no se preocupara porque en caso de su fallecimiento la pensión le iba a quedar a ella, se fueron a vivir inicialmente en el barrio Alfonso López como 8 meses, a continuación se fueron a vivir a donde sus suegros por algunos meses y luego se fueron a vivir a otro apto en el mismo barrio. Entre los dos compraron un local comercial de papelería y cacharrería en el año 2011 y pagaban un arriendo de \$400.000, él siempre prestaba la firma para todos esos negocios y pagaba los arriendos, frecuentaban mucho a la familia de él y viajaron en algunas oportunidades para fin de año para Boyacá. Conoció a Marina Castro Arenas y a la primera esposa de nombre Custodia madre de Nancy hija del causante que vive en España solo hasta el funeral del causante. Elías falleció de manera intempestiva un miércoles en la casa donde vivían juntos que quedaba en el mismo lugar del negocio ubicada en la Carrera 6c No. 90-74 a las 8:45 de la noche, todo sucedió después que fue a donde su madre a llevarle unos resultados de unos exámenes luego enfermó y se recostó y pesar de que lo llevaron a la Clínica de Meissen ya había fallecido, en vida siempre ayudaba económicamente a su madre y a su hija Erika a quien le consignaba mensualmente \$100.000, también ayudaba a su hijo Danilo que estaba terminando su carrera. El causante siempre le conto de la existencia de las madres de sus hijos, pero cuando se fueron a vivir ya no tenía nada con ellas, lo cual le fue confirmado por la suegra cuando hablaron por primera vez, quien le dijo que ya llevaba varios años solo. Ella sabía de la existencia de una hija menor del causante, a la cual él sacaba a pasear seguido pero no tenía contacto con la madre de ella y según le comentó convivía con otro señor, Elías iba y llevaba la niña donde Marina y no se demoraba mucho. Después de que iniciaron su convivencia nunca se separaron excepto unos días que su madre estaba enferma. Cuando conoció al Sr. Portilla él vivía en la casa de su madre.

La señora **Marina Castro Arenas** indicó que tiene 4 hijas, 3 de su primer compañero y una de Elías Portilla, conoció al causante en noviembre de 2002 en un Bolirrana en el barrio Yomasa y luego la invitó a salir, él vivía a dos cuadras del salón de belleza donde laboraba, cuando se hicieron novios ella llevaba un año sola, él comentó que se había separado de su esposa. Después de un tiempo conoció a las hijas, él vivía donde su mamá y empezó a pedirle un hijo y finalmente accedió y tuvieron una hija en el año 2004, que nació en el Hospital de Meissen, para esa época trabajaba en Indumil, pero vivían en distintos lugares ella en Yomasa y él en Compostela, finalmente deciden irse a vivir juntos en el año 2004, él le pagaba el arriendo y le ayudó a poner un salón de belleza, inicialmente pagaron arriendo luego Elías compró una casa en obra negra que le costó \$22.000.000 y ella le hizo las mejoras, él la pagó con lo que le dieron de las cesantías, pero después la pasó a su nombre. Elías a media discusión que tenían se iba de la casa y se quedaba donde su mamá. Cuando falleció él no estaba en su casa sino en la casa de la señora Benilda, antes del fallecimiento hace dos días se habían visto. Cuando se retiró de Indumil él tenía una sociedad en Fontibón y luego puso una Miscelánea en el mismo lugar donde vivían, eso fue un año después del pensionarse. La declaración extrajuicio donde el causante manifiesta que dejó de convivir con ella desde el año 2009 se hizo con la finalidad de que a ella se pudieran afiliar al Sisben y que sus hijas recibieran los

beneficios del Estado. El causante no convivía permanente con ella pues se iba y volvía, las consignaciones que le hacía mensualmente a favor de su hija era un ahorro que hacía para su Universidad y era para evitarse cualquier cuestión. No sabía que el causante tenía una convivencia con la señora Benilda pues supuestamente salía para donde su mamá, tampoco tenía conocimiento que tenía una Miscelania con ella, pues se veían casi todos los días y salían junto con sus hijas una vez por semana, en el último año antes de fallecer se quedaba dos o tres días a la semana, el mayor tiempo que duro fuera de la casa fue de un mes y por que su madre se enfermó. El fallecimiento del señor Elías le afectó gravemente tanto psicológicamente como económicamente porque el ayudaba a su sostenimiento

Se recaudaron los testimonios de Hilda Magaly Portilla Castañeda, quien indico ser hermana del causante que siempre fueron muy cercanos excepto entre el año 2009 y 2010 y un año antes de su fallecimiento cuando se distanciaron, conoció a Marina porque fue su cuñada, convivieron un tiempo y tuvo una hija de su hermano de nombre Erika Dahiana, esa relación comenzó en el año 2000 o 2002, en vida su hermano le ayudo a Marina a montar un salón de belleza y las hijas de ellas, todo eso fue después de la separación de su primera esposa María Custodia Pinzón que fue como en el año 1997 con la cual tuvo tres hijos y convivieron 18 o 20 años, luego supo que él puso un nuevo negocio de una miscelánea pero que no le iba muy bien. Solo hasta el fallecimiento de su hermano supo que convivía con otra señora, ella en esa época vivía en Cali y regreso a Bogotá por el fallecimiento de su hermano.

Nancy Bonelly Portilla Pinzón señalo ser hija del causante y haber hablado con él, hasta una semana antes de su fallecimiento, para esa época ella vivía en Suba, pero había vivido junto a su padre hasta el año 2001 y luego volvieron a vivir juntos desde mayo de 2009 hasta enero de 2010 en un Apto en Bosa de su propiedad, para esa época el se estaba separando de la señora Marina. Conoció a Marina Castro porque fue en alguna oportunidad a su casa y su hermana Erika Dahiana tenía dos o tres años, ellos tenían una relación muy fluctuante y por tanto tampoco se veía con su hermana. Luego su padre se fue convivir con la señora Benilda, la cual conoció en enero de 2011, ellos tuvieron un negocio en barrio de Alfonso López y ella estuvo con el hasta el momento de su fallecimiento, su padre le dijo que la conoció en un negocio de cabinas telefónicas que Benilda tenía, cuando la conoció ella vivía en un lugar humilde en Alfonso López. Su padre era muy celoso y le decía que Marina le era infiel y se refería a ella con términos despectivos y se sintió estafado porque cuando se retiro de Indumil, compro una casa en Yomasa la cual Marina le hizo escriturar a su favor. Ella visitaba regularmente sino todos los días a su padre en el lugar que vivía con Benilda porque trabajaba cerca y lo visitaba luego de su trabajo y en ocasiones su padre le cuidaba su hijo, falleció en la noche y aunque lo llevaron al Hospital de Meissen llego muerto. Fue en dos oportunidades a la casa donde vivía con Marina, pero acompañó a su padre en varias ocasiones a dejar a su hermana en ese lugar, pero él no entraba a la casa. Su padre duro mas de 20 años juntos con su madre y aunque no se divorciaron si liquidaron la sociedad conyugal. Ella estuvo presente cuando su papá le estaba ayudando a Benilda a comprar una casa y en la cual vivieron los últimos años de vida y en la cual falleció. La vida de su padre con Benilda era normal de una

pareja, convivían, dormían juntos, compartían todo el tiempo y estaban en fechas especiales, iban a visitar los padres de Benilda a Santa Rosa de Viterbo. Su abuela y madre de su padre sufría de EPOC pero en general estaba bien, aunque su padre estaba constantemente pendiente de ella, quien la atendía era su tía Ana Portilla.

Ismael Castro manifestó que es hermano de la señora Marina Castro que siempre ha tenido contacto con ella y aunque no físicamente si hablaban por teléfono, el causante fue el padrino de una hija, la ultima vez que se vieron fue en el restaurante de su propiedad seis meses antes del fallecimiento, el convivio con su hermana y cree que fue hasta su fallecimiento. No supo que el causante tenía una relación con la señora Benilda.

Ana Silvia Portilla Castañeda informó que es hermana de causante, conoce a la señora Benilda porque fue la compañera de su hermano, con el cual siempre tuvieron una relación cercana, su hermano tuvo dos hogares uno con María Custodia Pinzón con la cual tuvo tres hijos, luego que se separó de ella vivió dos años en la casa de su madre en el barrio Yomasa y luego convivio con Benilda Duran durante 5 o 6 años y si bien su hermano tuvo una relación con Marina Castro la misma no fue constante, se veían unos días a la semana y con ella tuvo una hija, con ella no tuvo una amistad. Él había comprado una casa después de que retiro de Indumil y convivio con Marina en esa casa como seis meses cuando nació la hija, luego se volvió a ir a la casa de su madre, el murió en la casa de Benilda, ella acompañaba a Benilda a atender la miscelánea cuando su hermano no podía acompañarla, ellos inicialmente tuvieron una miscelánea en arriendo luego la pusieron en la casa que compro Benilda. La relación de su hermano con Benilda comenzó en el año 2010, aunque con anterioridad ya se estaban tratando, por tener contacto constante con su hermano sabe que la relación con la señora Marina era esporádica y porque dormía mas en la casa de su madre que con ella, frente a su otra hermana Hilda Magaly Portilla Castañeda refirió que en los últimos años antes del fallecimiento de su hermano vivía en Cali y que regreso a Bogotá como consecuencia de su fallecimiento.

Igualmente como pruebas relevantes se allegaron declaraciones extraproceso rendidas por; Edilce Quitian Romero, Gildardo Morales Pardo, Luis Antonio Salamanca Gomez, Manuel Antonio Portilla Castañeda , Hilda Magaly Portilla Castañeda, Julia Emilia Garzon de Morales, Ismael Castro Arenas, Barbara Castro Arenas en las cuales al unisonó manifestaron que la señora Marina Castro Arenas convivio con el señor Elías Portilla Castañeda desde el año 2002 y hasta su fallecimiento (fls. 28 a 42), copia de fotografías sin constancia o reporte de la fecha de su toma, en las cuales aparece el causante en distintos escenarios en compañía de Marina Castro Arenas (fls. 43 a 45), copia de varios recibos de servicios públicos de los inmuebles ubicados en la dirección KR 6 No. 79-45 Sur y la KR 2C Este 79 Sur 45 1 pagados entre los años 2016 y 2017 donde aparece como cliente el señor Elías Portilla Castañeda.

Igualmente se recaudó Acta de Declaración Extraproceso rendida por el causante Elías Portilla Castañeda el 21 de junio de 2010, en la cual manifiesta que: "*declaro bajo la gravedad de*

juramento con la finalidad de ser excluido del núcleo familiar, que No convivo bajo el mismo techo, Ni en unión marital de hecho desde Junio de 2009, con la señora MARINA CASTRO ARENAS, identificada con cedula de ciudadanía numero 52.5863.975 de Bogotá, desconociendo hasta la fecha su paradero, teléfonos y demás datos personales” documento en el cual también se indica que tal declaración iba dirigida a SaludCoop EPS (fl. 121), copia de fotografías sin constancia o reporte de la fecha de su toma, en las cuales aparece el causante en distintos escenarios en compañía de Benilda Duran Sua (fls. 122 a 126), copia del formulario de novedades de afiliación de SaludCoop radicado por el causante el 4 de agosto de 2011 y el cual afilia como beneficiaria a Benilda Duran Sua en su condición de *"Esposa"* (fl. 127), certificado de afiliación expedido por la EPS Cafesalud donde da fe que la señora Benilda Duran Sua se encontraba afiliada a esa entidad desde el 1° de octubre de 2011 como beneficiaria del señor Elías Portilla Castañeda (fl. 128).

Pruebas que en concepto de esta Sala, no resultan suficientes para acreditar la convivencia de la demandante Marina Castro Arenas con el señor Elías Portilla Castañeda durante los cinco años previo a su fallecimiento y si bien podría evidenciarse que convivieron durante algunos años entre el 2002 y el 2009, lo cierto es que con posterioridad al año 2010 no se aportó ninguna prueba que evidencie que continuaron con su convivencia y por el contrario, la demandante Benilda Duran Sua logró acreditar que convivio con el causante de manera permanente e ininterrumpida desde el año 2010 y hasta su fallecimiento (27/07/2016), pues nótese que como bien lo concluyó el juez A quo, los testimonios solicitados por parte de la señora Castro Arenas no conocieron de primera mano las condiciones de convivencia de la relación que existió entre ella y el causante en los últimos años de vida, conocimiento que si acreditaron los testigos solicitados por la señora Duran Sua pues se trataron de familiares cercanos del causante que compartieron con él de forma directa hasta su fallecimiento, manifestaciones que fueron ratificadas por lo expresado por el causante en la Declaración Extraproceso rendida el 21 de junio de 2010, en la cual claramente indica que no convivía con la señora Marina Castro desde junio de 2009 EPS (fl. 121), sin que se haya demostrado que tal declaración se haya elaborado con el único fin de que esta demandante pudiera afiliarse al Sisbén y por el contrario coincide con la posterior afiliación que hizo el causante a la señora Duran Sua como su beneficiaria en salud, pruebas con las cuales se demuestra plenamente que quien convivio con el causante durante los últimos cinco años previo a su fallecimiento fue únicamente la demandante Benilda Duran Sua, lo cual le otorga a esta ultima el derecho a sustituir la pensión que en vida disfrutaba el señor Elías Portilla Castañeda.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia apelada y consultada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandante Marina Castro Arenas. Fíjense la suma de Cien Mil Pesos (\$100.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de noviembre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjense la suma de Cien Mil Pesos (\$100.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JUAN SAMUEL BELTRÁN BELTRÁN CONTRA AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. Rad. 2019 00003 01 Juz 27.

En Bogotá D.C., al primer (1er) día de marzo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JUAN SAMUEL BELTRÁN BELTRÁN demandó a **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 7 a 10 del archivo denominado 01 EXP 2019-003 obrante dentro del archivo magnético visible a folio 2 del expediente.

- Ineficacia de la terminación del contrato de trabajo.
- Reintegro al mismo cargo o a uno de similares condiciones.
- Salarios y prestaciones sociales dejados de devengar.
- Aportes al Sistema General de Seguridad Social.
- Reintegro de los gastos médicos.
- Indemnización por daños y perjuicios.
- Indexación.
- Indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
- Indemnización moratoria.
- Ultra y Extra Petita
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a fls. 10 a 24 del archivo denominado 01 EXP 2019-003 obrante dentro del archivo magnético visible a folio 2 del expediente.

Presto sus servicios para la demandada entre el 21 de diciembre de 2013 y 11 de febrero de 2018, en virtud de un contrato por duración de la obra o labor contratada atado a un contrato interadministrativo suscrito entre la demandada y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en virtud del cual ocupó el cargo de conductor, no obstante en el contrato de trabajo suscrito no se define de forma clara la naturaleza de la labor contratada ante lo cual se debe asimilar a un contrato a término indefinido. La demanda no le notificó la decisión

de la terminación del contrato de trabajo y por el contrario solo se enteró en el momento en que pretendía radicar una incapacidad médica. El contrato de trabajo fue terminado de manera ilegal puesto que además de que se encontraba incapacitado, la empresa continuo ejecutando el objeto social en virtud del cual celebro el contrato interadministrativo con la EAAB, sumado al hecho que la terminación de tal contrato fue arbitrario y atentatorio de los derechos de todos los trabajadores de la demandada pues se trató de una decisión política del alcalde de turno, quien además desconoció los acuerdos de formalización laboral en virtud el cual había sido contratado. Para el momento de la finalización del contrato de trabajo la empresa demandada no había dado respuesta a un pliego de peticiones elevado por varios sindicatos de la empresa. A pesar de acudir a varias autoridades judiciales y administrativas para poner en conocimiento su caso, nunca recibió ninguna medida o solución a la situación de desprotección en que lo dejo la demandada al finalizarle el contrato de trabajo.

Actuación Procesal

Mediante auto del 4 de marzo de 2019 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P., quien contestó como aparece a folios 143 a 176 del archivo denominado 01 EXP 2019-003 obrante dentro del archivo magnético visible a folio 2 del expediente.

Sentencia de Primera Instancia

Al respecto se debe aclarar que si bien el proceso fue inicialmente tramitado por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, fue el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio quien puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo, en la cual dispuso absolver a la demandada. Llegó a tal conclusión luego de establecer que si bien se pudo determinar que el demandante se encontraba incapacitado para el momento de la terminación del contrato de trabajo, lo cierto es que no reunía los requisitos necesarios para ser considerado poseedor de la condición de debilidad manifiesta según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, incapacidad que no se acreditó que el empleador fuera conocedor para el momento de la terminación del contrato. Agrega que en todo caso se demostró que el contrato de trabajo fue terminado por la finalización de la obra o labor para la cual fue contratado el actor y por tanto no se trató de un acto discriminatorio hacia el demandante por su condición de salud.

Recurso de Apelación

La apoderada **del demandante** interpuso recurso de apelación alegando que contrario a lo considerado por la juez, el demandante si se encontraba en un estado de debilidad

manifiesta para el momento en que le fue terminado el contrato ya que es evidente que se encontraba incapacitado para tal momento, que debido a que el actor no tenía ingresos económicos no pudo continuar con el trámite de calificación de su invalidez y por tanto acreditar el porcentaje del mismo y contar con un proceso de rehabilitación de sus patologías.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes no presentaron alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a determinar si resulta ineficaz la terminación del contrato celebrado entre la partes por la condición de salud del actor.

Relación Laboral del Demandante

No se controvierte en esta instancia que el día 21 de diciembre de 2013 las partes suscribieron un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, supeditado a la existencia del contrato interadministrativo 1-07-10200-08009-2012 de 2012 celebrado entre la demandada y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. ESP, lo cual se ratifica con la copia del contrato de trabajo visible a folios 41 y 42 del archivo denominado 01 EXP 2019-003 obrante dentro del archivo magnético visible a folio 2 del expediente.

Estabilidad laboral reforzada y aplicación de la Ley 361 de 1997

Frente a la estabilidad laboral reforzada y aplicación de la Ley 361 de 1997, se debe indicar que la jurisprudencia laboral ha considerado que la prohibición de despedir o dar por terminado el contrato se traduce en una garantía especial que procede exclusivamente para las personas que presenten una "*minusvalía*" o "*limitación*", superior a la moderada inclusive, con sujeción al artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, más no para las que padezcan cualquier tipo de limitación, ni menos aún para quienes se hallen en una incapacidad temporal por afecciones de salud¹. Sin embargo no se puede perder de vista, por una parte, que el mencionado artículo 7º del Decreto 2463 actualmente no se encuentra vigente, en virtud de la expedición del Decreto 1352 de 2013 y por lo mismo no podría hablarse de limitaciones

¹ Sentencias de 27 ene. 2010 rad. 37514, de 30 ene. 2013 rad. 41867, SL14134, SL12110 y SL13657 de 2015 rads. 53083, 48484 y 56316, entre muchas otras más

en los grados allí previstos, por lo que en aquellos eventos en los que se encontraba vigente tal precepto, se debe aplicar el criterio de la jurisprudencia constitucional, según el cual esta protección especial procede para todos aquellos sujetos que presenten alguna afectación en su estado de salud, pero siempre y cuando aquel les impida, de alguna manera, ejercer una actividad laboral en condiciones normales, es decir, sobre todos aquellos que presentan un grado de discapacidad, aunque no los coloque en situación de invalidez, o con una pérdida de capacidad laboral en los grados anteriormente referidos, **sino en un estado de debilidad manifiesta dada la afección física, sensorial o psíquica**², interpretación que también ha sido asumida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual se puede consultar la sentencia SL11411-2017, Radicación 67595 del 2 de agosto de 2017 con ponencia Dr. Rigoberto Echeverri Bueno³.

Quiere decir lo anterior que sin importar que exista previa calificación, debe aparecer acreditada la condición de debilidad manifiesta del trabajador para hacerse beneficiario de la estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para lo cual se puede recurrir a cualquier medio probatorio que acredite esa condición.

Empero, tal fuero no es absoluto, ya que a pesar de que un trabajador acredite que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, esto no impide que el empleador de por terminado el contrato, si tal decisión se encuentra fundamentada en una justa causa debidamente acreditada, pues en ese caso evidentemente no se podrá presumir que la terminación del vínculo se dio como consecuencia de su estado de salud y como un acto discriminatorio, que es lo que realmente protege el artículo 26 Ibídem y por tanto el empleador no está obligado a acudir ante el Inspector del Trabajo para que se autorice el despido, pues se reitera, tal autoridad administrativa solo es competente para emitir tales permisos cuando las funciones que deba ejecutar el trabajador sean incompatibles e insuperables para ese cargo o en cualquier otro que exista dentro de la empresa empleadora. Criterio consolidado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia para lo cual se puede consultar la sentencia SL4632-2021 con Radicación No. 71386 del 06 de octubre de 2021, con ponencia del Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA⁴.

² Sentencias T-307 de 2010, T-516 de 2011, T-302 de 2013, y T-420 de 2015

³ “la Corte ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad. (Sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 41845) (...)

Así las cosas, no le asiste razón a la censura al sostener que para que el demandante pudiera ser objeto de especial protección a la estabilidad laboral, debía contar con un carné o certificación que lo identificara como minusválido o disminuido, pues tales documentos no tenían un carácter constitutivo de esa condición.

Igual situación se predica del dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, pues, de acuerdo con lo adocinado por esta sala, ese documento no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera que, en estos casos, el juez del trabajo tiene libertad probatoria. (Sentencia CSJ SL10538-2016)”

⁴ “En ese orden, conforme al actual criterio de la Corte, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo. Esto como quiera que la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la de despedir al trabajador por razón de su discapacidad,

En este asunto es claro para La Sala que si bien el actor, para el momento de la terminación del contrato (11/02/2018) se encontraba incapacitado, pues se le había otorgado incapacidades desde el día 5 de febrero de 2018 las cuales se prorrogaron hasta el día 1º de marzo de esa misma anualidad, no se demostró que antes de tal incapacidad se hubieren generado más, o que padecía alguna patología grave que lo ubicara en un estado de debilidad manifiesta, ante lo cual se debe reiterar que aun si se hubiera demostrado tal estado, si el empleador prueba que finalizó el contrato por una causa objetiva, tal decisión estaría investida de legalidad, aspecto que va ser estudiado con posterioridad en la presente providencia.

Legalidad de la terminación del contrato

Al respecto la Sala debe verificar si la terminación del contrato de trabajo celebrado por duración de la obra o labor determinada que finalizó el día 11 de febrero de 2018, se hizo porque en efecto finiquitó el contrato interadministrativo 1-07-10200-08009-2012 de 2012 celebrado con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. ESP, cuyo objeto recaía en la realización de las actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias en toda la ciudad de Bogotá DC, bajo la dirección y supervisión de la empresa contratante y al cual se supeditó la duración del tal contrato.

Al respecto, se allegó copia de la modificación No. 21 al citado contrato interadministrativo en el cual se pacta prorrogarlo hasta el día 12 de febrero de 2018 (fls. 191 y 192 del archivo denominado 01 EXP 2019-003 obrante dentro del archivo magnético visible a folio 2 del expediente); todo lo cual permite concluir que el empleador desvirtuó plenamente la presunción derivada de la aplicación del artículo 26 la Ley 361 de 1997 y demostró que la terminación del contrato no se dio en razón de su discapacidad sino por una causa objetiva esto es por la finalización de la obra o labor para la cual fue contratado el demandante, lo cual hace inviable la declaratoria de la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y todas las pretensiones derivadas de la misma.

De lo cual es pertinente indicar que desde que se celebró el contrato de trabajo se dejó claro cuál sería su duración, la cual concurriría con la vigencia del contrato interadministrativo 1-07-10200-08009-2012 de 2012. Por lo tanto, independientemente que tal contrato fue objeto de 21 modificaciones y/o prorrogas, tal situación no desnaturaliza su duración, pues tales prorrogas fueron debidamente suscritas y nunca generaron una indeterminación que lo hiciera susceptible de convertirlo en contrato a término indefinido.

por lo que, al contrario, las decisiones motivadas en una razón objetiva no requieren ser autorizadas por la autoridad administrativa laboral, quien prácticamente circunscribe su función, a la autorización de terminación del vínculo contractual cuando verifique que las actividades del trabajador son incompatibles e insuperables con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, cuya omisión implica la ineficacia del despido y sus respectivas consecuencias sancionatorias legales”.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense la suma de Cien Mil Pesos (\$100.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el día 30 de septiembre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense la suma de Cien Mil Pesos (\$100.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANA MYRIAM GUEVARA REY CONTRA COLPENSIONES Rad. 2019 00267 01 Juz 06.

En Bogotá D.C., al primer (01) día de marzo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ANA MYRIAM GUEVARA REY demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 3.

- Inclusión en la historia laboral del señor Jose Hipólito Baquero Quevedo la totalidad del tiempo laborado con las empresas Ladrillera San Jose S.A. y Arcillas San Jose S.A. liquidadas entre el 10 de enero de 1992 y el 15 de abril de 2008.
- Pensión de Sobrevivientes por el fallecimiento de Jose Hipólito Baquero Quevedo.
- Retroactivo.
- Indexación.
- Ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a fls. 4 a 6.

El señor Jose Hipólito Baquero Quevedo presto sus servicios para las empresas Ladrillera San Jose S.A. y Arcillas San Jose S.A. entre el 10 de enero de 1992 y el 15 de abril de 2008, periodo en cual fue afiliado al ISS hoy Colpensiones. La Superintendencia de Sociedades mediante auto del 14 de enero de 2010 ordenó la liquidación de las empresas Ladrillera San Jose S.A. y Arcillas San Jose S.A. proceso dentro del cual reconoció crédito a favor de Colpensiones por los aportes a pensión adeudados por esas empresas entre abril de 1995 y Enero de 2010 y como consecuencia le fue adjudicado la suma de \$3.202.782.088. Mediante escrito del 8 de enero de 2019 solicitó la inclusión en la historia laboral del señor Jose Hipolito Baquero Quevedo de las semanas omitidas por su empleador, a lo cual se negó la demandada con el argumento de que no había recibido el expediente del causante por parte del ISS. La demandada desconoce que con los pagos efectuados dentro de la liquidación

de las empresas Ladrillera San Jose S.A. y Arcillas San Jose S.A. el señor Baquero Quevedo acumula más de 1.300 semanas con las cuales deja causado el derecho a la pensión de sobrevivientes de la cual es beneficiaria la demandante, pues habían contraído matrimonio desde el 23 de noviembre de 1996 y convivieron hasta su fallecimiento acaecido el 15 de abril de 2011, además fruto de esa unión procrearon tres hijos. La pensión de sobrevivientes le fue negada mediante la Resolución SUB 53313 del 28 de febrero de 2019.

Actuación Procesal

Mediante auto del 29 de abril de 2019 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada COLPENSIONES, quien contestó como aparece a folios 148 a 159 del expediente.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo, en la cual dispuso absolver a la demandada. Llegó a tal conclusión luego de establecer que Jose Hipolito Baquero Quevedo no dejo causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, ya que aun si tiene en cuenta las cotizaciones por todo el tiempo laborado con las empresas Ladrillera San Jose S.A. y Arcillas San Jose S.A. reuniría 836,57 semanas y para el momento de su fallecimiento se requería 1.200 semanas de cotización, sumado al hecho de que la demandante no acreditó la convivencia con el causante dentro de los 5 años anteriores a su fallecimiento.

Recurso de Apelación

El apoderado **de la demandante** interpuso recurso de apelación alegando que contrario a lo considerado por la juez la demandante acreditó la convivencia con el causante, lo que hizo con los registros civiles de nacimiento de sus hijos. Agrega que el causante dejo causado el derecho a la pensión de sobrevivientes ya que había cotizado mas de 50 semanas en cualquier tiempo.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 330 a 334 del expediente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia*

deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”, el cual se limita a determinar si el señor Jose Hipolito Baquero Quevedo dejo causado el derecho a la pensión de sobrevivientes y en caso afirmativo si la demandante acredita los requisitos para que le sea reconocida tal prestación.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de documental de fecha 8 de enero de 2019 obrante a folios 10 a 12, mediante el cual la demandante solicita la corrección de la historia laboral del señor Jose Hipolito Baquero Quevedo y el consecuente reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Pensión de Sobrevivientes - Causación

Debe la Sala precisar que por la fecha del fallecimiento del causante (11/04/2011 fl. 18), las normas que gobernaban la sustitución pensional eran las contenidas en el Art. 46 de la Ley 100 de 1993 modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que consagra lo siguientes requisitos para dejar causado el derecho;

"ARTÍCULO 46. Modificado por el art. 12, Ley 797 de 2003. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

(...)

- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento ...*

(...)

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley."

Presupuestos que no cumplió el causante, pues dentro del expediente se demostró que su único empleador fue Arcillas San Jose S.A. para el cual laboró entre el 10 de enero de 1992 y el 15 de abril de 2008 (fls.22 y 28), por lo tanto, si se validaran todas las cotizaciones que se causaron durante ese vínculo laboral es claro que tan solo reuniría **4 días** de cotizaciones dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento (11/04/2008 al 11/04/2011) y **836,57** semanas en toda la vida laboral las cuales son insuficientes para acreditar el número de semanas mínimo requerido para obtener la pensión de vejez, ya que para la fecha de su fallecimiento se requerían 1.200 semanas, conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Ahora, si se quisiera aplicar la condición más beneficiosa como medianamente lo insinúa el apoderado de la parte actora se tendría que estudiar bajo el gobierno del artículo 46 de la Ley

100 de 1993¹ sin modificación, pero tampoco cumplió el causante esta exigencia legal, pues no se encontraba activo al momento de su muerte y no cotizó ninguna semana dentro del año anterior a su fallecimiento, sin que sea posible estudiar el cumplimiento del Acuerdo 049 de 1990, pues en aplicación del citado principio solo es posible remitirse a la precepto antes de la norma vigente al momento del fallecimiento².

Además se deberá cumplir con los requisitos adicionales precisados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia SL4650-2017 del 25 de enero de 2017 con radicación 45.262 cuyos ponentes fueron el Dr. Fernando Castillo Cadena y Dr. Gerardo Botero Zuluaga³ y como el causante se encontraba cotizando al momento del cambio normativo (entre Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003 deberá cumplir los siguientes;

- "a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado estuviese cotizando.***
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 29 de enero de 2003.***
- c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.***
- d) Que al momento del fallecimiento estuviese cotizando, y***
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes del deceso."***

Exigencias que tampoco cumplió el causante pues se reitera, había dejado de cotizar al sistema desde el mes de abril del año 2008 (fl. 22) y falleció con posterioridad al 29 de enero de 2006.

Todo lo cual hace innecesario estudiar si la demandante le asiste el derecho a sustituirlo, pues se reitera Jose Hipólito Baquero Quevedo no reunió en vida los requisitos para obtener la pensión de vejez, ni dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación en todas sus partes de la sentencia apelada.

¹ ***"ARTÍCULO 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:***

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;
b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARÁGRAFO. *Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley"*

² *"Ello es así, porque el principio de la condición más beneficiosa opera con referencia a aquella o aquellas disposiciones, derogadas por una norma, cuando la exigencia de esta última es más gravosa que las disposiciones derogadas. En tal caso, el intérprete deberá aplicar la condición más beneficiosa contenida en la norma inmediatamente derogada. Es decir, no se trata de escrutar indefinidamente en el pasado hasta encontrar una condición que pueda ser cumplida por quien alega el mencionado principio que le beneficie"*

³ ***"3.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo***

a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado estuviese cotizando.
b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 29 de enero de 2003.
c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.
d) Que al momento de la fallecimiento estuviese cotizando, y
e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes del deceso"

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alza estarán a cargo de la demandante. Fíjense la suma de Cien Mil Pesos (\$100.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de junio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alza estarán a cargo de la demandante. Fíjense la suma de Cien Mil Pesos (\$100.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MANUEL ANTONIO LIZARAZO RODRIGUEZ CONTRA COLPENSIONES Y PALMAS MONTERREY S.A. Rad. 2019 00515 01 Juz 12.

En Bogotá D.C., al primer (01) día de marzo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MANUEL ANTONIO LIZARAZO RODRIGUEZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y PALMAS MONTERREY S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 17.

- Declarar que existió un contrato de trabajo con PALMAS MONTERREY S.A.
- Como esa empresa no realizó los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones del 24 de enero de 1984 al 19 de mayo de 1986, se debe ordenar su pago, previo cálculo actuarial que efectúe Colpensiones.
- Facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos se describen a fl. 17.

Existió con la empresa PALMAS MONTERREY S.A. un contrato de trabajo entre el 24 de enero de 1984 y el 13 de noviembre de 2012. Esta empresa lo afilió al Sistema General de Pensiones solo hasta el 20 de mayo de 1986.

Actuación Procesal

Mediante auto del 27 de agosto de 2019 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a las demandadas. La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó como aparece a folios 32 a 36 del

expediente y **PALMAS MONTERREY S.A.** como aparece en el escrito contenido dentro del archivo magnético obrante a folio 79 del expediente.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso CONDENAR a PALMAS MONTERREY S.A. a reconocer y pagar a Colpensiones el valor del cálculo actuarial correspondiente a las cotizaciones no realizadas a favor del actor por el periodo comprendido entre el 24 de enero de 1984 y el 19 de mayo de 1986, teniendo en cuenta los salarios reportados por el empleador y que deberá acreditar ante Colpensiones, la cual tendrá a cargo la elaboración del cálculo actuarial. Llegó a tal decisión luego de establecer que se demostró que el actor laboró para la empresa desde el 24 de enero de 1984 y que si bien esa empresa solo lo afilió al ISS el 20 de mayo de 1986 porque con anterioridad no tenía cobertura en el municipio de Puerto Wilches, siguiendo el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se deben efectuar los aportes a pensión previos a la afiliación, ya que la falta de cobertura de esa entidad no genera que el empleador se sustraiga de la obligación de pagar los aportes por el tiempo laborado.

Recurso de Apelación

El apoderado **del demandante** interpuso recurso de apelación alegando que se debe condenar en costas a la demandada Palmas Monterrey S.A. pues resulto vencida en el presente proceso.

El apoderado de la empresa **PALMAS MONTERREY S.A.** interpuso recurso de apelación alegando que, contrario a lo indicado por el juez no había obligación de hacer los pagos, porque en el municipio de Puerto Wilches no hubo cobertura para el periodo por el cual se profirió condena y que en todo caso se debe tener en cuenta que los aportes al sistema general de seguridad social se deben hacer de manera compartida y el trabajador debería asumir parte del cálculo actuarial.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 110 a 118 del expediente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35

de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a determinar si esta en cabeza de la empresa Palmas Monterrey S.A. la constitución y pago del cálculo actuarial por los periodos laborados por el actor entre el 24 de enero de 1984 y el 19 de mayo de 1986, igualmente si resulta procedente imponer condena en costas en contra de esta empresa. Además, se conocerá igualmente el grado jurisdiccional de consulta respecto de los puntos en los que fue condenado Colpensiones.

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende del escrito obrante a folio 8, que contiene solicitud a Colpensiones para que haga el cálculo actuarial de las cotizaciones no realizadas al sistema general de pensiones en favor del demandante, por parte de su empleador, Palmas Monterrey S.A., por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Existencia del contrato de trabajo

No se controvierte en esta instancia que entre el demandante y la empresa demandada Palmas Monterrey S.A. existió un contrato de trabajo en las fechas ya indicadas. Así se corrobora con la certificación laboral (fl. 3).

Obligación de afiliar al extinto Instituto de Seguros Sociales

El artículo 1º del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, estableció la obligatoriedad de afiliación al régimen de los seguros sociales obligatorios para los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y para los trabajadores que presten sus servicios en empresas del sector oficial siempre que no estuvieran exceptuados por disposición legal, obligación que no fue inmediata por cuanto se hizo de manera paulatina mientras el ISS extendió su cobertura en el territorio nacional, la cual inició el 1º de enero de 1967 con la Resolución 831 de 1966 emanada de la Dirección de ese Instituto, en las jurisdicciones que a esa fecha estaban cubiertas por las Cajas Seccionales del ISS, correspondientes a Antioquia, Cundinamarca, Quindío y Valle y por las oficinas locales de Boyacá, Huila, Manizales y Santa Marta; sin que existiera obligación de afiliación en los sitios en donde no existía cobertura y consecuentemente, el reconocimiento de las prestaciones continuaban en cabeza del empleador.

En el sub examine tenemos que en la primera parte de la época en que el demandante prestó sus servicios para la compañía Palmas Monterrey S.A., no existía obligatoriedad de afiliación al extinto Instituto de Seguros Sociales en el municipio de Puerto Wilches (Santander), sino a partir del 1º de diciembre de 1992; por lo que en principio se podría decir que los tiempos laborados por Lizarazo Rodríguez, anteriores al 1º de diciembre de 1992 no son computables para una pensión del sistema general, por cuanto no se estableció una afiliación forzosa y no se podría predicar una omisión atribuible al empleador.

No obstante, los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, dispusieron la obligación de efectuar la provisión de capital necesario para el cumplimiento de los aportes al extinto Instituto de Seguros Sociales en los casos en los que la entidad asumiera la obligación pensional, razón por la que pese a que el llamado de afiliación a la seguridad social se hizo de manera paulatina y en este caso acaeció hasta el 1º de diciembre de 1992, ello no significa que la obligación haya quedado condicionada en el tiempo, por cuanto lo único que se prorrogó en el tiempo fue la transferencia de las cotizaciones al ISS.

Sobre el particular es del caso señalar que la jurisprudencia de la Máxima Corporación Laboral en recientes pronunciamientos ha sostenido que *“no por el hecho de haberse omitido la afiliación del trabajador a la seguridad social por falta de cobertura dentro de una determinada zona laboral”*, le resulta válido al empleador beneficiado con tal situación, sustraerse de efectuar los aportes correspondientes, porque tal y como lo sostiene la tesis expuesta por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL41745 de 16 de julio de 2014, donde por mayoría se varió el criterio, al empleador se le impone la obligación de pagar el cálculo actuarial en el periodo en el que no se había subrogado al ISS, que fue lo que aconteció en el sub lite.

Este criterio jurisprudencial es el que se mantiene vigente, verbigracia en la SL7251 del 4 de febrero de 2015 Rad. 45.944 y SL8647 de 1º de julio de 2015 radicado 59027 y además hace parte del consolidado por el máximo órgano de cierre, entre otras, en sentencias de Radicación 33.380 de 7 de octubre de 2008, 42.398 de 20 de marzo de 2013, el cual acoge esta Sala al margen de que en sentencias proferidas con anterioridad, ese órgano judicial se apartó de tal razonamiento y consideró que si no había cobertura del ISS en un determinado municipio, no había obligación del empleador de realizar aportes a pensión a favor de los trabajadores correspondientes y por ende, sólo era procedente imponer esta obligación cuando se viera afectado ostensiblemente el derecho pensional.

En ese orden de ideas, así el llamado a inscripción de la compañía demandada se haya hecho solo hasta el 1º de diciembre de 1992, debía hacer partidas de capital para

sufragar los aportes en pensiones de sus trabajadores y con ello garantizar su derecho a la seguridad social.

Así las cosas, como quiera que la demandada, en virtud del artículo 72 de la Ley 90 de 1946 estaba obligada a efectuar los aprovisionamientos respectivos a fin de garantizar las cotizaciones a pensión del señor Lizarazo Rodríguez, pese a haber sido llamada a inscripción solo hasta el 1° de diciembre de 1992, esta Sala de decisión **confirmará** la sentencia impugnada, porque los períodos no cotizados no pueden ser obviados, ni considerarse inútiles y menos se le pueden imponer al trabajador para que vea afectado su futuro derecho a la pensión. Pero de ninguna manera significa la asunción de pensión alguna a cargo del empleador y como es Colpensiones la entidad en donde se encuentra afiliado el demandante, es la que debe realizar el cálculo actuarial y recibir el pago por parte de la empleadora, como bien lo dispuso el juez A quo.

Calculo actuarial que se debe pagar por el empleador sobre la totalidad de la proporción de los aportes que se omitieron, porque un pago solo en el porcentaje que le correspondía al empleador afectaría un eventual derecho pensional del actor y en todo caso el empleador tampoco demostró que no hizo descuentos por concepto de aportes al sistema general de seguridad social en pensiones al trabajador en ese periodo, único escenario donde estaría obligado el demandante a efectuarlos en su respectiva proporción.

Excepción De Prescripción

Baste con decir que los aportes a la seguridad social son imprescriptibles, como lo enseña la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 35554 del 8 de mayo de 2012, con ponencia del Magistrado Francisco Javier Ricaurte Gómez y la SL 792 del 13 de noviembre de 2013 Rad. 34671 MP Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve. En esa medida es claro que prospera la excepción de prescripción.

Condena en Costas en contra de Palmas Monterrey S.A.

Frente a la censura frente a la no condena por concepto de costas en contra de la empresa Palmas Monterrey S.A., es de indicar que en efecto las costas son una consecuencia de la oposición a las pretensiones a las cuales claramente se opuso tal demandada, por lo tanto, resulta proporcional esa condena y por tanto se revocara parcialmente la sentencia frente a este aspecto.

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de **modificarse** la sentencia apelada y consultada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de la alzada estarán a cargo de la parte demandada Palmas Monterrey S.A. Fíjese la suma de \$600.000 como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - REVOCAR el ordinal sexto la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C. con fecha 5 de octubre de 2021, para en su lugar **CONDENAR** en costas a la demandada **PALMAS MONTERREY S.A.** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

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

TERCERO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de la alzada estarán a cargo de la parte demandada Palmas Monterrey S.A. Fíjese la suma de \$600.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GUSTAVO ENRIQUE MEZA CERVANTES CONTRA FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA Rad. 2019 00633 01 Juz 18.

En Bogotá D.C., al primer (01) día de marzo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

GUSTAVO ENRIQUE MEZA CERVANTES demandó al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 2 y 3 del expediente.

- Reliquidación de la primera mesada pensional a partir del 16 de mayo de 1991.
- Retroactivo.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fl. 2 del expediente.

Laboró para Ferrocarriles Nacionales de Colombia, desde el 18 de agosto de 1980 hasta el 16 de mayo de 1991, devengado como último salario la suma de \$158.381,034. Solicitó la reliquidación de la primera mesada pensional la cual fue negada mediante la resolución del 15 de enero de 2014, se encuentra amparado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Actuación Procesal

Mediante auto del 19 de diciembre de 2019 se admitió la demanda y se ordenó su notificación al demandado **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, quien contestó como aparece en el archivo magnético obrante a folios 46 del expediente.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo, en la cual dispuso absolver a la demandada. Llegó a tal conclusión luego de establecer que la pensión que le fue reconocida al actor por su empleador fue liquidada conforme la Ley 171 de 1961 y teniendo en cuenta los devengados por el actor en el último año de servicios, cuyo IBL fue debidamente indexado para el momento de su reconocimiento.

Recurso de apelación

El apoderado de la parte **demandante** interpuso recurso de apelación con el fin de acceda a la reliquidación puesto que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado el derecho de todos los pensionados a la indexación de la pensión, las cuales se deben aplicar en el presente asunto pues al actor no le fue debidamente indexada la pensión teniendo en cuenta lo devengado en el ultimo año de servicios.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 61 a 67 del expediente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a determinar si el actor tiene derecho a que se reliquide la pensión que hoy disfruta, al no haberse indexado los salarios devengados en el último año de servicios.

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de documental de fecha 18 de agosto de 2016 obrante a folios 28 a 30, mediante el cual el demandante solicita la reliquidación de su pensión como consecuencia de la indexación o actualización de todo lo devengado en el último año de servicios, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de Pensionado del Demandante

No es tema de controversia la calidad de pensionado del demandante por cuanto mediante la Resolución 3110 del 17 de noviembre de 2011 Ferrocarriles Nacionales de Colombia le reconoció al actor la pensión sanción al actor a partir del 24 de junio de 2011, en cuantía inicial de \$665.665 con base en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 y para liquidarla tuvo en cuenta un IBL de \$1.550.864,01 correspondiente al promedio de lo devengado en el último año de servicios al cual aplicó una tasa de reemplazo del 42.92%.

Indexación de la Primera Mesada Pensional

Pretende el demandante se condene a la indexación de la primera mesada pensional reconocida por su empleador Ferrocarriles Nacionales de Colombia, pues al momento de reconocerle la pensión de jubilación no tuvo en cuenta la pérdida de poder adquisitivo que sufrió su salario entre la fecha de retiro y la fecha de reconocimiento pensional.

Para determinar el punto en cuestión se anota que en la actualidad es innegable la aplicación de la corrección monetaria a las mesadas pensionales, independientemente de su carácter legal o convencional, a partir de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1.991 y así lo ha determinado la Sala Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹ de manera reiterada, al señalar que el reconocimiento de una pensión determina el mejoramiento de un derecho mínimo vital, que en nada se opone a la aplicación de los postulados constitucionales que prevén el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones legales previstos en los artículos 48 y 53 de nuestra Carta Política, la cual también se aplica en caso de que la pensión hubiese sido reconocida con anterioridad a su entrada en vigencia².

En el presente asunto, si bien pareciera innegable la procedencia de la indexación solicitada pues en efecto el actor laboró para los Ferrocarriles Nacionales hasta el 16 de mayo de 1991 y la pensión le fue reconocida a partir del 24 de junio de 2011, transcurso de 20 años que evidentemente pudo haber causado depreciación del último salario devengado, conforme las pruebas allegadas al proceso encuentra la Sala que Ferrocarriles Nacionales de Colombia, contrario a lo manifestado por la parte actora, si actualizo tal salario.

¹ Radicación No. 29022 de CESAR AUGUSTO MARTÍNEZ contra CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN.

² Corte Constitucional en la sentencia SU 1073 de 2012 ya dejó claro que todas las pensiones reconocidas antes o después de 1991 tendrán derecho a la indexación de su mesada

Para lo pertinente es preciso indicar, conforme a la Resolución 3110 del 17 de noviembre de 2011 es claro que la pensión del actor se liquidó conforme el artículo 8° de la Ley 171 de 1961³ y específicamente la parte final del inciso tercero que consagra que se "*liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios*", el cual según lo certifica la misma demanda correspondió a la suma de \$161.532 partiendo un año hacia atrás del 16 de mayo de 1991, fecha en fue desvinculado (fl. 12), valor que fue claramente indexado hasta el año 2011 pues el IBL que se tuvo en cuenta fue la suma de **\$1.550.864,01**, el cual valga la pena indicar fue correctamente actualizado, pues para tal fin se tuvo en cuenta el valor del IPC consolidado del año 1990 y del año 2010 (fl. 12) como lo ha enseñado de forma reiterada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia de la cual se puede consultar la SL5509-2016 de fecha 27 de abril de 2016, con Radicación No. 45534 cuya magistrada ponente fue el Dr. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ⁴.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia apelada.

³ “**ARTÍCULO 8º.** El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En todos los demás aspectos de la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.”

⁴ "Igualmente, esta Corporación ha enseñado que el valor de los IPC, tanto inicial como final, estos son, fecha del último salario devengado y data de estructuración del derecho pensional, respectivamente, a reemplazar en la fórmula matemática por medio de la cual se indexa el IBL, corresponden al 31 de diciembre del año anterior, fijados por el DANE, de cada uno de dichos eventos, es así como Radicación n° 45534 26 esta Corporación en la sentencia con radicado 35113 del 4 de agosto de 2009, asentó:

Lo único que le mereció queja a la entidad apelante respecto de las cuentas realizadas en el fallo de primera instancia, fue la fórmula utilizada por el A quo para la actualización de los salarios para calcular el I.B.L., pues en su criterio dicha fórmula involucra el índice de precios al consumidor de cada mes de pago de la mesada pensional como índice inicial, y que el índice final es el de la fecha en que se profiera la sentencia. Sin embargo, esto no es acertado, pues cuando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere a que el promedio salarial deber ser "actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor", lo correcto es tomar como I.P.C. inicial el correspondiente al diciembre anterior a la fecha en que se devengó el último salario y como I.P.C. final el del 31 de diciembre anterior a la fecha en que se reconozca la pensión, como procedió el Juzgado.”

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense la suma de Cien Mil Pesos (\$100.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de noviembre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense la suma de Cien Mil Pesos (\$100.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GONZALO DUARTE GOMEZ CONTRA
COLPENSIONES Rad. 2019 00666 01 Juz 28.**

En Bogotá D.C., al primer (01) día de marzo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

GONZALO DUARTE GOMEZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 6 y 7 del expediente.

- Inclusión en la historia laboral de Colpensiones los tiempos laborados con la empresa Avianca entre el 15 de abril de 1981 y 23 de noviembre de 1988 y Aerocondor Ltda entre el 01 de abril de 1982 y 31 de diciembre de 1994, así como el pago del respectivo calculo actuarial por parte de Avianca.
- Reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 6 de agosto de 2014 conforme el Acuerdo 049 de 1990.
- Intereses moratorios.
- Indexación.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 6.

Laboró para la sociedad AEROCONDOR LTDA, desde el 08 de julio de 1974 hasta el 31 de marzo de 1982 y un segundo período entre el 01 de abril de 1982 y el 31 de diciembre de 1994 y para AVIANCA desde el 19 de noviembre de 1980 hasta el 1º de abril de 1981 y entre el 15 de abril de 1981 al 23 de noviembre de 1988; sin embargo, en la historia laboral no se registran varios periodos cotizados con esos empleadores, los cuales solicitó se incluyeran en la historia laboral a lo que

Colpensiones se negó con el argumento que no tenía a su cargo la gestión de cobro de esos aportes.

El 10 de agosto de 2018 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez la cual fue negada mediante la Resolución SUB 232566 del 4 de septiembre de esa misma anualidad con el argumento de que no reúne las semanas necesarias, conteo dentro del cual no tuvo en la totalidad de los periodos laborados con las empresas Avianca y Aerocondor Ltda. Argumenta que se encuentra amparado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Consideraciones previas

Previo a hacer cualquier pronunciamiento, la Sala debe aclarar que, si bien la demanda fue interpuesta inicialmente en contra de COLPENSIONES y AVIANCA S.A., para que esta última pagara el cálculo actuarial por periodos omitidos, en el trámite del proceso la parte actora desistió de las pretensiones en contra de AVIANCA S.A. por cuanto esa sociedad canceló el cálculo actuarial lo cual se ve reflejado en la historia laboral.

Igualmente se debe aclarar que, si bien en la demanda se propuso como pretensión principal el reconocimiento de una pensión de vejez, debido a que durante el transcurso del proceso Colpensiones reconoció la pensión a partir del 1º de julio de 2016, mediante la Resolución SUB 325668 del 28 de noviembre de 2019 (fls. 94 a 100), el litigio solo continuó frente al reconocimiento del retroactivo desde el 06 de agosto de 2014 y la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta la totalidad del tiempo laborado tanto con Aerocondor Ltda como con Avianca S.A.; junto con los intereses moratorios y la indexación.

Actuación Procesal

Mediante auto del 26 de septiembre de 2019 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada COLPENSIONES, quien contestó como aparece a folios 70 a 79 del expediente.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso condenar a COLPENSIONES a incluir dentro de la historia laboral del demandante 311,7 semanas de cotización entre el 01 de abril de 1982 y el 31 de diciembre de 1994 con la empresa Aerocondor Ltda, así mismo al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 10 de agosto de 2015 conforme

los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 y el respectivo retroactivo hasta el 24 de julio de 2016, así mismo ordenó la reliquidación de la pensión desde el 25 de julio de 2016. Del mismo modo condenó al reconocimiento de intereses moratorios por el retroactivo y las diferencias pensionales causadas con posterioridad al 25 de julio de 2016. Autorizando el descuento de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas causadas entre 6 de agosto de 2014 y el 10 de agosto de 2015.

Llegó a esta determinación luego de establecer que Colpensiones omitió su deber de gestión de cobro frente a los periodos laborados por el actor con Aerocondor Ltda y específicamente en los periodos comprendidos entre el 24 de noviembre de 1988 y el 28 de enero de 1990 y entre el 10 de marzo de 1990 y el 31 de diciembre de 1994 correspondientes a 311,7 semanas con las cuales totaliza 1.542,7 semanas en toda su vida laboral, que deben ser tenidas en cuenta para reliquidar la pensión del actor conforme el Acuerdo 049 de 1990 en concordancia con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Prestación que se debió reconocer a partir del 6 de agosto de 2014 fecha en que el actor cumplió los 60 años de edad, no obstante como la reclamación de la pensión se efectuó tan solo hasta el 10 de agosto de 2018 se encuentran prescritas todas las mesadas causadas con anterioridad al mismo día y mes del año 2015. Señalo que proceden intereses moratorios por las mesadas no pagadas entre el 10 de agosto de 2015 y 24 de julio de 2016 así como por las diferencias pensionales causadas por la reliquidación pensional.

Recurso de apelación

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación con el fin de que también se profiera condena por concepto de intereses moratorios por el valor del retroactivo reconocido por Colpensiones mediante la Resolución SUB 325668 del 28 de noviembre de 2019.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 113 a 117 del expediente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto*

del recurso de apelación”, el cual se limita a determinar sí el actor tiene derecho a que se pague intereses moratorios por el valor del retroactivo reconocido por Colpensiones mediante la Resolución SUB 325668 del 28 de noviembre de 2019 además se conocerá igualmente el grado jurisdiccional de consulta respecto de los puntos en los que fue condenado Colpensiones.

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la Resolución SUB 232566 del 04 de septiembre de 2018 obrante a fls. 34 a 38, donde se reseña que el 10 de agosto de esa misma anualidad, el actor solicitó el reconocimiento pensional, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de Pensionado del Demandante

No es tema de controversia la calidad de pensionado del demandante por cuanto mediante la Resolución SUB 325668 del 28 de noviembre de 2019 Colpensiones le reconoció al actor la pensión de vejez a partir del 25 de julio de 2016, en cuantía inicial de \$932.606 con base en el Decreto 758 de 1990 y para liquidarla tuvo en cuenta 1.231 semanas y un IBL de \$1.071.960 al cual aplicó una tasa de reemplazo del 87%. De lo cual también se concluye que el demandante es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 el cual conservo en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005.

Tiempo de cotizaciones a Colpensiones

Recordemos que la entidad demandada si bien reconoció la pensión de vejez al actor teniendo en cuenta 1.231 semanas, dentro de tal conteo solo tuvo en cuenta los aportes efectuadas con la empresa Aerocondor S.A. por el periodo comprendido entre el 8 de julio de 1974 y el 31 de marzo de 1982, desconociendo los periodos reportados en mora por parte de ese empleador.

Al respecto encontramos que al proceso se allegó copia de la historia laboral del demandante, en la cual solo se registran 1.231,57 semanas cotizadas desde el 28 de mayo de 1973 hasta el 30 de junio de 2003 (fls. 89 a 91), no obstante, en la misma aparecen en mora los periodos reportados por Aerocondor Ltda entre el 24 de noviembre de 1988 y el 28 de enero de 1990 (425 días) y entre el 10 de marzo de 1990 y el 31 de diciembre de 1994 (1.732 días) para un total de 2.157 días, que corresponden a 308,14 semanas.

De lo cual se debe indicar que es inobjetable la responsabilidad que le asistía a la entidad demandada en el cobro de las cotizaciones deficitarias por parte de los empleadores morosos, obligación que no aparece cumplida pues al proceso no se allegó prueba de ello. Por el contrario, brilla por su ausencia acción administrativa alguna, encaminada al cobro de las cotizaciones insolutas, carga que no se puede trasladar al trabajador afiliado. Por tanto, la mora del empleador en el pago de los aportes a pensiones no es válida como justificación legal para desconocer cotizaciones. Al respecto, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha considerado de forma reiterada que la facultad de cobro de los aportes en mora está en cabeza de las entidades administradoras de pensiones. Entre las cuales se puede consultar la sentencia SL4539-2018, con radicado No. 54254 del 10 de octubre de 2018 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga¹.

Así las cosas, al sumar las 308,14 semanas que desconoció la entidad a las **1.231,57** reportadas (fls. 106 a 111), se totalizan **1.539,71** cotizadas en toda su vida laboral, luego es claro que reunió todos los requisitos para obtener la pensión conforme el Acuerdo 049 de 1990 y por lo tanto resulta correcto reconocerla a partir del 6 de agosto de 2014, fecha en que el actor cumplió los 60 años de edad y ya se había desafiliado del sistema, como lo indico la juez A quo, lo cual llevara a confirmar la sentencia en este aspecto.

Excepción de prescripción

Claro lo anterior es preciso resolver desde ya la excepción de prescripción propuesta por la demandada, encontrando la Sala al respecto que la exigibilidad de la pensión se produjo el 6 de agosto de 2014 fecha en que la demandante cumplió los 60 años de edad, se había desafiliado del sistema y reunía más de 1.192,14 semanas de cotización, teniendo en cuenta claro está, las semanas que omitió Colpensiones frente al empleador Aerocondor Ltda. Y como quiera que la reclamación administrativa se presentó el 10 de agosto de 2018 (fl. 34) y la demanda se presentó el día 17 de septiembre de 2019 (fl. 1), es evidente que alcanzo a transcurrir el término trienal que señala el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S. y estarían prescritas todas las mesadas causadas con anterioridad al 10 de agosto de 2015, como lo declaro la juez A quo, lo cual llevara a confirmar la sentencia en este aspecto.

¹ “Ello es así, por cuanto como lo ha sostenido esta Sala desde tiempo atrás, no puede trasladársele al asegurado las consecuencias de la omisión del empleador en el pago de los aportes y de la administradora de pensiones de efectuar las gestiones administrativas tendientes al cobro coactivo a las que por ley está obligada por mandato del artículo 24 de la Ley 100/93; de tal suerte, que su labor no consiste en el imple recaudo de aportes, sino que como administrador de esos recursos, se le impone la obligación de vigilancia a fin de que estos se hagan efectivos aun ejerciendo, de ser necesario, las acciones coercitivas pertinentes.

Sobre este punto, la Sala desde la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270 en la que rectificó su criterio, se ha pronunciado de manera reiterada y pacífica, sosteniendo que el incumplimiento de la administradora de pensiones en su deber legal de cobro al empleador moroso, conduce inexorablemente, a que responda por la prestación reclamada, decisión que se ha rememorado recientemente en la CSJ SL3399-2018...”

Liquidación de la pensión

Frente a los parámetros para liquidar la pensión debe precisar la Sala; que por ser el demandante beneficiario del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993², solo la edad y el tiempo de servicios se someterá al Acuerdo 049 de 1990, pero la forma de liquidar el IBL, es la regulada en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es que *“el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”*. Así se ha reiterado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, cuando adoctrina que el régimen de transición conservó sólo tres elementos de la normatividad que regía con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los cuales son la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y el monto de la prestación. Al respecto se puede consultar las sentencias del 17 de octubre de 2008 con radicado No. 33343³ cuyo ponente fue el Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza y la de fecha 1º de marzo de 2011 con radicación No. 40552 con ponencia del Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve⁴.

El demandante cumplió los 60 años de edad en el año 2014, luego para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, por lo tanto el IBL se debe liquidar teniendo en cuenta los aportes de los últimos 10 años o toda la vida laboral al haber cotizado más de 1.250 semanas, la que más le favorezca, no obstante como el juzgado no liquidó de manera concreta el valor de la primera mesada, la Sala liquidará la pensión, según el reporte expedido por la demandada obrante a folios 89 a 91. De donde se obtiene

² La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (Subrayado por la Sala)

³ *“Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión.”*

⁴ *“Esta interpretación del Tribunal no es correcta, toda vez que el inciso 3º de la norma en comento, no se refiere para nada a quienes les faltaba más de 10 años para adquirir el derecho, sino al contingente de personas que al momento de entrar a regir el sistema pensional de la Ley 100 de 1993 “les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho”, caso en el cual el ingreso base de liquidación será “el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.*
En efecto, al ser un hecho indiscutido que para el 1º de abril de 1994, cuando comenzó en vigor la nueva ley de seguridad social, al demandante le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, si se tiene en cuenta que la edad de 60 años la cumplió el 25 de mayo de 2004, por haber nacido el mismo día y mes del año 1944, en definitiva el IBL no era posible determinarlo con los parámetros fijados en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la forma que lo hizo el Juez de apelaciones”

que le favorece el Ingreso Base de Liquidación liquidado teniendo en cuenta los aportes de toda la vida laboral que asciende a la suma de **\$1.670.486,31**⁵ el cual aplicarle una tasa de reemplazo del 90%, arroja como mesada inicial (6 de agosto de 2014) la suma de **\$1.503.437,68**, la cual para 10 de agosto de 2015 asciende a la suma de **\$1.558.464,00**. Obteniendo como valor del retroactivo causado entre el 10 de agosto de 2015 y el 24 de julio de 2016 la suma de **\$21.862.226,40** al cual se condenará a la demandada. Todo lo cual conllevará a modificar la sentencia de primera instancia en el sentido se concretar el valor de la primera mesada pensional y el retroactivo correspondiente.

De lo cual se desprende también la procedencia de la condena impuesta por el A quo por concepto de reliquidación pensional pues claramente el valor de la mesada aquí calculada resulta superior al reconocido por la entidad demandada en la Resolución SUB 325668 del 28 de noviembre de 2019 correspondiente a \$932.606 (fl.98), lo cual llevara a confirmar la sentencia en este aspecto.

Intereses Moratorios

Frente a la causación de intereses moratorios, encuentra la Sala que en el presente caso resultan procedentes tanto por concepto del retroactivo causado entre el 10 de agosto de 2015 y el 25 de julio de 2016, como por las diferencias causadas entre el valor de la primera mesada pensional establecida en la presente sentencia y el valor reconocido por Colpensiones mediante la Resolución SUB 325668 del 28 de noviembre de 2019, pues si bien la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia había considerado que no procedían intereses moratorios frente a la reliquidaciones pensionales, en sentencia SL3130-2020 del 19 de agosto de 2020 con ponencia del Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, amplió este beneficio a este tipo de reconocimientos⁶.

⁵ Liquidación hecha con apoyo del grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, la cual se anexa a las diligencias.

⁶ “Como conclusión, la Corte encuentra suficientes razones para modificar su jurisprudencia hasta ahora vigente, y sostener que la correcta interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 permite inferir que los intereses moratorios allí consagrados proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago de alguno de sus saldos o ante reajustes ordenados judicialmente. Ahora bien, la posición que se sienta a través de esta decisión y que se justifica en líneas anteriores merece dos precisiones fundamentales.

En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe. Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas.

En segundo lugar, que los intereses moratorios sobre saldos o reajustes de la pensión deben liquidarse respecto de las sumas debidas y no pagadas, pero no teniendo como referente la totalidad de la mesada pensional. En este punto Radicación n.º 66868 SCLAJPT-10 V.00 31 es claro el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en cuanto dispone que la respectiva entidad debe pagar «la obligación a su cargo», que en este caso es el saldo debido, y «sobre el importe de ella», ese decir ese saldo, «la

Por lo que confirmará la sentencia en este aspecto pues la condena a los intereses de mora consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 es procedente y se encuentra plenamente justificada ya que la entidad desconoció sin razón alguna su obligación de gestión de cobro frente a los aportes en mora por el empleador Aerocondor Ltda y en el caso de la reliquidación es claro que desde el 31 de julio del año 2019 Avianca S.A. efectuó el pago por medio del cálculo actuarial de los aportes que adeudaba a nombre del demandante (fl. 88).

Condena que procede igualmente frente al retroactivo reconocido mediante la Resolución SUB 325668 del 28 de noviembre de 2019 pues es evidente que el actor tenía derecho al reconocimiento pensional desde la primera oportunidad que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, que según la Resolución SUB 232566 del 04 de septiembre de 2018 se solicitó el 10 de agosto de 2018.

No obstante esta Sala debe aclarar que los intereses moratorios en el presente asunto se causan por conceptos y/o sumas distintas y por periodos disimiles, ya que los causados por el retroactivo liquidado entre el 10 de agosto de 2015 y el 24 de julio de 2016 (**\$21.862.226,40**), se causan desde el 10 de diciembre del año 2018 y hasta que se efectuó su pago, ya la demandada tenía hasta esa fecha para proceder a reconocer tales mesadas, tal como lo indica el Inciso 3º del Parágrafo 1º del Art. 9º de la Ley 797 de 2003.

Por otro lado, frente al retroactivo reconocido mediante la Resolución SUB 325668 del 28 de noviembre de 2019 y que asciende a la suma de \$39.778.300 (fl. 99), los intereses moratorios proceden desde 10 de diciembre del año 2018 y hasta el 30 de noviembre de 2019 ya que su pago se efectuó en el mes de diciembre de esa anualidad, condena que asciende a la suma de **\$9.867.868**.

Y finalmente frente a las diferencias causadas entre lo reconocido por Colpensiones mediante Resolución SUB 325668 del 28 de noviembre de 2019 y el valor de la mesada aquí calculada los mismos procederán a partir de la ejecutoria de la sentencia de primera instancia y hasta que se efectuó su pago, pues se debe recordar que la pensión que se está ordenando reliquidar fue reconocida con posterioridad a la presentación de esta demanda y solo con esta sentencia se está determinado que hay lugar a reliquidarla, lo cual conllevará a modificar la sentencia

tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento que se efectúe el pago.» En los referidos términos, queda fijada la posición de la Corte en torno al tema tratado. A partir de todo lo expuesto, como en este caso no había lugar a excluir la imposición de los intereses moratorios, ni por la naturaleza de la pensión de jubilación del actor, ni por el hecho de que se adeudara solo parte de la mesada, la acusación resulta fundada y da lugar a la casación parcial de la sentencia recurrida, en cuanto confirmó la absolución impartida por el juzgador de primer grado frente a dichos rubros”

en este aspecto ya que la juez A quo no concretó las fechas de causación de esta condena.

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de **modificarse** la sentencia apelada y consultada.

COSTAS

Las de primera instancia se confirman. Sin costas en el recurso alzada ante su no causación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C. con fecha 28 de septiembre de 2021, la cual quedara así: "**PRIMERO.- CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a incluir en la historia laboral de **GONZALO DUARTE GOMEZ** 308,14 semanas cotizadas entre el 24 de noviembre de 1988 y el 28 de enero de 1990 y entre el 10 de marzo de 1990 y el 31 de diciembre de 1994 con la empresa Aerocondor Ltda, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez reconocida a **GONZALO DUARTE GOMEZ** mediante la Resolución SUB 325668 del 28 de noviembre de 2019, estableciendo como mesada inicial para el 6 de agosto de 2014 la suma de **\$1.503.437,68**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

TERCERO. - CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor de **GONZALO DUARTE GOMEZ** de la suma de **\$21.862.226,40** por concepto de retroactivo pensional causado desde el 10 de agosto de 2015 y el 24 de julio de 2016, por el cual se deberá reconocer intereses moratorios a partir del 10 de diciembre del año 2018 y hasta que se efectuó su pago, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

CUARTO. - CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor de **GONZALO**

DUARTE GOMEZ, de los intereses moratorios por el retroactivo causado por la reliquidación ordenada en ordinal 2º de la presente sentencia, a partir de la ejecutoria de la presente sentencia y hasta que se efectuó su pago, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

QUINTO. - CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** al reconocimiento y pago a favor de **GONZALO DUARTE GOMEZ**, de la suma de **\$9.867.868** por concepto de los intereses moratorios causados por el retroactivo de \$39.778.300 reconocido mediante la Resolución SUB 325668 del 28 de noviembre de 2019 los cuales se generaron entre 10 de diciembre del año 2018 y hasta el 30 de noviembre de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

SEXTO. - DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN frente a todas mesadas pensionales causadas a favor del demandante, con anterioridad al 10 de agosto de 2015, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído”.

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

TERCERO. - COSTAS: Las de primera instancia se confirman. Sin costas en el recurso alzada ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GREGORIO VALENCIA MANYOMA CONTRA UGPP Y PAR TELECOM Rad. 2019 00156 01 Juz 11.

En Bogotá D.C., al primer (01) día de marzo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

GREGORIO VALENCIA MANYOMA demandó a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP Y AL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES TELECOM** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 5 y 6.

- Pensión Sanción desde el 04 de enero de 2009.
- Retroactivo.
- Indexación.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Intereses moratorios.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a fls. 3 a 5.

Presto sus servicios para la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -Telecom entre el 14 de julio de 1980 y 26 de julio de 2003, fue desvinculado de esa entidad alegando la supresión del cargo, en la actualidad cuenta con mas de 58 años de edad, ante lo cual cumple todos requisitos para que le sea reconocida la pensión sanción establecida en el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969. El día 19 de enero de 2017 solicitó ante la UGPP el reconocimiento de la pensión la cual fue negada mediante la Resolución RDP 023721 del 6 de junio de esa misma anualidad, la cual al ser impugnada fue confirmada mediante la Resolución RDP 032072 del 11 de agosto de 2017.

Actuación Procesal

Mediante auto del 22 de enero de 2018 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a las demandadas por parte del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buga – Valle

(fls.143 y 144), la UGGP contestó como aparece a folios 148 a 159 del expediente y el PAR TELECOM como aparece a folios 299 a 304 del expediente, no obstante, se debe aclarar que mediante providencia del 25 de julio de 2018 tal juzgado declaro probada la excepción previa de falta de competencia y ordeno remitir las diligencias a este Distrito Judicial correspondiéndole continuar con el tramite al Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo, en la cual dispuso absolver a las demandadas. Llegó a tal conclusión luego de establecer que si bien en la demanda se solicita la indemnización por despido sin justa causa no efectuó la reclamación administrativa por ese concepto y por tanto no puede estudiarla de fondo. Frente a la pensión sanción consideró que el actor no reunió los requisitos del artículo 74 del Decreto 1848 de 1969 pues su desvinculación se hizo en vigencia de Ley 100 de 1993 cuando ya se había derogado tal normativa y tampoco cumplió con los requisitos del artículo 133 de la Ley 100 de 1993 pues el demandante en el tiempo que laboró para la Telecom se le afilió y cotizó a Caprecom.

La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que el fallo fue adverso a las pretensiones del demandante y ninguna de las partes interpuso recurso de apelación.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 399 a 428 del expediente.

CONSIDERACIONES

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de documental de fecha 19 de enero de 2017 obrante a folios 48 a 54, mediante el cual la demandante solicita el reconocimiento de pensión de sanción establecida en el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Existencia del contrato de trabajo

No se controvierte en esta instancia que entre la demandante y la extinta Empresa Nacional de Telecomunicaciones - Telecom existió un contrato de trabajo entre el 14 de julio de 1980

y el 26 de julio de 2003, conforme se desprende de la liquidación de prestaciones sociales y el certificado laboral expedido por el PAR Telecom (fls. 21 a 29).

Aplicación del Decreto 1848 de 1969.

Frente a la vigencia y aplicación del artículo 74 del Decreto 1848 de 1969¹, norma que pretende el demandante se le aplique, debe resaltar esta Sala que esta pensión restringida conservó su vigencia hasta el momento en el cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993 y si bien dicha norma es posible aplicarla aun después de su entrada en vigencia, solo lo es, para aquellos trabajadores que causaron el derecho antes de esa fecha, que para los servidores públicos del nivel territorial empezó a regir el 30 de junio de 1995.

Prestaciones que se causan o se estructuran a la terminación del vínculo laboral, pues la edad es apenas una condición de exigibilidad y en el presente caso se dio el 26 de julio de 2003 (fl. 21) es decir en vigencia de la Ley 100 de 1993, que contempló la pensión sanción en su artículo 133 y solo para los trabajadores que no estuvieran afiliados al sistema general de pensiones por omisión del empleador y que sin justa causa fueren despedidos con 10 años o más de servicios². Por consiguiente concluye la Sala que no es posible aplicarle al

¹ “**ARTÍCULO 74.- Pensión en caso de despido injusto.**

1. El empleado oficial vinculado por contrato de trabajo que sea despedido sin justa causa después de haber laborado durante más de diez (10) años y menos de quince (15), continuos o discontinuos, en una "o varias entidades", establecimientos públicos, empresas del estado, o sociedades de economía mixta, de carácter nacional, tendrá derecho a pensión de jubilación desde la fecha del despido injusto, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido. (Declarada nula la frase que dice: "... o varias entidades..." entre comillas. Consejo de Estado, fallo del 12 de noviembre de 1981).

2. Si el despido injusto se produjere después de quince (15) años de los mencionados servicios, el trabajador oficial tiene derecho a la pensión al cumplir los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si entonces tiene cumplida la expresada edad.

3. Si el trabajador oficial se retirare voluntariamente después de quince (15) años de los supradichos servicios, tendrá derecho a la pensión cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

4. La cuantía de la pensión de jubilación, en todos los casos citados en los incisos anteriores, será directamente proporcional al tiempo de servicios, con relación a la que habría correspondido al trabajador oficial en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

5. La pensión a que se refiere este artículo, así como los pensionados en cuanto a sus deberes y derechos, se regirá, en todo lo demás, por las disposiciones pertinentes de este Decreto y del Decreto 3135 de 1968”.

² **ARTÍCULO 133. PENSIÓN SANCIÓN.** El artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, quedará así:

El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los

demandante el Decreto 1848 de 1969 como lo pretende y si bien sería admisible asimilar la norma pretendida a lo consagrado en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que tampoco el actor cumplió los requisitos para el reconocimiento de la pensión bajo ese precepto, ya que se demostró que por el tiempo en que laboró para Telecom el demandante, se hicieron cotizaciones con destino a Caprecom (fl. 59) y por consiguiente no se cumple con el primer requisito contemplado en esa normativa cual es que el trabajador no esté afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador.

Aspectos que han sido materia de pronunciamiento por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples decisiones, dentro de los que se encuentra la sentencia SL 17704-2015 de fecha 2 de diciembre de 2015 con radicación No. 66.685 Magistrada Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo³.

Indemnización por despido sin Justa Causa

últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor certificada por el DANE.

PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado.

PARÁGRAFO 2o. Las pensiones de que trata el presente artículo podrán ser conmutadas con el Instituto de Seguros Sociales.

PARÁGRAFO 3o. A partir del 1o. de enero del año 2.014 las edades a que se refiere el presente artículo, se reajustarán a sesenta y dos (62) años si es hombre y cincuenta y siete (57) años si es mujer, cuando el despido se produce después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, y a sesenta (60) años si es hombre y cincuenta y cinco (55) años si es mujer, cuando el despido se produce después de quince (15) años de dichos servicios.

³ “Pues bien, de tiempo atrás la Sala sentó su posición frente al tema, al definir que la pensión restringida establecida en el art. 8 de la L. 171/1961 frente a los trabajadores oficiales, conservó su vigencia hasta el momento en el cual entró en vigencia la L. 100/1993. Así, se ha pronunciado entre otras, en la sentencia CSJ SL, 5 feb. 2009, rad. 35251, donde señaló:

Ahora bien, bajo esta órbita, empieza la Sala por advertir que el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, consagró tanto para trabajadores oficiales como particulares la pensión proporcional de jubilación, en las modalidades de pensión sanción para cuando estos fueren despedidos sin justa causa con más de 10 años de servicio y menos de 20, continuos o discontinuos, y la pensión restringida, cuando se retiraren voluntariamente con más de 15 años y menos de 20 de servicio; es decir que el género es la pensión proporcional de jubilación y las especies la pensión sanción y la pensión restringida. Dicha normatividad fue modificada para los trabajadores del sector privado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, y en ello tiene razón la censura, en el sentido de que se mantuvo para los trabajadores oficiales, hasta la entrada en vigencia del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que nuevamente se refirió a ambos trabajadores, particular y oficial, ocupándose únicamente de la pensión sanción para los no afiliados al sistema general de pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa fueren despedidos con 10 años o más de servicios.

Tal razonamiento, ha sido reiterado por la Sala entre otras, en sentencias CSJ SL, 10 mar. 2009, rad. 33600; CSJ SL, 9 mar. 2010, rad. 36269, y CSJ SL, 13 de junio de 2012, rad. 48303.

Y en más reciente pronunciamiento efectuado en la providencia CSJ SL773-2013, señaló:

(...) Se afirma lo anterior, por cuanto el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, consagró tanto para trabajadores oficiales como particulares la pensión de jubilación, en sus dos modalidades a saber: pensión sanción en caso de despido sin justa causa y más de 10 años de servicio y menos de 20, continuos o discontinuos, y la restringida por retiro voluntario, con más de 15 años y menos de 20 de servicio. Esa normativa fue modificada para los trabajadores del sector privado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, pero se mantuvo para los trabajadores oficiales hasta la entrada en vigencia del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que nuevamente se refirió a unos y otros trabajadores y precisó, que a la pensión sanción tendrían derecho los no afiliados al sistema general de pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa fueren despedidos con 10 años o más de servicios. (...)

En ese orden de ideas, toda vez que vínculo laboral feneció el 27 de junio de 1999, esto es, después de la entrada en vigencia la L. 100/1993, es el art. 133 ibídem el que regula la pensión reclamada por el actor, pues como se ha reiterado por esta Sala, este tipo de prestaciones se causan o se estructuran a la terminación del vínculo laboral (CSJ SL6446-2015). (...)

De conformidad con lo anterior, y como en realidad se acreditó dentro de la litis la afiliación al ISS del actor durante los extremos temporales del vínculo laboral conforme el «REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES», diáfano resulta que, a la luz del precepto aplicable al caso, no le asistía derecho a la prestación reclamada”

Frente a esta pretensión resulta acertada la decisión del juez A quo de no estudiarla de fondo, ya que en efecto en la reclamación administrativa que en su momento hizo el demandante, no elevó tal pretensión (fls. 48 a 54), lo cual impidió que la demandada se pronunciara al respecto previo a la presentación de la demanda y por tanto hace que el juez pierda competencia para conocer y resolver ese asunto.

Son suficientes las anteriores razones para confirmar la sentencia consultada.

COSTAS

Sin lugar a ellas en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá del 17 de agosto de 2021 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS. Sin lugar a ellas en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE TOMAS ENRIQUE LEON SICARD CONTRA FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ JORGE TADEO LOZANO Rad. 2019 00579 01 Juz 09.

En Bogotá D.C., al primer (1er) día de marzo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

TOMAS ENRIQUE LEON SICARD demandó a la **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ JORGE TADEO LOZANO** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 58 a 61 del expediente.

- Se declare la existencia de múltiples contratos de trabajo entre 01 de septiembre de 1975 al 21 de febrero de 1988.
- Cálculo actuarial por los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, no efectuados por la demandada según lo disponga Porvenir.
- Costas del proceso.
- Facultades ultra y extra petita.

Los hechos se describen a fls. 54 a 58 del expediente.

Nació el 11 de septiembre de 1954, se afilió al sistema general de seguridad social en pensiones desde el 02 de abril de 1972. Presto sus servicios para la demandada mediante múltiples contratos de trabajo vigentes entre el 1º de septiembre de 1975 y 15 de diciembre de 1999 en distintos cargos y funciones, siguiendo las ordenes e instrucciones impartidas por la demandada, cumpliendo un horario y recibiendo una remuneración. No obstante, en muchos de esos periodos el empleador no le pago los aportes a pensión. El 1º de octubre de 2018 elevo petición ante la demandada buscando el pago del cálculo actuarial por los aportes omitidos.

Actuación Procesal

Mediante auto del 23 de enero de 2020 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ JORGE TADEO LOZANO, quien contestó como aparece a folios 145 a 182 del expediente.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso DECLARAR que entre las partes existieron varios contratos de trabajo a término fijo y en los siguientes periodos entre: el 1º de septiembre y el 30 de diciembre de 1975, 2 de marzo y el 30 de junio de 1976, 16 de agosto y el 17 de diciembre de 1976, 1º de septiembre de 1982 y el 31 de agosto de 1983, 17 y 25 de octubre de 1983, 1º de septiembre de 1983 y el 31 de agosto de 1984, 3 de septiembre de 1984 y el 15 de enero de 1986, 20 de enero de 1986 y 19 de enero de 1987, así mismo un contrato a término indefinido entre el 18 de enero de 1988 y el 21 de febrero de 1988. Y como consecuencia condeno a la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE BOGOTA JORGE TADEO LOZANO a reconocer y pagar a Porvenir S.A. el valor del cálculo actuarial correspondiente a las cotizaciones no realizadas a favor del actor en vigencia de los citados contratos, teniendo en cuenta los salarios devengados en esos periodos. Llegó a tal decisión luego de establecer que se demostró que el actor laboró para la institución demandada entre otros en los periodos en los cuales se declararon los contratos, los cuales en su mayoría reconoce la demandada que en efecto existieron, no obstante, en los periodos en que las partes suscribieron contratos de prestación de servicios concluyó que se demostró que en realidad existieron contratos de trabajo. Vinculaciones en que el empleador omitió el deber de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y por tanto debe pagar el cálculo actuarial que liquide el fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado el actor.

Recurso de Apelación

La apoderada **de la demandada** interpuso recurso de apelación alegando que muchos de los contratos que se están declarando son reconocidos por esa parte, pero no obstante dentro de sus archivos no encontró la prueba de que se hicieron los respectivos aportes, sin que existiera la obligación de conservar tales soportes y siendo consciente de tal responsabilidad elevo solicitud ante Colpensiones en aras de pagar los aportes que se adeudaran, petición que fue negada con el argumento de que el demandante no aparecía con afiliación previa por parte de esa Universidad, por lo que solo procedería la condena por concepto de cálculo actuarial en los periodos en que no se registra pago de tal obligación. Agrega que contrario a lo considerado por la juez, las vinculaciones que estuvieron regidas por contratos de prestación de servicios entre el 1º de septiembre 1982 hasta el 31 de agosto de 1983, entre 1º de septiembre de 1983 hasta el 31 de agosto de 1984, entre el 3 de septiembre de 1983 hasta el 15 de enero de 1986 y entre el 20 de enero de 1986 hasta el 19 de enero de 1987 fueron eso y no contratos de trabajo realidad, ya que los mismos se desarrollaron con total independencia y sin subordinación alguna, sin que debiera cumplir con una jornada laboral impuesta y como contraprestación recibió honorarios y que si bien recibía unos parámetros, el cumplimiento del objeto de cada uno de los proyectos dependió

de él demandante como contratista, lo cual se demostró con la prueba testimonial, labores que claramente eran de investigación y que por su conocimientos específicos siempre se desarrollan bajo este tipo de vinculación. Finalmente alega que se debe tener en cuenta que entre las partes se suscribió el 16 de diciembre de 1999 una conciliación ante el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá la cual fue aprobada por esa autoridad en las cuales se concilió todo derecho que se pudiera derivar de los vínculos que tuvo el demandante con la universidad y en la cual se le reconoció una bonificación.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 206 a 216 del expediente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a determinar si resulta procedente la condena por concepto de cálculo actuarial ordenada en contra de la demandada.

Vinculaciones laborales entre las partes

No se controvierte en esta instancia y se ratifica con las certificaciones y documentales obrantes a folios 14 a 20 del expediente que entre las partes existieron las siguientes vinculaciones regidas por un contrato de trabajo:

- 1º de septiembre al 30 de diciembre 1975.
- 2 de marzo al 30 de junio de 1976.
- 16 de agosto al 3 de diciembre de 1976.
- 15 de agosto 1980 al 15 agosto de 1982.
- 17 al 25 de octubre de 1983.
- 18 de enero de 1988 al 15 de diciembre 1999.

Adicionalmente, según esas mismas documentales el actor presto servicios a favor de la demandada en los siguientes periodos:

- 1º de septiembre de 1982 al 31 de agosto de 1983.
- 1º de septiembre de 1983 al 31 de agosto de 1984.
- 3 de septiembre de 1984 al 15 de enero de 1986.
- 20 de enero de 1986 al 19 de enero de 1987.

De los cuales según la universidad demandada fueron prestados bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios.

Claro lo anterior entrara inicialmente la Sala a determinar si como lo alega la parte actora estas últimas vinculaciones, en realidad estuvieron regidas por un contrato de trabajo, luego de lo cual se determinará la procedencia de las condenas por concepto de cálculo actuarial.

Prestación de Servicios y subordinación

No se controvierte en esta instancia que el demandante presto servicios y suscribió varios contratos con la universidad demandada, denominados "*Contrato de prestación de servicios profesionales independientes*" en los siguientes periodos; 1º de septiembre de 1982 al 31 de agosto de 1983, 1º de septiembre de 1983 al 31 de agosto de 1984, 3 de septiembre de 1984 al 15 de enero de 1986 y 20 de enero de 1986 al 19 de enero de 1987. De los cuales, la parte demandada alega que tales servicios se prestaron de forma autónoma en virtud de contratos autónomos de prestación de servicios.

Al punto, se debe resaltar lo dispuesto en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, el cual determina que "*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*". Así se consagra una ventaja probatoria a favor del trabajador, en virtud de la cual, una vez se acredite la prestación del servicio, se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al empleador, a quien le corresponde desvirtuar la presunción, demostrando que la relación estuvo desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, debe probar la autonomía del servicio prestado. Por lo tanto, corresponde examinar la subordinación del demandante, en cuanto que la demandada sostiene que su demandante ejercía las labores en forma independiente, en virtud de un contrato de carácter civil.

Al respecto fueron recaudados dentro del debate probatorio los testimonios de los señores Abdón Cortes Lombana y Luis Andrés Vega Barón, quienes al unisonó manifestaron que a pesar de que el actor celebro múltiples contratos de prestación de servicios con la universidad para ejecutar diferentes proyectos de investigación, siempre estuvo supeditado a las ordenes impartidas por los directivos de la universidad, entre ellos el propio testigo Cortes Lombana quien indicó haber sido su profesor y posterior jefe, subordinación que también se presentaba en los proyectos de investigación en los cuales participo el actor como investigador científico y en virtud de los cuales tenía que viajar durar largos periodos en los municipios donde se desarrollaban, los proyectos se tenían que seguir al pie de la letra y tenía que cumplir una jornada laboral que iniciaba a las 7:00 o 7:30 am y hasta las 5:00 o 5:30 pm e inclusive se superaba tal horario, en los contratos celebrados siempre se especificaba que funciones tenían que cumplir, la mayoría de elementos que se necesitaban

para ejecutar los proyectos los suministraba la universidad, el horario que tenían cumplir inclusive si estaban en Bogotá, la universidad inclusive les había asignado una oficina dentro de la universidad, que el demandante no podía delegar sus funciones a ninguna otra persona o investigador y se hacían pagos fijos sin importar las labores efectuadas.

Manifestaciones que permiten inferir el elemento esencial de continuada subordinación y dependencia del accionante frente a la demandada, puesto que se le exigía la permanencia en ciertos lugares y escenarios, el seguimiento de las directrices fijadas por los superiores y la permanente disposición en la prestación del servicio, componentes que sin duda alguna se salen de la órbita del contrato de prestación de servicios caracterizado precisamente por la autonomía técnica y administrativa y la liberalidad en su ejecución.

De lo anterior se concluye que la empresa demandada no logró demostrar que los servicios que le prestó el demandante se hicieron en virtud de otro tipo de vinculación diferente a un contrato de trabajo, siendo de su carga hacerlo. Por lo tanto, se confirmará la sentencia frente a la declaratoria de los contratos de trabajo en los periodos relacionados.

Obligación de pago de cálculo actuarial

El artículo 1º del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, estableció la obligatoriedad de afiliación al régimen de los seguros sociales obligatorios para los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y para los trabajadores que presten sus servicios en empresas del sector oficial, siempre que no estuvieran exceptuados por disposición legal, obligación que no fue inmediata por cuanto se hizo de manera paulatina mientras el ISS extendió su cobertura en el territorio nacional, la cual inició el 1º de enero de 1967 con la Resolución 831 de 1966 emanada de la Dirección de ese Instituto, en las jurisdicciones que a esa fecha estaban cubiertas por las Cajas Seccionales del ISS.

De lo cual debe indicarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterada en su jurisprudencia al establecer que es obligación del empleador responder por todas las omisiones de afiliación y/o cotizaciones, esto es sin importar la razón que tuvo para dejar de afiliar al trabajador, ya sea; *"por falta de cobertura del sistema de seguridad social, por omisión pura y simple del empleador, por la creencia del empleador de no encontrarse regido por una relación laboral, e independientemente de si el contrato de trabajo se encontraba vigente o no cuando entró a regir la Ley 100 de 1993"*. Para lo cual se puede consultar las sentencias SL14388-2015 del 20 de octubre de 2015 con Radicado No. 43.182 con ponencia del Dr. Rigoberto Echeverri Bueno y reiterada en la SL14215-2017 del 6 de septiembre de 2017 con Radicado No. 51.461 con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo¹.

¹ 2.3. No afiliación por omisión pura y simple del empleador.

Finalmente, ante situaciones de omisión de la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, a pesar de la vigencia clara de una relación laboral, como en el caso que hoy se analiza, la Corte ha precisado la orientación que tenía, encaminada a trasladarle la responsabilidad al empleador, para dar cabida también al reconocimiento de las prestaciones por las

Así las cosas, es claro que le asistía la obligación a la universidad demandada como empleador del demandante de afiliarlo al sistema general de seguridad social en pensiones y efectuar los aportes respectivos durante la vigencia de cada uno de los vínculos laborales que existieron entre estos, para lo cual es importante resaltar que según la historia laboral del actor expedida por Colpensiones obrante a folios 10 a 12 del expediente, la demandada solo afilió al actor a pensiones desde el 15 de agosto de 1980, luego de lo cual aparecen aportes en los siguientes periodos: desde esa fecha hasta el 15 de agosto de 1982, 22 de febrero de 1988 al 30 de abril de 1991, 01 de mayo de 1991 al 31 de diciembre de 1994, 01 de enero al 31 de diciembre de 1995, 01 de enero al 30 de junio de 1996, 01 al 31 de julio de 1996, 01 de agosto al 31 de diciembre de 1996 y entre el 1 de enero y el 31 de octubre de 1997.

De lo cual se concluye que de los contratos de trabajo aceptados por la demandada no se efectuaron cotizaciones en las siguientes vigencias:

- 1º de septiembre al 30 de diciembre 1975.
- 2 de marzo al 30 de junio de 1976.
- 16 de agosto al 3 de diciembre de 1976.

respectivas entidades de seguridad social, con el consecuente recobro e integración de las cotizaciones y recursos, a través de cálculos actuariales.

En la sentencia CSJ SL16715-2014, la Corte precisó la orientación vertida en la sentencia CSJ SL646-2013, bajo el entendido de que, ante realidades como la expedición del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la respuesta más acoplada al sistema de seguridad social, ante omisiones en la afiliación, es el cubrimiento de las prestaciones por el sistema de pensiones, con el recobro de los recursos a los empleadores, a través de un cálculo actuarial. En la mencionada sentencia, se dijo al respecto: Los hechos anteriores permitirían afirmar que la pensión estaría a cargo de la entidad bancaria demandada, sino fuera porque en el asunto bajo examen es necesario distinguir entre una afiliación tardía al sistema pensional, efectuada al poco tiempo de iniciada la relación laboral, de la abstención completa de afiliación durante todo el tiempo de duración del contrato de trabajo, o cuando es ostensiblemente tardía, últimos dos eventos en los cuales el ordenamiento jurídico colombiano asignaba al empleador la obligación de reconocer y pagar la pensión de vejez en las mismas condiciones en las que lo hubiera asumido el sistema general de pensiones.

En tanto que en la primera de las situaciones descritas, es decir, una afiliación tardía o una simple omisión parcial de cotizaciones, podía el empleador cancelar lo adeudado juntos con los réditos causados, dejando en cabeza del sistema la obligación de asumir la prestación de vejez.

Sin embargo, el artículo 9 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de 2003, estableció la posibilidad de sumar el tiempo de servicios con empleadores omisivos en la afiliación al sistema general de pensiones, a través del pago de un título pensional a favor de la entidad de seguridad social, con base en el cálculo actuarial que ésta elabore.

[...]

Por manera que la obligación de reconocer la pensión de vejez en el asunto bajo estudio, corresponde al sistema general de pensiones, siempre y cuando se cumpla con los requisitos para ello, esto es, que el tiempo durante el cual el Banco demandado no afilió al actor al ISS, no obstante tener la obligación legal de hacerlo, resulte suficiente para el cómputo de las semanas mínimas necesarias con miras a la pensión de vejez, hecho que se puede hacer efectivo a través del mecanismo previsto en la Ley 797 ibídem y en su decreto reglamentario citado. (Resalta la Sala)

[...]

Por virtud de lo anterior, se repite, la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado hasta encontrar una suerte de solución común a las hipótesis de «omisión en la afiliación» al sistema de pensiones, guiada por las disposiciones y principios del sistema de seguridad social, que no se aleja diametralmente de la que se sostiene frente a situaciones de «mora» en el pago de los aportes, pues, en este caso, se mantiene la misma línea de principio de que las entidades de seguridad social siguen a cargo del reconocimiento de las prestaciones.

Ahora bien, aquí y ahora, para la Corte resulta preciso reivindicar la mencionada orientación y evolución en su jurisprudencia, pues el mencionado traslado de responsabilidades entre entidades de la seguridad social – para pago de las pensiones - y empleadores – para pago de cálculos actuariales -, es el que resulta más adecuado a los intereses de los afiliados y el más acoplado a los objetivos y principios del sistema de seguridad social.

[...]

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.

Ahora bien, para la Sala resulta pertinente aclarar que la solución a las problemáticas de omisión en la afiliación que se ha descrito, es predicable respecto de pensiones causadas tanto en vigencia de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, como en vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003.

- 17 al 25 de octubre de 1983.
- Y del contrato vigente entre 18 de enero de 1988 al 15 de diciembre 1999, faltaría los aportes causados entre el 18 de enero y el 21 de febrero de 1988 y entre 1° de noviembre de 1997 hasta el 15 de diciembre de 1999.

Por lo que resulta valedera y proporcional la orden de constituir y pagar el respectivo calculo actuarial en los siguientes periodos y contratos:

- 1° de septiembre al 30 de diciembre 1975.
- 2 de marzo al 30 de junio de 1976.
- 16 de agosto al 3 de diciembre de 1976.
- 17 al 25 de octubre de 1983.
- Y entre el 18 de enero y el 21 de febrero de 1988.

Calculo actuarial que también resulta procedente por la vigencia de los contratos de trabajo que fueron declarados por la Juez A quo entre 1° de septiembre de 1982 al 31 de agosto de 1983, 1° de septiembre de 1983 al 31 de agosto de 1984, 3 de septiembre de 1984 al 15 de enero de 1986 y entre el 20 de enero de 1986 al 19 de enero de 1987, en los que claramente no medio afiliación ni pago alguno de aportes a pensión a favor del actor. Lo cual llevara a confirmar la sentencia en este aspecto.

De lo cual se debe aclarar, que no procede tal calculo actuarial por el periodo comprendido entre el 1° de noviembre de 1997 hasta el 15 de diciembre de 1999, ya que para ese contrato existe una afiliación previa desde el 22 de febrero de 1988, fecha desde la cual hizo cotizaciones de manera continua hasta el 31 de octubre de 1997 y al no haberse efectuado novedad de retiro, lo que existió fue una omisión de aportes, frente a la cual el empleador debe efectuar el pago de aportes más sus respectivos intereses y no mediante calculo actuarial, pues tal sanción solo procede cuando hay omisión en la afiliación, lo cual no ocurrió en este específico periodo, aportes frente a los cuales es posible que el fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado el actor, haga la respectiva gestión de cobro, como bien lo concluyo la Juez A quo.

Efectos de la conciliación celebrada entre las partes

Finalmente debe aclarar la Sala que si bien las partes celebraron una conciliación el 16 de diciembre de 1999 ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad en cual pactó la terminación del vínculo o vínculos que existieron entre estos desde septiembre de 1975 y se después del reconocimiento de la suma de \$102.970.344 se declararon a paz y salvo por todo concepto derivado de esos contratos (fls. 34 y 35 del expediente), lo cierto es que los aportes a pensión por los cuales se está profiriendo condena son derechos ciertos e indiscutibles frente a los cuales no se puede conciliar o transigir, por consiguiente al margen

de la validez de tal conciliación frente los demás aspectos pactados, no es posible aplicar los efectos de cosa juzgada frente a los aportes al sistema general de seguridad social.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación en todas sus partes de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense la suma de Un Millón de Pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de agosto de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense la suma de Un Millón de Pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GINA BELISARIA ARRIAGA SALAS
CONTRA COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2020 00059 01 Juz 19.**

En Bogotá D.C., al primer (01) día de marzo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

GINA BELISARIA ARRIAGA SALAS demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 7.

- Ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado a Colpensiones de las cotizaciones y todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación.
- Continúe pagando la pensión en caso de que la haya reconocido hasta que Colpensiones continúe con su pago.
- Costas del proceso.
- Ultra y Extra petita.

Los hechos se describen a fls. 3 a 7.

Comenzó a cotizar al régimen de prima media desde febrero de 1987 y febrero de 1996. El 30 de septiembre del 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Colpatria hoy Porvenir. Los asesores de la AFP Colpatria por medio de engaños la persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual e intimidándola con que el ISS iba a desaparecer. Además, según proyección efectuada, en caso de continuar en el régimen de ahorro individual obtendría una mesada inicial de \$828.117 muy inferior

a la que obtendría si estuviera afiliada al régimen de prima media que sería de \$2.054.544. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

Actuación Procesal

Mediante auto del 06 de febrero de 2020 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a los demandados, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó como aparece a folios 177 a 190 del expediente y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** como aparece a folios 210 a 231 del expediente.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar ineficaz el traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir y ordenó a esta a devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos, gastos de administración y todo dinero que pudo haber recibido. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Colpatria hoy Porvenir no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es, ilustrando suficientemente a la afiliada sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, reuniendo así todos los elementos para declarar la ineficacia del traslado, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de Apelación

El apoderado de **Porvenir** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque la demandante se trasladó de régimen de manera libre y voluntaria suscribiendo los formularios que exige la ley. Sumado a que durante todos estos años no manifestó ninguna oposición o inconformidad con su afiliación al régimen de ahorro individual, además tuvo la oportunidad de leer, preguntar y asesorarse lo suficiente para solicitar el traslado de régimen dentro de los distintos plazos establecidos en la ley, los cuales fueron informados por esa AFP a la accionante por distintos medios de comunicación. No resulta proporcional la orden de devolver los gastos de administración porque se hacen por disposición legal y se estaría lucrando la demandante sin justificación y en todo caso al no ser parte de las mesadas pensionales estarían prescritos y bajo ese presupuesto también la demandante tendría devolver los rendimientos de sus aportes.

El apoderado de **Colpensiones** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia porque la demandante se trasladó de régimen de manera libre y voluntaria y prueba de ello es el formulario que suscribió, única exigencia vigente para la fecha de traslado. Agrega que en todo caso la ignorancia de la ley no puede servir de excusa cuando era deber de la demandante indagar y averiguar las implicaciones de su decisión, más si tiene en cuenta que la demandante es abogada y que se debe tener en cuenta que la ineficacia del traslado puede llegar a afectar la sostenibilidad del régimen de prima media, pues el reconocimiento de una pensión a la demandante va descapitalizar el sistema, sumado a que la demandante se encuentra incurso en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 282 a 297 del expediente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*, el cual se concreta en establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la condena a restituir las sumas de gastos de administración, así como la prosperidad de la excepción de prescripción frente a este concepto.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 64, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES respecto a la ineficacia del traslado de régimen, radicada el 11 de octubre de 2019, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la actora, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada a régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 30 de septiembre del 1996 cuando solicitó su vinculación a la AFP Colpatria hoy Porvenir a la cual se encuentra actualmente vinculada (fls. 55).

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen, la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP Colpatria hoy Porvenir no suministró suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al punto, aparece que si bien la actora el día 30 de septiembre de 1996 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colpatria (fl. 55), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones; conforme a la jurisprudencia, es claro que el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante, como se pretende en el recurso.

Lo anterior es así, porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministrara información veraz y suficiente, en la cual se dejaran claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

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

² *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma*

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se generó un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada, entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyectara, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, y cuya carga correspondía a la AFP demandada.

Nada de lo anterior demostró la AFP Colpatria hoy Porvenir, ya que se limitó a allegar el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora y si bien manifiesta que previo al traslado le suministró a la demandante una información general donde explicaban los beneficios del régimen, la cual según se logró determinar con el interrogatorio de parte, Porvenir no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen.

libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”

³ *“Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto”*

⁴ *“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención. En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”

De lo anterior se puede concluir que no se suministró a la demandante una información clara, concreta para su caso en particular y suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, en la cual quedarán claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación que suscribió con la AFP, pues lo que se observa es una total desinformación sobre los requisitos para pensionarse y ello permite concluir que no se le dio una información real y concreta; además de que no se le indicó la posibilidad que tenía de volver al RPM ni la edad hasta la cual tenía esta opción ni se le indicaron las opciones para su caso en particular a fin de establecer cuál era la mejor; lo que demuestra que la información suministrada no fue suficiente, toda vez que no le indicaron cuáles eran los aportes que debía realizar y el capital que necesitaría ahorrar para obtener la pensión.

Por lo anterior, al efectuar una valoración conjunta de los medios probatorios, no hay duda que COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. no demostró haber expuesto a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad.

Por lo tanto, a consideración de La Sala la falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma, ni siquiera por la permanencia por un lapso prolongado de tiempo en el RAIS, sin que se le pueda endilgar obligación alguna a la demandante, pues la obligación se encontraba en cabeza de la AFP demandada, ni tampoco por el hecho de que la demandante es Abogada ya que el nivel de estudios de una persona no lo hace conocedora de todas las implicaciones de un traslado de régimen pensional, o porque en alguna oportunidad esa entidad informó de la posibilidad de traslado en un comunicado de prensa publicado en diarios de alta publicación, pues esta no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en él, ya que ese comunicado de prensa nunca explica las consecuencias e implicaciones de continuar en el régimen de ahorro individual.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello

Calderón⁵, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la Ley no autoriza su traslado, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4426 de 2019 al indicar:

*“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”.*

En cuanto a los actos de relacionamiento que se indican en el recurso no son de recibo, toda vez que al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en la sentencia SL 853-2022 lo siguiente:

"Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sanea con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos.”.

En cuanto la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, es de tener en cuenta que no se trata de un traslado

⁵ “ Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

de régimen, sino de la ineficacia del traslado realizado, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, régimen al que se encontraba vinculada antes del traslado al RAIS, por lo que procede la declaratoria de la ineficacia del traslado y la devolución a COLPENSIONES de los aportes con sus rendimientos y las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguro previsional.

Igualmente, es preciso indicar tal como lo manifiesta la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que:

"El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales".

En consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de la AFP a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera del fondo público y tampoco generan un enriquecimiento injustificado a favor del fondo público, como se indica en la sentencia SL2877-2020:

"El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida."

Igualmente, en sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, donde se dijo:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]"

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado."

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Es en razón a lo anterior, que COLPENSIONES debe recibir nuevamente a la demandante como afiliada al RPM, pues no se trata de que el acto jurídico surtió efectos inter partes o que esa entidad es un tercero ajeno al acto del traslado, sino que al ser declarado que el cambio de régimen de la accionante al RAIS es ineficaz, ello trae como consecuencia que se debe privar a dicho traslado de todos sus efectos, bajo la ficción jurídica de que el traslado nunca se dio, o lo que es igual, que la actora siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida; razón por la cual COLPENSIONES debe tenerla como afiliada al RPM.

Conforme a las consideraciones anteriores se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 05 de noviembre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ORDINARIO NO. 2021 00701 01. JUZ. 3º. DE NANCY TIRADO MUÑOZ
CONTRA BANCO ITAU CORPBANCA S.A.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (03:00 p.m.), el Magistrado ponente en asocio de los restantes Magistrados con quienes integra la Sala de decisión declaró abierta la presente audiencia pública. El Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión que da cuenta la presente acta, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

NANCY TIRADO MUÑOZ demandó al BANCO ITAU CORPBANCA S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a Fls. 1 y 2, 83 y 84.

- Se declare la reliquidación de la mesada pensional de la actora en forma vitalicia teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año, con los incrementos de ley, el retroactivo debidamente indexado y la mesada adicional de junio igualmente con la indexación.
- Se condene al pago de la reliquidación de la mesada pensional reconocida a la demandante en forma vitalicia teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales que devengó en el último año de servicios, con los incrementos anuales de ley y el retroactivo debidamente indexado.
- Se condene al pago de la mesada adicional de junio al ser subrogado el régimen de prima media con prestación definida, debidamente indexado.
- La indexación de las sumas a que sea condenada y que no sean objeto de condena a intereses moratorios.
- Facultades ultra y extra petita
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a Fls. 3 a 8 y 85 a 89 que se resumen de la siguiente manera: Que la señora NANCY TIRADO MUÑOZ trabajó para el BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO, BANCO SANTANDER HOY BANCO ITAU CORPBANCA S.A. por más de 20 años (4 de febrero de 1980 al 7 de febrero de 2000) y que en la convención colectiva se pactó el reconocimiento de la pensión convencional para los empleados del banco que cumplieran 50 años si es mujer y 55 si es hombre, después de 20 años de servicios continuos o discontinuos en la institución y que quien cumpliera 30 años de servicios cualquiera que fuera la edad tendría derecho a la pensión de jubilación.

Que el Banco debió tener en cuenta para liquidar la pensión el auxilio de transporte convencional, las bonificaciones extralegales, los viáticos y los ajustes por bonificación de retiro, entre otros y al momento del retiro devengaba \$675.073 y en el último año de servicios devengó \$6.667.218,97; Auxilio de incapacidad por \$582.673,88; por trabajo nocturno una

suma de \$16.758,53; un subsidio de transporte por \$278.157,19, más bonificación extralegal mesadas adicionales de junio y diciembre por \$935.866,50 y \$1.052.847 respectivamente y otros valores que eran de naturaleza salarial y que debieron ser tenidos en cuenta al momento de efectuar la liquidación de la mesada pensonal y que le fueron reconocidos a otros pensionados.

Que al momento de la subrogación pensonal la demandante sufrió un detrimento en sus ingresos, por lo que radicó solicitud de reliquidación ante la demandada el 3 de octubre de 2016.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad mediante auto del 16 de julio de 2018 (Fl. 99), corrido el traslado y notificada la demandada contestó en los términos del escrito visible a Fls. 122 a 132.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Aceptó los hechos relacionados con la vinculación laboral, el tiempo de servicios y el reconocimiento de la pensión, así como el pago de la mesada adicional de junio y de la diferencia entre la pensión reconocida y la otorgada por vejez a partir del mes de marzo de 2010 y la reclamación presentada. Manifestó que no son ciertos los demás.
- Formuló como excepciones previas las de cosa juzgada y prescripción y como excepciones de fondo las de cosa juzgada, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación y prescripción.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 4 de agosto de 2021 (fls.206 a 208) en la que declaró probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada y absolvió al BANCO ITAU de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y remitió el expediente para surtir el grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver tuvo en cuenta la cláusula convencional, artículo 54 del convenio colectivo de la que concluyó que el derecho consagrado procede cuando se reúnan los requisitos de tiempo de servicio y edad mientras se encuentre en vigor el vínculo laboral, lo que no ocurre en éste caso, en que a la demandante se le reconoció la pensión de forma voluntaria y de manera transitoria cuando ella contaba con 46 años de edad y que ella aceptó en el interrogatorio de parte que no estaba afiliada al sindicato, por lo que no cumplía los requisitos para una pensión convencional como tampoco para la pensión legal, por lo que la pensión reconocida se rige por el acta de conciliación suscrita entre las partes el 9 de febrero de 2000 ante el Ministerio de Trabajo de Cartagena, en la que se estableció que a partir del 8 de febrero de 2000 recibiría una pensión convencional transitoria en una suma inicial que fue determinada en el acta, hasta que cumpliera los 55 años de edad, fecha en que debería reclamar la pensión de vejez al ISS y a partir de ese momento la empleadora reconocería solo el mayor valor entre la pensión que venía recibiendo y la reconocida por vejez. Señaló que en la conciliación mencionada se acordó exactamente el valor de la mesada pensonal, por lo que al haber sido objeto del acuerdo no había lugar a reliquidarla.

Indicó que las partes acordaron el reconocimiento de una pensión transitoria, más conocida como pensión anticipada, por cuanto para el momento del retiro la actora no cumplía los

requisitos establecidos en la convención por lo que no era procedente aplicar el contenido de la convención para efectos de reliquidar la pensión.

En cuanto a la mesada 14, la demandante manifestó en el Interrogatorio de parte que le era cancelada por el ISS, por lo que no había lugar a esta prestación a cargo de la demandada y citó la sentencia SL2679 de 2021 respecto a que la conciliación es un mecanismo legítimo para la finalización de los conflictos y que hace tránsito a cosa juzgada siempre que no esté afectado por vicios del consentimiento, lo que no ocurre en el presente proceso y razón por la que declaró probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada.

CONSULTA

Se conoce del presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPTSS que establece su procedencia para las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario si no fueren apeladas.

Alegatos ante este tribunal

Parte demandante: No presentó alegatos.

Parte demandada: No presentó alegatos.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del proceso en el grado jurisdiccional de consulta y para resolver se tendrá en cuenta que el objeto del proceso es la reliquidación de la pensión transitoria reconocida a la demandante mediante acta de conciliación suscrita ante el Ministerio del Trabajo, tomando para el efecto, todos los factores salariales devengados por la actora durante el último año de servicios

Conforme al acta de conciliación suscrita entre la actora y el Banco Santander (antiguamente Banco Comercial Antioqueño) el día 9 de febrero de 2000 (Fl. 22 a 25), se estableció que la trabajadora había prestado sus servicios entre el 4 de febrero de 1980 y el 7 de febrero de 2000 con un sueldo a la fecha de desvinculación de \$675.073 y respecto al reconocimiento pensional acordaron que los riesgos de invalidez, vejez y muerte estarían a cargo del ISS o una entidad de seguridad social sometidos a los requisitos de cotizaciones y edad señalados en las normas legales. En ella se indicó: "Sin embargo, el banco le empezará a pagar a partir del 8 de febrero de 200 una pensión convencional transitoria de jubilación por valor de \$619.492 mensual", que se continuaría reconociendo hasta que ella cumpliera los 55 años de edad el día 10 de septiembre de 2009, fecha a partir de la cual la pensión sería sustituida por la pensión de vejez.

La demandante en su escrito solicita se declare que la entidad demandada no tuvo en cuenta la totalidad de los salarios devengados en el último año de servicios sobre la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida conforme a la convención colectiva por lo que se revisa el artículo 54 de la convención (Fl. 183) conforme a la cual "todo empleado del Banco que llegue o haya llegado a los 55 años de edad si es varón y a los 50 años si es mujer, después de 20 años de servicios continuos o discontinuos a la institución, tendrá derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación que se computará sobre el salario promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro, sin tener en cuenta bonificaciones y especifica los porcentajes de acuerdo a los salarios.

En el presente caso, no se reconoció a la demandante la pensión convencional establecida en el artículo 54 del Acuerdo Convencional vigente desde 1991 (Fl. 165 a 201) lo que no es objeto de la demanda, pues lo que aquí se pretende no es el reconocimiento de la pensión convencional, sino la reliquidación de la pensión que le fue reconocida mediante conciliación celebrada el 9 de febrero de 2000, por lo que no puede aplicarse al caso lo dispuesto en la convención, toda vez que en el acta de conciliación, se dispuso claramente que se reconocía la pensión de jubilación de manera "transitoria" y determinó, cuál sería el valor a pagar a partir del 8 de febrero de 2000 y no se indicó allí que se liquidaría en los términos de la convención colectiva; la que tampoco contempla la pensión anticipada o transitoria y además se indicó que los riesgos de vejez, invalidez y muerte estarían a cargo de la entidad de seguridad social.

El acta suscrita por la actora difiere de la conciliación que fue aportada y que se suscribió con otra trabajadora pensionada, pues en el acta aportada (fl. 29) se estableció que se reconocía en "porcentaje del 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de labores", sin determinar cuál sería el valor de la mesada pensional, como si sucedió en el caso de la demandante en que se determinó el valor inicial de la pensión que se reconocía, razones por las que le asiste razón al A-quo en cuanto a que no es procedente la reliquidación de la pensión solicitada en la demanda.

Respecto de la excepción de cosa juzgada planteada por la parte demandada, es necesario tener en cuenta que se pretende otorgar a las sentencias un carácter definitivo, lo que impide a los jueces decidir sobre una discusión que ya ha sido resuelta en sede judicial y con ello otorgar seguridad jurídica, esto es efectos erga omnes.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-774/01 afirmó:

"[...] Para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere:

*- **Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.*

*- **Identidad de causa petendi** (eadem causa petendi), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito (sic) a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.*

*- **Identidad de partes**, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada [...]"*

Sobre la excepción de cosa juzgada, señaló la Corte Constitucional en la tutela T-819 de 2009, lo siguiente:

"(...) En tal sentido, recuerda la Sala que la acción de tutela no puede servir de instrumento para revivir controversias que fueron resueltas con anterioridad, cuya decisión ha hecho tránsito a cosa juzgada; y mucho menos para controvertir interpretaciones objetivas y razonables de los órganos de cierre sobre esa materia. En efecto, esta Corporación ha reiterado en varias oportunidades que la preservación de los principios de autonomía e independencia judicial, y de respeto a las jurisdicciones naturales, impone reconocer que,

frente a una interpretación razonable de una disposición jurídica, el juez de tutela debe abstenerse de adoptar medidas anulatorias¹⁹⁹¹. De manera concreta la Corte Constitucional en sentencia T-588 de 2005 señaló:

(...)

Así, desde el punto de vista interpretativo, es obviamente 'contrario al principio de autonomía judicial, - uno de los pilares y presupuestos del Estado de Derecho - que el juez de tutela tenga la facultad de dejar sin efecto las decisiones válidamente producidas por otros jueces, con el argumento de una disparidad de criterios en la lectura de una norma¹⁹⁹¹'.

Conforme a lo expuesto, al no tratarse de una pensión convencional y a que no pueden aplicarse al caso las normas allí establecidas, sino que se debe atener a lo que fue pactado en el Acta de conciliación, en la que se reitera no incluyó como factor salarial para la liquidación el valor del promedio de vengado en el último año de servicios, que pretende la actora, y en consecuencia se analiza si se cumplen los requisitos para que se presente la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada.

Para que se predique la existencia de la institución de la cosa juzgada, como se ha reiterado en la jurisprudencia, deben coincidir la identidad de personas o sujetos, de modo que se trate del mismo demandante y del mismo demandado; de objeto o cosa pedida, esto es, del beneficio jurídico que se solicita o reclama, y de causa para pedir, es decir, que el hecho jurídico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado sea el mismo (CSJ SL, 23 oct. 2012, rad. 39.366 reiterada en SL6097-2015).

Lo anterior, de conformidad con la norma que consagra el fenómeno de la cosa juzgada, artículo 303 del Código General del Proceso que se aplica por analogía según el artículo 145 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, que exige para su declaratoria que «el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes».

Conforme a las pruebas aportadas y específicamente al acta de conciliación que obra a folios 22 a 25, es claro que NO se cumplen los requisitos señalados anteriormente, por cuanto si bien existe identidad de partes toda vez que BANCO SANTANDER es hoy BANCO ITAU CORPBANCA S.A., pero los hechos que llevaron a conciliar si bien son los relacionados con el tiempo de servicios que prestó la demandante a la entidad, en la demanda se manifiestan como hechos que no se tuvieron en cuenta factores salariales y el objeto de la conciliación fue el reconocimiento de la pensión transitoria de jubilación, mientras que el objeto del proceso, es la reliquidación de la pensión que le fue reconocida en la conciliación, por lo que no existe identidad de causa ni de objeto.

En estas condiciones se **modificará** la sentencia de primera instancia objeto de la consulta en cuanto a que se revocará el ordinal primero que declaró probada la excepción de cosa juzgada para en su lugar declarar NO probada la excepción de cosa juzgada y se confirmará el ordinal segundo que absolvió a la demandada de todas las pretensiones de la demanda.

COSTAS. – Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESOLVE

PRIMERO: MODIFICAR la providencia objeto de consulta de fecha 4 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto a **REVOCAR** el ordinal primero para en su lugar declarar no probada la excepción de cosa juzgada y **CONFIRMAR** el ordinal segundo que **ABSOLVIÓ** a la demandada BANCO ITAU CORPBANCA S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Carretera-Salalá Laboral

23 FEB -7 AM 8A38

2021-12-17

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

000000

7-11-1962

SALVÓ VOTO