



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 1100131050312021900686-02

En Bogotá D.C., hoy veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Reliquidación pensión de Sobrevivientes cónyuge y compañera permanente – Tiempo proporcional de convivencia.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, en contra de la sentencia proferida el 12 de enero de 2023, por el Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MANUELA ISABEL VIOLA CEPEDA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con la vinculación de la litisconsorte necesaria **AURA EMILIA CHIRIVI DE PEÑA**.

ANTECEDENTES

MANUELA ISABEL VIOLA CEPEDA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se reconozca que mediante la resolución SUB203865 del 31 de julio de 2018, COLPENSIONES, resolvió el derecho a la sustitución pensional pretendido por ella y la señora Aura Emilia Chirivi; que, se reconozca que, mediante la resolución SUB225518 del 24 de agosto de 2018, se resolvió la reposición presentada por Aura Emilia Chirivi; que, se reconozca que mediante resolución SUB263788 del 08 de octubre de 2018, se resolvió la reposición presentada por ella y se concedió el recurso de apelación; que, se declare que, mediante la resolución DIR19361 del 31 de octubre de 2018, al desatar el recurso de apelación, COLPENSIONES, desconoció u omitió medios probatorios para una legal liquidación de su mesada pensional.

En consecuencia de lo anterior, pide que se condene a COLPENSIONES, a reconocer la sustitución pensional, reconocida a su favor, por el fallecimiento del señor Carlos Enrique Peña, desde el 01 de enero de 1995 y hasta el 21 de mayo de 2018, lo que correspondería a un 47.43% del derecho; que, se condene a COLPENSIONES, a pagar las diferencias causadas, debidamente indexadas; que, se reliquide desde julio de 2018, la sustitución pensional de carácter conmutada, otorgada al causante a través de la resolución 3060 del 10 de noviembre de 2010, junto con el pago de las diferencias indexadas; que, se reajuste la sustitución pensional y la pensión conmutada, otorgadas a la cónyuge del fallecido, señora Aura Emilia Chirivi; que, se ordene el pago de 21 SMLMV, a título de daño moral, por la omisión probatoria deliberada en que incurrió COLPENSIONES; que, se conceda la ultra y extra petita, junto con las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el señor CARLOS ENRIQUE PEÑA, falleció el 21 de mayo de 2018, por lo que, el 06 de julio de 2018, reclamó ante COLPENSIONES, la sustitución pensional, dada su convivencia con el causante desde enero de 1998 y hasta su fallecimiento; que, en julio de 2018, la empresa COSINTE, firma investigadora contratada por COLPENSIONES, le realizó una visita, para verificar su relación sentimental y la convivencia con el fallecido; que, el 08 de julio de 2018, la señora AURA EMILIA CHIRIVI, también se presentó a reclamar el derecho pensional.

Refirió que, luego de conocerse el resultado de la investigación, COLPENSIONES, a través de la resolución SUB203865 del 31 de julio de 2018, decidió otorgarles la sustitución pensional en un 36.19% a su favor y en un 63.81% para la señora Chirivi; que, contra esa decisión interpuso el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación, para que se incluyera la mesada pensional aceptada por resolución ISS 3060 del 10 de noviembre de 2010, conmutada con el Banco Cafetero; además que se tuviera en cuenta un mayor tiempo de convivencia con el causante, como se logró determinar con seis (6) declaraciones extrajuicio, presentadas ante esa Administradora, pues, comenzó a vivir con el señor Peña desde el 01 de enero de 1995, pero, al momento de su reclamación no incluyó ese tiempo por cuanto desconocía que la convivencia simultánea también se contaba para efectos pensionales; que, adjuntó 9 declaraciones más, rendidas por el causante, donde constaba su convivencia desde esa data. Sin embargo, COLPENSIONES, confirmó su decisión mediante la resolución SUB225518 del 24 de agosto de 2018; que solicitó la intervención de la Procuraduría General de la Nación y el 08 de octubre de 2018, allegó otras 5 declaraciones juramentadas de sus vecinos, para demostrar su convivencia con el causante desde enero de 1995.

Indicó que, por medio de la resolución SUB263788 del 08 de octubre de 2018, COLPENSIONES, le reconoció un mayor tiempo de convivencia,

desde enero de 2000 al 18 de mayo de 2018, pero no le modificó el porcentaje de distribución de la mesada, pese a que la señora AURA EMILIA CHIRIVI, no convivió con el causante durante los últimos 18 años de su vida, pero contaba con sociedad conyugal vigente; que, el 10 de octubre de 2018, insistió ante COLPENSIONES, en la valoración de las 9 declaraciones rendidas por el causante y las de los vecinos, que daban cuenta de su convivencia desde enero de 1995; que, la investigación adelantada por COLPENSIONES, no contiene afirmaciones verdaderas, ni tampoco se le permitió acceder a las pruebas presentadas por la cónyuge del fallecido; que, COLPENSIONES, desató el recurso de apelación, con la resolución DIR13931 del 31 de octubre de 2018, sin tener en cuenta los medios probatorios allegados con posterioridad.

Informó que, el señor Carlos Enrique Peña, gozaba de dos pensiones, una de jubilación otorgada por la resolución 068 del 09 de marzo de 1995 del Banco Cafetero, que fue reajustada y conmutada por el ISS y, la pensión de vejez, reconocida a través de la resolución 2553 del 25 de febrero de 2022; que, si bien el fallecido, convivió con la señora AURA EMILIA PEÑA, desde su matrimonio y hasta el 01 de enero de 1995, en adelante no hubo ninguna convivencia, y sólo la visitaba cuando iba a ver a sus hijos, sin que sostuvieran ninguna relación, siendo la actora, quien atendió a su compañero hasta cuando, por el cáncer que padecía, falleció en su domicilio; que, el causante, le solicitó a COLPENSIONES, que, el pago de sus mesadas pensionales, se hiciera únicamente a ella, pues, fue víctima de constantes maltratos por parte de Aura Emilia Chirivi, que llevaron a la ruptura de su relación en el año 1993, lo cual fue aceptado por COLPENSIONES, el 20 de septiembre de 2013.

Aseguró que, de acuerdo con el tiempo real de convivencia con el causante, tiene derecho al 47.43% de la pensión de sobrevivientes; y que, la injustificada omisión de COLPENSIONES, para reconocer el derecho pensional de forma adecuada, le ha causado unos perjuicios que deben ser resarcidos por ésta (fls. 375-390 Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, dio contestación en término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, aceptó la mayoría de los hechos; y, en su defensa alegó que, los actos administrativos expedidos por esa Administradora, se encuentran ajustados a Derecho, pues, la demandante, no demostró la convivencia desde la fecha alegada, por lo que, no hay lugar a variar el reconocimiento pensional en los términos ya establecidos. Propuso las excepciones denominadas prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no procedencia al pago de costas en Instituciones

administradoras de Seguridad Social del orden público y las demás excepciones que se encuentren probadas y puedan ser declaradas de oficio por el Juez (fls. 395-405 y 411-412 Archivo 01).

Por auto del 28 de noviembre de 2019, se ordenó la vinculación al proceso de la señora **AURA EMILIA CHIRIVI DE PEÑA**, en calidad de litisconsorte necesario (fl. 391 Archivo 01); ésta fue notificada y dio contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, pues, no hay claridad en que exista una fecha cierta que dé certeza absoluta de la convivencia de la demandante, con el causante, antes del 21 de mayo de 2008, por lo que no es procedente que COLPENSIONES, mejore el derecho de pago de la mesada pensional de la accionante; que, equivocadamente, la actora, reclama el reajuste de dos pensiones, omitiendo que la conmutación pensional, es un proceso en el que la administradora de pensiones recibe a un grupo de jubilados, pensionados, y trabajadores del empleador, en contraprestación de un pago que representa el valor de las obligaciones pensionales futuras, por lo que, la pensión conmutada no puede ser objeto de ninguna clase de reclamación. Formuló las excepciones previas de falta de jurisdicción o competencia, falta de legitimación por activa, ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, resueltas en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, celebrada el 22 de febrero de 2021 (Archivos 17-18); y las de fondo, que llamó cobro de lo no debido y falta de técnica jurídica (Archivo 14).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de enero de 2023, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante MANUELA VIOLA CEPEDA, a las demandadas COLPENSIONES y a la llamada integrar la litis AURA CHIRIVI, comoquiera que, la pensión de sobrevivientes que está siendo reconocida y pagada por COLPENSIONES y la sustitución conmutación compartida han sido canceladas en debida forma, tanto a la cónyuge supérstite AURA CHIRIVI en cuantía de un 63.9% como a MANUELA VIOLA CEPEDA en cuantía de un 36.1%; condenó en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la **demandante**, interpuso recurso de apelación, argumentando que, las 12 declaraciones extraproceso allegadas al plenario, refirieron que el inicio de convivencia entre el causante y la actora, lo fue desde el año de 1995, sin que la *a quo*, haya valorado en debida forma dicha documental; que, las fechas declaradas por el fallecido, respecto a la convivencia con la señora

Viola, no eran coincidentes, porque se rendían en años diferentes, resultando apenas razonable que, cuando han transcurrido varios años de convivencia, los tiempos no tienden a ser exactos, más aún cuando no se trata de un matrimonio, que si tiene una tarifa legal para su prueba; que, el único testigo presentado por la litisconsorte necesario, fue tachado por animadversión de éste con el causante y la actora, lo que debió corroborarse con un audio obrante en el expediente de COLPENSIONES y una carta; que, en el proceso quedó plenamente demostrado, que el único esposo que tuvo la señora Manuela Viola, fue el causante y no otro, como lo manifestó el testigo hijo del causante; que, si bien aparece una escritura pública donde se indica como nombre de la demandante MANUELA ISABEL VIOLA DE ARIAS, se trata de un error, cuya corrección se ha solicitado en múltiples oportunidades; que, no se valoró en debida forma la declaración de la señora Martha Cujar, por no haber asistido al matrimonio cristiano del causante, lo que de ninguna manera puede restar validez a los demás aspectos de su testimonio. Pidió el apoderado que, de ser necesario, se decrete ese testimonio en Segunda Instancia y se le permita a la deponente aportar unos documentos que la *a quo*, no le permitió incorporar al proceso, pese a la posibilidad que tenía de hacerlo.

También señaló que, frente a la testigo Beatriz Elena Viola Cepeda, la Juez de Instancia, se negó a valorar su declaración por contradicciones, sin embargo, ella era sobrina de la testigo y claramente manifestó que de 1995 a 1999, conoció al señor Carlos Enrique Peña y fue a Barranquilla, donde lo presentaron como el compañero de la actora, ante toda la familia; que, el análisis de los medios probatorios, se debe centrar en la convivencia de la pareja Peña – Viola, de 1995 a 1999, pues, no existió ninguna controversia respecto a su convivencia entre 2000 y 2018; que, se revise la declaración de Alexander Valdez, quien si bien fue contradictorio en su dicho, era menor de edad para la época y dijo que los hechos habían ocurrido hace más de 26 años; reiteró que sus pretensiones están encaminadas a la reliquidación de la mesada pensional sustituida.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la demandante, insistió en que COLPENSIONES, pretermitió totalmente 9 declaraciones juramentadas de convivencia rendidas por el causante Carlos Enrique Peña y 3 declaraciones juramentadas con las que se acreditaba plenamente la convivencia reclamada desde enero de 1995, omisión en la que también incurrió la Juez de Primer Grado, quien además hizo una indebida valoración probatoria, no tuvo en cuenta los argumentos de la tacha del testigo convocado por la señora Aura Emilia Chirivi; solicitó, la intervención del Ministerio Público, para evitar que COLPENSIONES, incurra en conductas sancionables o violatorias del orden público, económico y social.

COLPENSIONES, solicitó confirmar la sentencia impugnada, pues, esa Administradora, no tiene la facultad para practicar pruebas y decidir el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes cuando dos solicitantes, por separado reclaman el mismo derecho.

La señora AURA EMILIA CHIRIVI, también pidió confirmar la decisión de Primer Grado, pues, aunque la demandante, pretendió demostrar una convivencia de 23 años, 8 meses y 16 días, eso resultó imposible, pues se evidenciaron claras inconsistencias fundamentales entre las pruebas documentales y lo señalado en el interrogatorio de la demandante y lo manifestado en audiencia por sus testigos; dijo que, en virtud de lo señalado por la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL457 de 2020, ni las declaraciones extraproceso, ni las fotografías, son instrumentos que demuestren el tiempo de convivencia, quedando claro que, el señor Carlos Peña, compartió lecho, techo y mesa de manera ininterrumpida con ella desde el 31 de enero de 1969 hasta el 06 de julio de 2001 y que la convivencia con la señora Manuela Isabel Viola, inició desde el 2001 hasta el día de su fallecimiento, como ya se determinó por COLPENSIONES, al momento de reconocer el derecho pensional.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala, a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por la demandante, la Sala, deberá establecer, si resultó acertada o no la decisión de la Juez de Primer Grado, que le negó a la actora, el derecho a la reliquidación de la sustitución pensional, para lo cual se deberá verificar el tiempo de convivencia del causante, con su cónyuge AURA EMILIA CHIRIVI y con su compañera permanente MANUELA ISABEL VIOLA CEPEDA.

DE LA CONDICIÓN DE PENSIONADO DEL CAUSANTE Y LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL

No fue objeto de discusión en el plenario que mediante la resolución 068 del 09 de marzo de 1995, ajustada a través de la 0325 del 30 de diciembre de 1997, el BANCO CAFETERO, le reconoce una pensión de Jubilación de carácter compartida al señor CARLOS ENRIQUE PEÑA, a partir del 26 de diciembre de 1994, en cuantía de \$789.838; tampoco que, a través de la resolución No. 002553 del 25 de febrero de 2002, el ISS, le otorgó una pensión de Vejez de carácter compartida con el Banco Cafetero, efectiva a partir del 29 de junio de 1999, en cuantía de \$1.173.894; ni que, a través de

la resolución 018 del 17 de febrero de 2003, el Banco Cafetero – BANCAFE, ordenó la deducción de la pensión de vejez reconocida por el ISS de la jubilación pagada por BANCAFE a partir del 29 de junio de 1999, quedando a cargo de dicha entidad únicamente la diferencia entre las dos prestaciones, ni que, por la resolución 3060 del 10 de noviembre de 2010, el ISS aceptó la conmutación de las obligaciones pensionales a cargo del BANCO CAFETERO S.A. EN LIQUIDACIÓN, dentro de las cuales se incluyó la pensión de jubilación otorgada al señor PEÑA.

También se demostró que, CARLOS ENRIQUE PEÑA, falleció el 21 de mayo de 2018; y que, el 08 de junio y 06 de julio de 2018, se presentaron a reclamar la sustitución pensional, las señoras MANUELA ISABEL VIOLA CEPEDA, en condición de compañera permanente y AURA EMILIA CHIRIVI DE PEÑA, como cónyuge supérstite, por lo que, a través de la resolución SUB 203865 del 31 de julio de 2018, confirmada por las resoluciones SUB 225518 del 24 de agosto de 2018, SUB 263788 del 08 de octubre de 2018 y DIR19361 del 31 de octubre de 2018, COLPENSIONES, decidió reconocer la pensión de sobrevivientes, a favor de las reclamantes, AURA EMILIA CHIRIVI PEÑA, en un 63.81% y para MANUELA ISABEL VIOLA CEPEDA en 39.19%.

DE LA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Insiste la demandante, en que el porcentaje en que debió ser reconocida la sustitución pensional de causante CARLOS ENRIQUE PEÑA, a su favor es de 47.43%, pues, su convivencia con éste comenzó en enero de 1995; sin embargo, ni COLPENSIONES, ni la juez de Primer Grado, valoraron en debida forma las pruebas allegadas y practicadas en el proceso, que así lo demostraban.

Al respecto, teniendo en cuenta que el señor PEÑA, falleció el 21 de mayo de 2018, como da cuenta el registro civil de defunción allegado al plenario; cualquier reajuste al derecho a la pensión de sobrevivientes, debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por el 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, normas vigentes al momento de su deceso, y que disponen:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. 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 al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones...”*

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;*

b) *En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

*En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. **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...”* (Negrilla fuera de texto).

Ordenamiento del que fácil es colegir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre, la convivencia por un lapso no inferior a 5 años, entendida esta como “*comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado*”¹. Convivencia real y efectiva que entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común, excluyéndose de tal modo los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida; y que, para el caso de la cónyuge supérstite, separado de hecho, pero con el vínculo matrimonial vigente, podrá acreditarse, en cualquier tiempo, mientras que, para la compañera o compañero permanente, deberá serlo por

¹ CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605

lo menos dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante.

En este sentido, ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicado 41637 del 24 de enero de 2012, que el requisito de la convivencia por cinco años con el fallecido podrá acreditarse por la cónyuge en cualquier tiempo, siempre y cuando permaneciera el lazo matrimonial vigente, independientemente de que existiere una separación de hecho, ya que:

“no es posible desconocer que el aparte final de la norma denunciada, evidencia que el legislador respetó el concepto de unión conyugal, y ante el supuesto de no existir simultaneidad física, reconoce una cuota parte a la cónyuge que convivió con el pensionado u afiliado, manteniéndose el vínculo matrimonial, aun cuando existiera separación de hecho.

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

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

Ahora, en caso de disputa del derecho pensional, entre la cónyuge supérstite con vínculo matrimonial vigente y la compañera permanente, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se hará en proporción al tiempo convivido con el causante y que se logre acreditar por cada una en el plenario, en los términos del inciso 3 del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003.

Descendiendo entonces al caso bajo estudio, la demandante, alegó que convivió con el causante desde el 01 de enero de 1995, para acreditar su dicho, allegó al plenario, declaraciones extraproceso del 19 de julio de 2007, donde dijo el fallecido, convivir con la actora desde hace 12 años; del 04 de diciembre de 2008; del 08 de junio, 07 de septiembre y 03 de diciembre de 2009, 05 de junio, 13 de septiembre y 09 de diciembre de 2010, donde el causante, manifestó que convivía con la señora VIOLA CEPEDA, “desde hace 15 años”; del 17 de septiembre de 2013, donde el señor CARLOS

ENRIQUE PEÑA, le solicitó a COLPENSIONES, “pagar y/o entregar la pensión a la que tengo derecho, a la señora Manuela Isabel Viola Cepeda (...) con quien tengo una convivencia permanente de más de quince años”; y, del 19 de abril de 2017, donde el causante, declaró que “DESDE HACE APROXIMADAMENTE (20) VIENTE AÑOS CONVIVO CON LA SEÑORA MANUELA ISABEL VIOLA CEPEDA”; declaración extraproceso, de la demandante, rendida ante la Notaría 62 del Círculo de Bogotá, el 06 de julio de 2018, donde indicó que, “conviví con CARLOS ENRIQUE PEÑA (...) desde hace más de 20 años, periodo comprendido entre el mes de enero de 1998 y hasta la fecha de su fallecimiento el día 21 de mayo de 2018 a las diez horas diecisiete minutos (10:17 a.m.), que la convivencia se desarrolló en la ciudad de Bogotá DC por este tiempo, compartiendo domicilio, residencia, habitación y demás derecho y obligaciones propias de una relación sentimental”; certificado de matrimonio celebrado el 10 de febrero de 2000, entre CARLOS ENRIQUE PEÑA y MANUELA ISABEL VIOLA CEPEDA, ante la Iglesia Cristiana Todos para Cristo; informen técnico de investigación COLCO-127083 para COLPENSIONES, de fecha 19 de septiembre de 2018, realizado con el objeto de verificar la convivencia de MARCELA ISABEL VIOLA CEPEDA con el señor CARLOS EDUARDO PEÑA, quien “indica que convivió con el causante desde el año 1995 hasta la fecha del fallecimiento razón por la cual se requiere confirmación de dicha declaración; más aún cuando en ID 108274 se indica que la convivencia fue a partir del año 2000”, para lo cual entrevistó a la demandante, quien informó:

“haber sido compañera sentimental del causante Carlos Enrique Peña, desde el año 2001 hasta el 17 de septiembre del año 2017 fecha de fallecimiento del causante, de cuya unión no tuvieron los (sic) hijos ...

Manifestó que conoció al causante en el año 1993 por intermedio de un amigo en común, cuando el causante trabajaba como Gerente en el banco Bancafé, sostuvieron una relación de noviazgo por unos meses, posterior a ello sostuvieron una relación amorosa por 6 años, desde el año 1994 hasta el año 2001 cuando el causante se separó de su primera esposa y es desde ese momento que decir (sic) convivir en unión libre.

Se conoció que los implicados se casaron a escondidas por medio de la religión cristiana el día 10 de febrero de 2000 (matrimonio que no se encuentra registrado ante notaria), fecha en la cual sostenían una relación sentimental, más no de convivencia.

(...)

De acuerdo a la observación de Colpensiones, se tiene en cuenta la solicitud realizada por la señora Manuela Viola, donde declara que al momento de entregarle la resolución pensional no se tiene en cuenta algunos años de convivencia con el causante; motivo por el cual instaura el derecho de petición actual en el cual declara que la convivencia fue desde el año 1994, más sin embargo, esto no fue posible confirmar pues según las pruebas aportadas por ella, la convivencia en pareja inició en el año 2001; así mismo se tiene en cuenta la falta de testigos familiares del causante que corroboren los años de convivencia entre la pareja.

(...)

CONCLUSION GENERAL

SI SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Manuela Isabel Viola Cepeda, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la investigación administrativa.

De acuerdo con la información verificada, coteja de documentación, entrevistas: se logró confirmar que el señor Carlos Enrique Peña y la señora Manuela Isabel Viola Cepeda, convivieron desde el año 2001 y hasta el día 17 de septiembre del año 2017, fecha de fallecimiento del causante.

Se estableció que los implicados se casaron por rito religioso por medio de la iglesia cristiana el día 10 de febrero de 2000 (matrimonio que no se encuentra registrado ante notaria). Sin embargo, para esa fecha tenía una relación sentimental, más no de convivencia, pues se separó en el año 2001, fecha en la cual los implicados inician su convivencia.

NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Aura Emilia Chirivi de Peña, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa.

Ya que por medio de la investigación administrativa ID: 108274 se logró establecer que el señor Carlos Enrique Peña y la señora Aura Emilia Chirivi de Peña, convivieron desde el día 31 de enero de 1969 fecha de su matrimonio, hasta julio de 2001 fecha en la cual se separaron definitivamente, esto confirmado por la misma solicitante”.

También se allegaron, las declaraciones extrajuicio rendidas ante la Notaría 62 del Circulo de Bogotá, los días 03 y 04 de octubre de 2018 por EDGAR OCTAVIO CONTRERAS MOSCOSO, propietario de un restaurante y quien dijo constarle la convivencia e la pareja Peña – Viola, entre el segundo semestre de 2010 al segundo semestre de 2017; DARLY ESPERANZA RODRÍGUEZ ORTIZ, propietaria de una Droguería, quien manifestó haber visto al causante y la actora, conviviendo entre el primer semestre de 2001 y el segundo semestre de 2006 y ROSA BERMUDEZ CASTILLO, vecina de la actora, quien dijo que ésta, sus dos hijos y Carlos Eduardo Peña, vivían juntos desde enero de 1995 y hasta al año 2000, cuando se cambiaron de residencia; declaración extraproceso rendida en la Notaría 71 de Bogotá, el 04 de octubre de 2018, por ALEXANDER HERNANDO VALDEZ CARDINALE, quien aseguró conocer a la demandante y al señor Peña desde el 26 de febrero de 1993, y que, estos compartieron techo, lecho y mesa, desde el 17 de enero de 1995; manifestación escrita de convivencia, de fecha 01 de octubre de 2018, realizada por MARGOT OLAYA ÁLVAREZ, vecina de la señora Viola Cepeda, y a quien le consta una convivencia con el causante entre los años 2006 a 2010.

Igualmente, formulario de afiliación de la demandante, como beneficiaria en salud del fallecido, a partir del 01 de febrero de 2009; formulario actualización de datos del Banco Cafetero del 23 de mayo de 2015, donde el causante, reporta como estado civil “separado” y como cónyuge a la actora; certificación del Parque Cementerio COORSERPARK S.A.S., del 01 de junio de 2018, donde consta que la actora, tenía un plan de previsión exequial, cuyo beneficiario era el señor Carlos Enrique Peña; factura de venta y certificado de pago de servicios exequiales para el señor Peña, cancelados por la actora; recurso de reposición y subsidiario de apelación interpuesto en

contra de la resolución SUB203865 del 31 de julio de 2018, acompañado de un registro fotográfico, copia de los pasaportes del causante y la actora, con sellos de los años 2006 y 2012.

Por su parte, la señora AURA EMILIA CHIRIVI DE PEÑA, presentó respuesta del 21 de noviembre de 2020, de la SIJIN, donde consta la denuncia presentada por ella, debido a la desaparición del señor CARLOS ENRIQUE PEÑA, del 31 de agosto de 2001, con registro de aparición del 18 de septiembre de 2001, *“en el cual se indica que esta persona se había ausentado por problemas familiares”*; declaraciones extraproceso, rendidas ante la Notaría 16 del Círculo de Bogotá, de fecha 08 de junio de 2018, donde los señores CESAR GÓMEZ BERNAL y LUIS JORGE PACHÓN, manifestaron conocer a CARLOS ENRIQUE PEÑA y a su esposa AURA EMILIA, con quien contrajo matrimonio por el rito católico, el 31 de enero de 1969, procrearon 2 hijos Rodrigo Iván y Camilo Esteban Peña Chirivi, mayores de edad, y quienes convivieron de manera permanente e ininterrumpida hasta el 06 de julio de 2001.

Dentro del curso del proceso, se allegó la epicrisis correspondiente a la atención odontológica prestada al causante, por la señora Martha Cecilia Cujar Bermúdez, donde se reporta como fecha de la primera consulta el 11 de octubre de 1996 (Archivo 45); también, certificaciones de afiliación del causante y la señora Chirivi de Peña, a la EPS ISS hoy Nueva EPS, en calidad de cotizantes, desde el 01 de enero de 1995 (Archivo 23) y la relación de pagos efectuados por COLPENSIONES, a las beneficiarias de la sustitución pensional (Archivos 41 y 43).

De igual manera, absolvió interrogatorio de parte, la señora MANUELA ISABEL VIOLA CEPEDA, indicó que, su apellido no era *“De Arias, porque hace rato me separé”*; dijo conocer al señor CARLOS ENRIQUE PEÑA, desde el año 1993, cuando era Gerente del Banco Cafetero – Sucursal Marly, fueron amigos 2 años, él le hizo un crédito bancario para ampliar su negocio y siguieron charlando, le contó que era casado y vivía con la esposa Aura Chirivi, por sus dos hijos; que, comenzó a vivir con él en el año 1995, *“empezamos a tener ya convivencia y llegamos a un trato, porque yo sabía que él iba allá también donde sus hijos y también venía acá donde mí y ya yo lo sabía y lo acepté así (...) conmigo se empezó a quedar desde el 95 y sí, compartíamos todo, pero yo acepté también, porque él me lo dijo, que, él iba a tratar de arreglar el matrimonio y yo le aconsejé que sí, yo estaba consciente podría ser, yo acepté la situación de esa manera”*; que, después de 1995, *“varias veces”* el causante, se quedaba de manera simultánea en la casa de los hijos y otros días con ella, situación que perduró *“hasta el año 2000, yo estaba viviendo en el barrio La Soledad, y Carlos llegó allí, muy mal, en el mes de enero, porque había tenido un altercado con sus hijos, por problemas de familia, eso me contó él y me dijo que a raíz del maltrato que le dieron, porque le pegaron, entonces que ya no iba a volver más a donde sus hijos, que se iba a quedar definitivamente conmigo”*, a partir de ahí, no volvió con sus hijos, y en el 2001 tuvo un incidente con la señora Aura Chirivi, quien los buscó y les rompió los vidrios de la casa, entonces a partir de ese momento, él no volvió a donde su esposa; que, nunca se enteró si antes de

1995, el causante y Aura Chirivi, se separaron; que, el señor Carlos Peña, falleció en la casa que compartía con la actora; que, ellos acordaron como pareja, no tener ninguna relación con las amistades del pasado; que, no tuvo hijos con el fallecido, pero él sí tuvo 2 hijos con Aura Chirivi; que, en el año 2012, el señor Peña, se enfermó muy grave, y no quiso que llamaran a los hijos, sólo la actora y su hermano, José Viola, lo cuidaron en el Hospital Mederi; que, el causante, no actualizó sus datos de residencia, sino hasta el año 2003, por lo que, con anterioridad a esa fecha, seguía reportando la dirección de la casa donde vivió con la señora Chirivi; que, el causante, sólo la vinculó como beneficiaria en salud, hasta el año 2008, porque ella tenía su médico homeópata; que, Carlos Peña, nunca daba datos precisos, siempre estaba cambiando las direcciones, por eso en una solicitud de crédito del año 2018, antes de su fallecimiento, no colocó como lugar de residencia el barrio La Esmeralda, sino La Mesa – Cundinamarca.

La señora AURA EMILIA CHIRIVI DE PEÑA, dijo haber estado casada con el señor CARLOS EDUARDO PEÑA, del 31 de enero de 1969 al 06 de julio de 2001, fecha en la cual él se fue de la casa; que, primero vivieron en un apartamento en la calle 22D con carrera 19, donde permanecieron 2 años, luego se fueron a vivir a una casa que él compró en el barrio José Joaquín Vargas y para el año 1985, se pasaron a un apartamento en la carrera 11 #93 A – 24 apartamento 304, donde convivieron hasta el año 2001 y ella reside actualmente; que, nunca supo las razones por las cuales terminó su convivencia con el causante, *“él se fue de la casa sin avisar, con la ropa que tenía puesta y nunca regresó, no tengo idea para dónde salió”*; que, tuvo con ella 2 hijos; que, en vida del señor Carlos Peña, él le comentó que había conocido a la señora Manuela, porque había ido al Banco, a pedir un crédito y le había propuesto que se asociaran, ya que él iba a salir pensionado; además, en una oportunidad *“él la invitó a una comida a mi casa con el esposo que ella tenía, con el compañero con que estaba viviendo, estuvieron los dos en mi casa comiendo”*; desconoce desde qué fecha comenzó a vivir el fallecido con la demandante, de lo cual sólo se enteró como 5 años después de que se fue de la casa; que, no hubo disolución del matrimonio, *“él se fue y yo no sabía dónde estaba, yo consideré que iba a vivir toda la vida con él, incluso esperé que algún día regresara a su hogar, porque no hubo un motivo de separación, entonces yo siempre lo esperé, por eso no tramité disolución”*; que, después de irse de la casa, el causante, no volvió a tener ningún contacto con su hijo mayor, pero con su hijo Camilo, si tuvo 2 o 3 encuentros.

También declararon en el proceso, MARTHA CECILIA CUJAR BERMÚDEZ, quien dijo conocer a la demandante, desde el año 1995, que llegó al Barrio Baquero, y conoció a CARLOS PEÑA, como la pareja de Manuela Viola, en el mismo año, eran vecinos y formaba parte de la Junta de Acción Comunal de ese barrio, posteriormente tuvieron una relación comercial, porque ella es odontóloga y fueron sus pacientes a partir del año 1996 hasta la fecha de fallecimiento del señor Peña, por un cáncer terminal, en mayo de 2018; que, el señor Carlos Eduardo, para la época de su muerte, vivía en el barrio la Esmeralda, con la señora Manuela Viola, y allí la testigo los visitó en alguna

oportunidad, donde observó que también lo cuidaban José y Beatriz Viola, hermano y sobrina de la actora; desconoce el tiempo en que duró la enfermedad del óbito; que, mientras la pareja vivió en el barrio Baquero, la testigo veía todos los días a Carlos Peña, allí; que, el señor Carlos, le comentó que había tenido una relación anterior con la señora Aura Chirivi y tuvo dos hijos de ese matrimonio, *“me contaba de manera general que tenía una mala relación con sus hijos, de irrespeto y demás, eso ya me corresponde como mi parte íntima con Carlos, de que lo maltrataban y muchas cosas que le pasaban en su hogar”*; que, los hijos ya eran adultos e incluso uno de ellos, de nombre Camilo, los acompañó en una oportunidad a un paseo entre 1996 y 1997, por una campaña de atención a población vulnerable, a través de la Fundación, de la actora y el fallecido, de nombre Emanuel; desconoce el tiempo en que el causante, convivió con la cónyuge, pero dijo que, estuvo con la actora, *“ella vivía en el 95 hasta más o menos a finales del 99 en Baquero, y cuando ellos se mudaron a La Soledad, que eso fue en el 2000, ellos se mudaron porque se casaron, se mudaron del barrio, porque se mudaron, desde esa oportunidad sé que Carlos, se casó con Manuela y ellos se fueron a vivir a otro barrio. Ellos tuvieron una ceremonia muy íntima, entre ellos, ellos se casaron por lo cristiano”*; que, en la casa del Barrio Baquero, vivían la demandante, el señor Carlos Peña y los hijos de Manuela, Milena y William Arias Viola, *“por eso me permito comentarle que desde esa oportunidad, desde el 95 los conocí como una pareja normal, no sabía nada de la vida anterior de don Carlos ... iban a fiestas, paseos”*; que, él tenía una relación muy cercana con los hijos de Manuela; que, la demandante, era casada con persona diferente al causante y separada también; que, también conoció las casas donde vivió la pareja Peña – Viola, en el barrio Nicolás de Federmán y en San Luis.

BEATRIZ ELENA VIOLA CEPEDA, dijo ser sobrina de la demandante y conocer al señor Carlos Enrique Peña, porque su tía lo presentó a su familia, en la ciudad de Barranquilla, como su pareja, alrededor del año 1995; que, la actora, vivía en Bogotá con sus hijos Ana Milena y William Arias y llevó al señor Carlos, para presentárselo a sus papás y se quedaron allí algún tiempo; que, Manuela y Carlos, vivieron en el barrio Nicolás de Federmán y luego en La Esmeralda de Bogotá; que, el causante padecía de cáncer de próstata y falleció el 21 de mayo de 2018; que, la testigo hablaba semanalmente con el causante y en algún momento él le comentó que había estado casado y la esposa, no se había querido divorciar de él y tenía inconvenientes con ella y ponía en su contra a los hijos; que, la relación entre Carlos Peña y la actora, era como de esposos; que, en el año 1998, la testigo viajó a Bogotá, y llegó a la casa de su tía y el causante en el barrio Chapinero, luego cuando ellos se iban de viaje fuera del país, ella se quedaba cuidando las casas donde vivieron en otros barrios; que, el causante, era como un padre para los hijos de Manuela Viola, especialmente para su hija.

ALEXANDER HERNANDO VALDEZ CARDINALE, manifestó conocer a la demandante, porque era su vecina en el barrio Chapinero, aproximadamente para el año 1995, y allí también conoció al causante y a los hijos de la señora Manuela Viola; que, ellos vivieron en ese barrio aproximadamente de 3 a 4 años; que, Manuela y Carlos, eran una pareja y

se comportaban como esposos; que, el testigo era muy buen amigo de los hijos de la actora, por lo que, luego de mudarse de ahí continuaron en contacto e incluso trabajó para ellos, en un restaurante que tenía, repartiendo cazuelas de mariscos, para el año 1996 o 1997, en un Renault 4; manifestó el testigo, que para la fecha del fallecimiento del causante, él se encontraba en la ciudad de Barranquilla, pero cree que en esa época el causante y la actora, vivían en el barrio Nicolás de Federmán; que, el trato de los hijos de Manuela Viola, con el fallecido, era como un padre; desconoce si el señor Carlos Peña, estaba casado con anterioridad.

CAMILO PEÑA CHIRIVI, hijo del causante y la señora AURA EMILIA CHIRIVI DE PEÑA, fue tachado de sospechoso por el apoderado de la actora, alegando animadversiones con la señora Manuela Isabel Viola Cepeda, para el efecto se allegó una grabación del causante y una “DECLARACIÓN DE VOLUNTAD”, suscrita por aquel, el 07 de mayo de 2018, en la que pide a sus hijos Camilo y Rodrigo Peña, *“respetar la seguridad, tranquilidad y dignidad de Manuela Isabel Viola Cepeda, evitando a toda costa reñir, incitar o incurrir en confrontaciones, amenazarla o causarle daños materiales o personales, abusar, incurrir en cualquier tipo de maltrato. Esta solicitud la expreso por escrito pues en el pasado fue agredida siendo víctima de maltrato verbal y de daños a casa donde habitó”*

Al respecto y sin desconocer los sentimientos que pueda ocasionar en un hijo, la ruptura del matrimonio de sus padres, lo cierto es que, el señor Camilo Peña Chirivi, es un testigo directo de la convivencia del causante, con Aura Emilia Chirivi, conoce los detalles de su duración, así como las razones de su separación; de ahí que no puede considerarse comprometida la objetividad de la prueba y por ello, se procede a su valoración.

Indicó el señor CAMILO PEÑA CHIRIVI, que, sus padres vivieron juntos hasta el 06 de julio de 2001, fecha que recuerda con exactitud porque señora su madre, había ido a la SIJIN, a poner una denuncia por la desaparición de su padre y el investigador, con posterioridad llamó a la señora Aura, y le informó que Carlos Peña, había aparecido y estaba en la casa de MARTHA CUJAR, con quien él había creado una Fundación, de la cual era tesorero; que, la relación de sus padres, era la de esposos, con altibajos, pero armoniosa, cariñosa, desayunaban siempre juntos, tenían planes de mudarse de casa, y en el año 1999, para el mes de marzo, viajaron a Venezuela, por una semana, fue una sorpresa que le dio el causante, a la señora Chirivi, porque un hermano de ella, estaba muy enfermo y entonces el señor Peña, quiso llevarla a visitarlo de sorpresa; que, sus padres convivieron desde el momento del matrimonio hasta el 06 de julio de 2001; que, sus padres nunca se divorciaron; que, conoció a la demandante, en principio por un vínculo laboral con su padre; que, la actora, estuvo en su casa, aproximadamente para el año 1996, cuando vivían en el barrio Entre Ríos, con el señor *“Carlos Leggi, ese señor ella lo presentó como su esposo en ese momento y mi papá tuvo algunos negocios con ellos, inclusive hay una letra firmada por la señora Viola y el señor Leggi, una plata que les prestó mi*

papá y mi mamá en su momento, porque eran negocios, era algo laboral, después no sé qué relación habrán tenido, pues, porque tengo entendido que ellos también hicieron una Fundación, porque mi papá en algún momento me contaba, mijo, mijito es que voy a hacer una Fundación, tengo estos documentos, él inclusive se prestó como tesorero de esta Fundación, qué más le puedo decir, lo único que yo vine a saber que ellos ya convivieron fue después de que él se fue de la casa, como a los 5 años “; que, Manuela Viola y su padre, convivieron hasta el momento de su fallecimiento, el 21 de mayo de 2018, pero desconoce desde cuándo pudo comenzar esa relación, porque sólo supo de su padre después de 4 o 5 años, luego de que se fue de la casa, lo buscó, estuvo en el lugar donde residía, en el barrio La Soledad, él mismo le abrió la puerta, siguió y ahí estaba la señora Viola con su hija, “pero no sé si ya llevaban conviviendo de tiempo atrás sinceramente”; que, el señor Leggi, a quien la actora, presentó como su esposo en 1996, era chef de cocina y tuvieron con su padre, un negocio de procesadora de marisco, “recuerdo muy bien que mi papá, llegaba a la casa con cazuelas de marisco para nosotros y en algún momento Manuela, fue a la casa y nos llevaba también comida (...) inclusive mi hermano tomó clases con el esposo de Manuela, tomó algunas clases con él”; que, el señor Leggin, cuando visitó su casa con la actora, llegó en un carro de marca Renault 4, rojo o naranja; que, sus padres inicialmente vivieron en el barrio Santafé, luego se fueron al J. Vargas, vivieron en el barrio Entre Ríos, en los apartamentos y luego las casas y luego desde el año 1997 a la fecha, se pasaron al barrio Chico; dijo creer que su padre se fue de la casa, porque “pienso que él se dejó llenar de algunas deudas que adquirió precisamente con la señora Manuela con el señor Carlos Leggi y no sólo con Carlos Leggi, creo que con un familiar de la señora Manuela, porque mi papá tuvo en algún momento que viajar a Barranquilla, para mirar a ver si se recuperaba ese dinero y creo que eso fue lo que él no quiso enfrentar, ese problema económico, porque incluso después de él haberse ido, estamos hablando que a los 3 meses, en el mes de octubre, llegaron a embargarnos al apartamento, llegaron a embargar a mi papá, al señor Carlos Peña y era un embargo que le hicieron a mi papá, porque mi papá fue fiador de la señora Manuela Viola (...) supongo que fue más por un tema económico, que por algo sentimental o de amor”; que, la Fundación creada por el causante y la actora, lo fue en el año 2000 y también participó el señor “Carlos Leggi”; que, el causante, fue revisor fiscal del Edificio Señorial, donde actualmente reside el testigo, para los años 1997, 1998 y 2000; dijo que, sus padres habían tenido altibajos en su relación, por asuntos económicos, “en el año 97 mi papá pagó una hipoteca, porque el hipotecó la casa de Entre Ríos, para prestarle plata al primo o hermano de Manuela Viola, esa hipoteca tocó pagarla con la venta de la casa de Entre Ríos, nosotros nos pasamos en el año 97 al apartamento donde convivo en este momento, con un crédito que saqué a nombre mío y de mi mamá, mi papá ya no podía estar en esos documentos”; que, el causante firmó la promesa de compraventa de ese apartamento; que, después de visitarlo en la casa del barrio La Soledad, se vieron en una panadería en Lourdes, “el único medio que yo tenía para comunicarme con mi papá era el celular de Manuela Viola, porque mi papá no tenía celular y algunas veces cuando yo trataba de hablar

con él no era posible, recuerdo también que una vez, después de los 5 años yo fui, él me abrió y le dije papá, camine me acompaña damos una vuelta en el carro, acompáñeme a ponerle gasolina al carro, me acuerdo muy bien, y él me dijo, no mijito porque eso es problema para mi donde yo me vaya con usted, y yo, pero papá, por qué, no mijito mejor no hablemos del tema y pues, eso obviamente se quedó así y después yo lo vine a ver 2, 3 veces”

Así las cosas, analizado el material probatorio en todo su conjunto, advierte la Sala, que, sin desconocer las múltiples declaraciones extrajuicio realizadas por el causante, desde el 19 de julio de 2007, para efectos pensionales, en las que manifestó una convivencia con la actora, de aproximadamente 10 a 15 años; ni de las declaraciones extraprocesales de EDGAR OCTAVIO CONTRERAS, ROSA BERMUDEZ, ALEXANDER VALDEZ, MARGOT OLAYA y DARLY RODRÍGUEZ, como tampoco el dicho de los testigos MARTHA CECILIA CUJAR BERMÚDEZ, ALEXANDER HERNANDO VALDÉS CARDINALE, BEATRIZ ELENA CUJAR; lo cierto es que, no se logra determinar, que CARLOS ENRIQUE PEÑA y MANUELA ISABEL VIOLA CEPEDA, compartieron el mismo techo, lecho y mesa, bajo las premisas de apoyo económico y vida en común, a partir del año 1995, pues, claramente la actora, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que, pese a ser pareja, el señor CARLOS EDUARDO QUINTERO, quiso recuperar su matrimonio, y por eso, sólo hasta finales del año 2000, se estableció definitivamente con ella, pues, de 1995 a 2000, vivió con su esposa e hijos y “*varias veces*” la visitaba; de ahí que, no existía una comunidad de vida permanente y estable, entre Carlos Peña y Manuela Viola, que permita darle los efectos de que trata el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, durante dicho lapso de tiempo.

Circunstancia ésta, que además fue corroborada por el señor CAMILO PEÑA, hijo del fallecido, quien refirió que, para el año 1996 conoció a la actora y su pareja el señor Carlos Leggi, en una cena a la que ellos asistieron en su casa; que la relación de su padre y la actora, para 1996, era de tipo comercial, ya que, él estaba próximo a pensionarse y decidió colocar un negocio con Manuela Viola y Carlos Leggi, de cazuelas de mariscos, porque el señor Leggi era Chef; que, entre marzo y abril de 1999, su padre invitó a su señora madre Aura Emilce, a un viaje a Venezuela; y que, convivieron juntos hasta julio de 2001, cuando él se fue, sin dar ninguna razón.

Así las cosas, al no encontrarse demostrada no sólo la convivencia real y efectiva del causante y Manuela Isabel Viola Cepeda, sino también el vínculo afectivo y de ayuda mutua, de 1995 al 2000, es por lo que, se confirmará la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia a cargo de la demandante. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de enero de 2023, por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MANUELA ISABEL VIOLA CEPEDA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la litisconsorte necesaria **AURA EMILIA CHIRIVI DE PEÑA**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$650.000.00. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

*En uso de
Permiso*

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105036201900813-01

En Bogotá D.C., hoy veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Pensión Sanción Convencional – Intereses Moratorios y costas procesales.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, en contra de la sentencia proferida el 19 de enero de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **RAMÓN MAZA BUELVAS** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** y su sucesora procesal la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**.

ANTECEDENTES

RAMÓN MAZA BUELVAS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, para que, se declare que, sostuvo un vínculo laboral con el extinto IDEMA, del 28 de marzo de 1985 al 10 de octubre de 1997, el cual finalizó por decisión unilateral de su empleador, sin mediar justa causa, pese a su condición de trabajador oficial, con más de 10 años de servicio, por lo que, causó el derecho a la pensión por despido injusto, prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo 1996-1998, suscrita con SINTRAIDEMA, la cual se hizo exigible el 09 de agosto de 2016, cuando cumplió los 60 años de edad; en consecuencia, pidió condenar a la demandada, a pagar la pensión convencional por despido injusto, liquidando la primera mesada con el 76% del promedio mensual del salario percibido y debidamente actualizado, junto con el retroactivo pensional, mesadas adicionales, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las mesadas retroactivas, lo que

resulte probado extra y/o ultrapetita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 09 de agosto de 1956; que, trabajó para el IDEMA, durante 12 años, 6 meses y 13 días, del 28 de marzo de 1985 al 10 de octubre de 1997, como trabajador oficial; que, ese Instituto, de manera unilateral, dio por terminado su contrato de trabajo, mediante comunicación No. 00032 de 1997, notificada el 10 de octubre de 1997, cancelándole una indemnización por despido injusto de carácter convencional equivalente a 566,29 días de su salario promedio de \$564.015.

Explicó que, el IDEMA, era una Empresa Industrial y Comercial del Estado, cuya liquidación se ordenó por el Decreto Ley 1675 de 1997, extinguiéndose definitivamente el 31 de diciembre de 1997, momento a partir del cual la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, es responsable de sus obligaciones laborales; que, el régimen laboral y prestacional que lo cobija era el previsto en la Convenciones Colectivas de Trabajo, suscritas entre el IDEMA y SINTRAIDEMA, y, especialmente la CCT 1996-1998, la cual se encontraba vigente al momento de su despido, en cuyo artículo 98, contemplaba el pago de una pensión de jubilación en caso de despido injusto, a favor del trabajador oficial, que fuera despido sin justa causa, después de 10 años de servicios, exigible a los 60 años de edad; que, reclamó ante la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, el pago de la pensión convencional deprecada, derecho que le fue negado con el documento 20193400010131, alegando que no procede por pérdida de vigencia de la convención colectiva de trabajo según el parágrafo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2005 (Archivo 01).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada **NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL**, dio contestación en término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, dijo no constarle la mayoría de los hechos; y, alegó en su defensa que, la terminación del vínculo laboral del demandante, con el IDEMA, obedeció a expresas causas legales, debido a que el liquidado Instituto de Mercadeo Agropecuario – IDEMA, procedió a terminar el contrato facultado por el Decreto-Ley 1675 del 27 de junio de 1997, en virtud del cual, se ordenó la liquidación de esa Entidad y por ende la terminación de todos los contratos de trabajo.

Teniendo en cuenta que mediante los Decretos 1833 de 2016 1859 de 20221, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales - UGPP, asumió la función pensional del extintito IDEMA, por auto del 23 de mayo de 2022, se declaró la sucesión

procesal de la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, con la UGPP, quien a partir de ese momento asumió el proceso, en el estado en que se encontraba (Archivos 13 y 15).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de enero de 2023, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que entre el señor ROMÁN MAZA BUELVAS y el liquidado INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO IDEMA existió una relación laboral entre el 28 de marzo de 1985 al 10 de octubre de 1997, la cual terminó de manera unilateral y sin justa causa imputable al ex empleador; también declaró que, al momento del fenecimiento del vínculo laboral, el señor ROMÁN MAZA BUELVAS dejó causados los requisitos de que trata el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo 1996-1998 suscrita entre el liquidado INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO IDEMA y la organización sindical SINTRAIDEMA.

Igualmente, declaró la *a quo*, que conforme a la convención colectiva suscrita entre el liquidado INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO IDEMA y la organización sindical SINTRAIDEMA con vigencia 1996-1998, el señor ROMÁN MAZA BUELVAS tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión convencional, desde el 09 de agosto de 2016, esto es al cumplimiento de los 60 años de edad; condenó a la UGPP a pagar al demandante, la pensión convencional de que trata el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo 1996-1998 suscrita entre el IDEMA y SINTRAIDEMA, a partir del 9 de agosto del 2016, en cuantía inicial de \$1.423.384,42, por 14 mesadas al año, precisando que el respectivo retroactivo pensional deberá ser debidamente indexado a la fecha de su pago; declaró la compartibilidad de la pensión convencional con la pensión de vejez que conceda COLPENSIONES al demandante; declaró no probada la excepción de prescripción; absolvió a la UGPP, del pago de los intereses moratorios y le impuso la condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de la parte demandante y la UGPP, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

El **demandante**, manifestó su inconformidad respecto al pago de los intereses moratorios, que no se concedieron en el fallo impugnado, pues, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 consagra los intereses moratorios por el pago tardío de las mesadas pensionales; citó precedentes jurisprudenciales, para concluir que esta sanción es aplicable a toda clase de pensiones, sin importar su origen legal y reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones.

La **UGPP**, argumentó que, la *a quo*, no se pronunció de la resolución 1104 del 06 de marzo de 1985, como al acta de nombramiento del accionante, como Administrador Despensa I, encargado de la distribución, compra y venta de alimentos, por lo tanto, se trataba de un trabajador de dirección y confianza del IDEMA; que, tampoco se tuvo en cuenta el acta de posesión del 28 de marzo de 1985, ni que, el actor, no tenía superior jerárquico, a tal punto que podía designar su propio remplazo, sustentándose la decisión, en un error contenido en una certificación laboral expedida con posterioridad a la extinción del IDEMA, donde se indicó que el demandante, era trabajador oficial, pese a que no existe prueba alguna de un contrato de trabajo, por el contrario se encuentra la resolución de nombramiento con su acta de posesión; que, la decisión apelada, desconoce el ordenamiento legal y constitucional, pues se causó con posterioridad al acto legislativo 01 de 2005, pues, se ordena el pago de una pensión convencional causada en el 2015 y pagadera en el 2016, cuando para el año 2010, dejaron de existir estos derechos convencionales; además que, desconoce lo previsto en la Ley 411 de 1997 y en su Decreto Reglamentario, donde claramente se expresa que aun cuando los funcionarios públicos pueden suscribir Convenciones Colectivas de Trabajo, no es dable para ellos concertar beneficios prestaciones, cuya es competencia única del Presidente de la República. Solicitó revocar la decisión de Primer Grado y absolver a la UGPP de la condena en costas, pues, no fue la Entidad, que le negó el derecho pensional al demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, el demandante, alegó que, no otorgar los intereses moratorios como quedó decidido por el Despacho de Primera Instancia, es ir en contra de las precisas directrices que al respecto ha dictado la Corte Constitucional desde hace ya varios años y más recientemente por la propia Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; más aún cuando se trata un derecho de los pensionados cuando las entidades encargadas del reconocimiento de su pensión lo hacen de forma tardía.

La UGPP, solicitó Revocar en su totalidad la sentencia de Primera Instancia y en su lugar absolver a esa entidad de todas las condenas impuestas, toda vez que al demandante no le asiste el derecho al reconocimiento la pensión de jubilación convencional en virtud de la Convención Colectiva de Trabajo 1996 - 1998, suscrita entre el IDEMA y SINTRAIDEMA, en la medida que la misma perdió vigencia y fue derogada en virtud de la Constitución y la ley; que, no existió omisión en la afiliación por parte del empleador, al Sistema General de Pensiones, pues durante la vigencia del vínculo laboral se efectuó la misma mencionada, además, el actor, no aportó elemento material probatorio que acredite la no afiliación requerida para el reconocimiento de esta prestación; que, no se configuró despido sin que mediara justa causa legal, pues la separación del cargo

obedeció a una causa legal, como es el caso de la liquidación del IDEMA, conforme lo ordenó el Decreto 1675 de 1997; que, es improcedente la condena en costas, en tanto el Ministerio de Agricultura y desarrollo Rural, resolvió la prestación en los términos legales, con fundamento en los elementos probatorios y jurisprudenciales vigentes a la fecha de la solicitud y mal podría condenarse a esa Entidad, cuando el asunto relacionado con la pensión convencional y pensión sanción ha sido asunto de debate y controversia al interior de los juzgados, Tribunales, y altas Cortes.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las partes, la Sala, deberá determinar, *i)* si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primer Grado, al conceder la pensión convencional por despido injusto reclamada por el actor, para lo cual deberá verificarse la naturaleza del vínculo laboral del actor, al servicio del IDEMA; *ii)* si procede el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; y, *iii)* si se debe imponer condena en costas a la UGPP.

DE LA NATURALEZA DEL VÍNCULO LABORAL

Alegó la UGPP, en su recurso, que el demandante, no ostentaba la condición de trabajador oficial, pues, fue vinculado al extinto IDEMA, mediante acto administrativo, por lo que, no puede ser beneficiario de la pensión convencional deprecada.

Al respecto, basta señalar que, en virtud de lo establecido en los Decretos 516 de 1990 y 2136 de 1992, el Instituto de Mercadeo Agropecuario – IDEMA, era una empresa Industrial y Comercial del Estado, por lo que a la luz de lo establecido en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, sus trabajadores son oficiales, salvo aquellos que, según los Estatutos de la Entidad, desempeñen actividades de dirección o confianza, quienes tendrán la calidad de empleados públicos.

En el presente caso, efectivamente le asiste razón a la UGPP, en cuanto a que el actor, no fue vinculado al IDEMA, mediante contrato de trabajo, sino a través de la resolución 011904 del 06 de marzo de 1985, como administrador de Despensa I, en el Centro de Distribución III, Despensa I, Furgón, tomando posesión del cargo el 28 de marzo de 1985 (fls. 17-19 Archivo 09); no obstante, la UGPP, no demostró, en el curso del proceso

que, el cargo que ostentaba el señor MAZA BUELVA, fuera de los estipulados en los Estatutos del IDEMA, como de dirección y confianza; además, según certificación expedida por la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, de fecha 28 de agosto de 2018, el demandante “ostentó la calidad de TRABAJADOR OFICIAL” (fl. 3 Archivo 01), hecho que se ratifica, con la documental obrante en el expediente administrativo visible en el archivo 09 del expediente digital, especialmente con el “ACTA DE NOTIFICACIÓN DE INCORPORACION DE CONFORMIDAD CON LA RESOLUCIÓN No. 714 DE Nov-28-1993”, donde se señala que la naturaleza del cargo del señor RAMON MAZA BUELVAS, es de “TRABAJADOR OFIC” (fl. 139 Archivo 09); y, con la liquidación definitiva de prestaciones sociales, donde también se señaló que su “CLASE DE VINCULACION” era “T. OFICIAL”. sin que dicha condición, pueda ser desvirtuada porque, el actor, según resoluciones del 30 de julio y 05 de diciembre de 1991, designó su reemplazo en dos periodos de vacaciones, ya que, en dicho acto también intervinieron la Directora del Centro de Distribución y el asistente administrativo.

Así las cosas, verificada la condición de trabajador oficial del demandante, se procede a resolver los demás aspectos de inconformidad de las partes, respecto la decisión de Primera Instancia.

DE LA PENSIÓN CONVENCIONAL POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Otro de los motivos de inconformidad que se presenta contra la sentencia apelada se centra, en reiterar que como la terminación del contrato del demandante se produjo por orden legal, no hubo despido sin justa causa.

Sobre el particular, tenemos que la ruptura del vínculo contractual del demandante, obedeció a iniciativa de la empleadora como se establece con la documental allegada como prueba visible a folios 4 (archivo 01) y 160 (Archivo 09), comunicación dirigidas por el Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA EN LIQUIDACION, indicando que “...En desarrollo del proceso de supresión y liquidación del IDEMA contemplado en el Decreto 1675 de 1997, la Junta Liquidadora , mediante el Acuerdo 02 de 1997 aprobado por el decreto No. 2438 de 1° de octubre, determinó SUPRIMIR, a partir del próximo lunes 6 de octubre, el empleo que usted desempeña. En consecuencia, comunico a usted que, a partir de esa fecha, termina el contrato de trabajo por liquidación definitiva del Instituto...”

Sabido es que, tratándose de trabajadores oficiales, las justas causas para la terminación del contrato de trabajo se hallan taxativamente previstas en los artículos 16, 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945, así como en el artículo 47 ibidem; normas que en abundante y reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, han recibido su genuina interpretación en su aplicabilidad concreta, siendo criterio ampliamente conocido y perfectamente claro, que una cosa es lo denominado despido legal y otra muy diferente el llamado despido con justa causa, refiriéndose el primero a las causas legales

o modos - que abarca la serie de hechos enumerados por las normas citadas *ut supra* (artículo 47 del Decreto 2127 de 1945), y el segundo a las justas causas - las taxativamente relacionadas en los artículos 16, 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945, sin que pueda entenderse, de ninguna manera, por justas causas de despido, los modos o causas legales.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3150-2019, donde reiteró lo dicho en las providencias CSJ SL 4538-2018, CSJ SL2343-2020 y CSJ SL4176-2021, respecto a la terminación del vínculo laboral de los trabajadores oficiales con ocasión a la clausura o liquidación de la entidad, expresó:

“De tiempo atrás esta Sala de la Corte, para efectos de analizar la procedencia de la pensión restringida de jubilación, ha diferenciado los modos legales o generales de terminación del contrato de trabajo, con las justas causas legales para que el empleador de manera unilateral extinga el vínculo jurídico.

Esa distinción la ha llevado a concluir que se trata de conceptos que, aunque afines, son diferentes porque tiene cada uno de ellos connotaciones particulares, en tanto los modos de terminación del contrato corresponden a los eventos legales que de manera general dan lugar a esa decisión, mientras que las justas causas son los hechos o actos que autorizan al empleador de forma unilateral terminar el contrato de trabajo, esto es, el despido.

De tal suerte que la circunstancia de que un contrato de trabajo termine por la existencia de un modo legal, no significa que esa finalización se haya producido con justa causa, en la medida en que éstas, se encuentran taxativamente establecidas en la ley.

No desconoce la Corte que fenómenos como el de la extinción jurídica de la empresa autorizan plenamente la terminación del contrato de trabajo y de ahí que la ley, en este caso el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, consagre ese hecho como motivo de finalización del vínculo laboral, más ello no significa que esa terminación, con amparo en la ley, impida el surgimiento de algunos derechos para el trabajador, derivados, precisamente, de la culminación de la relación de trabajo por razones que no le son oponibles, como el de la pensión de jubilación.

En efecto, una cosa es que se estime que ese hecho es ajustado a la ley, y otra, distinta, que constituya una de las justas causas para terminar el contrato de trabajo, pues, como ya se dijo, son solamente aquellos hechos catalogados expresamente como tales por la ley, que justifican el despido del trabajador y así se ha expresado en innumerables pronunciamientos, entre otros CSJ SL13455-2016, SL 14532-2016, SL 15605-2016”.

Por manera que cuando el contrato de trabajo termina por decisión unilateral del empleador, legitimada por ley, pero sin apoyo de una de las justas causas, el despido deviene en injusto.

Predicamentos que perfectamente son de recibo para la solución del caso bajo examen, pues si bien el fenecimiento del contrato de trabajo se originó en desarrollo del Decreto 1675 de 1997, que ordenó la supresión y liquidación del Instituto de Mercadeo Agropecuario - IDEMA, lo cierto es

que la motivación que ahora aduce la demandada de terminación del contrato de trabajo al demandante por orden legal, dada la disolución y liquidación de la entidad, no está contemplada en norma alguna como justa causa para ello, pues las normas aplicables a este tipo de trabajadores están reguladas en los artículos 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945.

Con base en las consideraciones precedentes, se concluye que, al dar por finalizado el contrato de trabajo del accionante, como consecuencia de la supresión del cargo, el IDEMA, lo hizo en forma unilateral o sea por iniciativa propia, mediante autorización legal, pero sin justa causa. Prueba de este aserto lo constituye el hecho de que la encartada pagó a su ex trabajador la indemnización convencional por despido como consta en la liquidación definitiva de prestaciones sociales (fl. 5 Archivo 04 y 165 Archivo09).

El artículo 98 de la Convención Colectiva de trabajo allegada y soporte jurídico de la pretensión consagra *“El trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo (sic) que sea despedido sin justa causa...Si el despido se produjere después de quince (15) años de los mencionados servicios, el trabajador oficial tendrá derecho a la pensión al cumplir cincuenta (50) años de edad, o desde la fecha del despido, si para entonces tiene cumplida la expresada edad”*. Pensión que tiene el carácter de sanción, al no permitir la Entidad, completar al trabajador con los requisitos convencionales y es igual a la establecida en la Ley 171 de 1961, como lo interpretó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias del 17 de febrero de 2009, radicación 33520 y del 4 de marzo del mismo año con radicación 34480, y como igualmente lo ha reiterado esa Corporación, se causa desde el mismo momento del despido del trabajador, que en el caso del demandante ocurrió el 06 de octubre de 1997, ya que la edad es un simple requisito para la exigibilidad de la misma (sentencia CSJ SL3150-2019), luego es claro que la prestación se causó antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, que lo fue el 25 de julio de 2005.

Por lo tanto, considera la Sala, que, le asiste al demandante, el derecho al reconocimiento y pago de la pensión convencional por despido sin justa causa deprecada, por lo que ha de ser confirmada la decisión apelada en este sentido.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Reclama la parte demandante, el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ante la mora injustificada de la UGPP, en el reconocimiento y pago de la pensión convencional reconocida a su favor.

Sobre el tema, ha sido criterio consolidado y pacífico, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la improcedencia de los intereses moratorios respecto de mesadas pensionales de origen convencional, por cuanto esta clase de prestación no está regulada por el Sistema General de Pensiones. Al efecto en sentencia con radicado 38282 del 5 de octubre de 2010, se señaló:

Respecto de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, corresponde señalar que resultan improcedentes frente a la pensión extralegal reconocida por la empleadora, puesto que tal prestación, no encuentra regulación en la citada Ley 100 de 1993. Es pertinente traer a colación lo dicho por esta Sala, en la sentencia del 17 de febrero de 2009, radicación 36022:

“Ahora bien, en cuanto el estudio de fondo del cargo le asiste razón al recurrente. Al respecto, esta Corte ha sostenido y reiterado, en numerosas sentencias pronunciadas en un período de más de un lustro, idéntico criterio, desde la decisión del 28 de noviembre de 2002, radicado 18273, acogido, entre otras, en sentencias del 2 de diciembre de 2004, radicación 23725 y más recientemente en las del 18 de mayo, 26 de septiembre y 3 de octubre de 2006, radicaciones 28088, 27316 y 29116, respectivamente, donde concluyó que no proceden los intereses del artículo 141 para pensiones que no se rigen íntegramente por la Ley 100 de 1993. A partir de dicha fecha se ha dicho:

“(...) para la mayoría de la Sala, en esta oportunidad, contrario a lo que se venía sosteniendo, los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se imponen cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral.

“Y es que no obstante lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 601 del 24 de mayo de 2000 al declarar exequible el mencionado artículo 141, para la Corte esa disposición solamente es aplicable en el caso de mora en el pago de pensiones causadas con posterioridad a la vigencia de la ley de Seguridad Social y que sean reconocidas con fundamento en la normatividad integral de la misma, y no, como ocurre en este caso, respecto de una pensión que no se ajusta a los citados presupuestos.

“Lo anterior conlleva, entonces, que como la pensión que se le concedió al demandante, no es con sujeción integral a la Ley 100 de 1993, no había lugar a condenar al pago de los intereses moratorios que consagra tal Ley en su artículo 141 que claramente dispone: “(...) en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley (...)”.

“Además, en este asunto tampoco se presenta la situación prevista por el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 para que se pudiera dar aplicación a su artículo 141, pues la primera norma dispone: “Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente ley le sea aplicable cualquier norma de ella contenida que estime favorable ante el cotejo por lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de las disposiciones de esta ley”...”

Igual criterio ha sido reiterado en múltiples sentencias como la SL5012-2021, SL3689-2021, SL3240-2021, SL889-2021, SL677-2021, SL3587-2020, SL2802-2020, SL1758-2020 y SL4404-2018.

Ahora bien, aunque en la actualidad se admite la procedencia de intereses para todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones (CSJ SL1681-2020), lo cierto es que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mantiene su postura acerca de la improcedencia de aquellos tratándose de las pensiones convencionales o extralegales, pues, su origen no es legal (SL4082-2021, SL1900-2022 y SL239-2023); resultando acertada la decisión de la Juez de Instancia, en cuanto negó esta pretensión.

DE LAS COSTAS PROCESALES

Finalmente, en relación con la condena en costas a cargo de la UGPP, habida cuenta que éstas se imponen a la parte vencida en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que, evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad esa demandada, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releve de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la misma; además, no le corresponde a esta Instancia pronunciarse sobre el valor de las agencias en derecho fijadas por la Juez de Primer Grado, ya que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, éstas *“solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*; decisión que se profiere en Primera Instancia, siendo allí, donde a través de los recursos de ley, la parte recurrente deberán manifestar las inconformidades que tenga al respecto, en aras de garantizar el principio de la doble instancia.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia a cargo de los recurrentes Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de enero de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ROMÁN MAZA BUELVAS** en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** y su sucesora procesal **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo del demandante y la demandada UGPP. Fijense como agencias en derecho la suma de \$650.000 a cargo del demandante y de \$1.300.000.00, a cargo de la UGPP. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

En uso de
Permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105030202100103-01

En Bogotá D.C., hoy veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social –Pensión de Sobrevivientes – Padres beneficiarios – Intereses Moratorios.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la AFP PORVENIR, en contra de la sentencia proferida el 07 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ALICIA MORENO DE SÁNCHEZ** en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

ALICIA MORENO DE SÁNCHEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, se declare su condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, por el fallecimiento de su hijo EDIXSON ARMANDO SÁNCHEZ MORENO; que, se condene e a la AFP PORVENIR S.A., a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes, a partir del 25 de febrero de 2019, en cuantía equivalente al 100%, junto con el retroactivo pensional, mesadas adicionales, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; que, se ordene el pago indexado de las mesadas; que, se conceda lo ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, su hijo EDIXSON ARMANDO SÁNCHEZ MORENO, falleció el 24 de febrero de 2019, por causas de origen común; que, durante toda su vida laboral, el causante cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, a través de la

AFP PORVENIR S.A., un total de 263 semanas; que, no era casado, no tenía esposa, compañera permanente, ni hijos.

Refirió que, el causante, en vida, les prestaba ayuda económica a sus padres, de forma permanente, los tenía afiliados a salud, mensualmente les entregaba una colaboración de \$500.000, ya que, ninguno de los dos era pensionado y no laboraban por ser personas de la tercera edad; que, su esposo falleció en el mes de marzo de 2019; que, sus ingresos mensuales ascendían a \$1.400.000, ya que, también recibían el canon de arrendamiento de dos locales, por \$450.000 cada uno, con lo que sufragaban sus gastos mensuales de servicios públicos, alimentación, impuestos, gastos personales, transportes y para que ella hiciera aportes al programa BEPS.

Indicó que, actualmente sólo recibe los \$900.000 de cánones, que resultan insuficientes para sobrevivir; además que, sus otras tres hijas, no pueden brindarle un soporte económico, pues, tiene sus obligaciones personales y no todas tienen trabajo, de ahí que, luego del fallecimiento su hijo, no cuenta con los recursos económicos suficientes para cubrir sus gastos mensuales, y tener una vejez y vida digna.

Informó que, con ocasión del fallecimiento de su hijo EDIXSON ARMANDO SÁNCHEZ MORENO, solicitó a la AFP PORVENIR S.A., el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, derecho que, el 20 de junio de 2019, le fue negado por esa Administradora, argumentando que, ella no dependía económicamente del causante; que, en el mes de agosto de 2019, reiteró su petición y nuevamente el 21 de agosto de 2019, recibió respuesta negativa de la demandada, por contar con un arriendo y otro inmueble diferente a su vivienda; que, es una persona de la tercera edad y presenta varios quebrantos de salud (Archivo 01).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, dio contestación en término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle o no ser ciertos; en su defensa alegó que, luego de recibir la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, presentada por la actora, contrató una investigación del núcleo familiar del afiliado fallecido con la firma León & asociados, quien logró establecer que, la actora, convivía con su esposo y el afiliado al momento de su fallecimiento; que, el causante estaba desempleado; que, la demandante, posee una casa de su propiedad y un apartamento por el que recibe un canon de arrendamiento; que, tiene 3 hijas que le aportan dinero para ayudarle con su sostenimiento; que, la actora, al momento del fallecimiento el afiliado recibía un subsidio de adulto mayor, por lo que, no logró acreditar la dependencia económica del fallecido. Formuló las excepciones de

inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo de la AFO PORVENIR S.A., cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por activa, buena fe y prescripción (Archivo 04).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 07 de marzo de 2023, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que, ALICIA MORENO DE SÁNCHEZ, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de su hijo Edixson Armando Sánchez Moreno, en los términos del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, a partir de 24 de febrero de 2019 y, sobre 13 mesadas anuales; condenó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a la demandante, el retroactivo pensional causado a partir de 24 de febrero de 2019; autorizó a la AFP PORVENIR S.A., a descontar el valor correspondiente para los aportes en salud.

También, ordenó el *a quo*, el pago de los intereses moratorios, sobre el retroactivo pensional generado desde el 14 de julio de 2019 y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago total de las mesadas pensionales adeudadas a partir del 24 de febrero de 2019; declaró no probadas las excepciones propuestas, condenó en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, argumentando que, para acceder a este derecho pensional los padres, deben demostrar la dependencia económica que tenían para su supervivencia de sus hijos, y, aunque ésta no debe ser total o absoluta, si debe estar acreditada, lo que, no ocurrió en el presente caso, ya que, los testigos no dieron fe del aporte que en vida hacía el causante a su madre y a su padre; que, ninguno de los testigos, argumentó que efectivamente el hijo fallecido, le contribuía económicamente a la demandante, sólo manifestaron que éste hecho les constaba por el dicho del hijo o la actora; que, al absolver interrogatorio de parte, la demandante, confesó los ingresos que tenía, los inmuebles que adquirió con sus propios recursos; y que, vivían de la renta que producían los bienes que en vida habían adquirido; que, los gastos en que incurría la demandante, para el pago de servicios, no eran más de \$200.000 y que de sus ingresos les quedaba libres \$600.000, luego francamente vivían de la renta, y al no estar demostrado el aporte efectivo que le daba el hijo no se demostró esa dependencia económica, válida para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada; que, la negativa de esa Administradora de pensiones, en conceder el derecho reclamado, no fue arbitraria, por lo que, tampoco hay lugar al pago de intereses moratorios; que, revocada la

decisión de Primera Instancia, no se debe condenar a esa Administradora, al pago de las costas procesales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la AFP PORVENIR, reiteró su petición para que se revoque el fallo de Primer Grado y se absuelva a esa Administradora de todas las pretensiones, pues, se demostró en el proceso que la actora, para la fecha de fallecimiento de su hijo EDIXSON SANCHEZ MORENO, convivía con su cónyuge, quien falleció con posterioridad, poseían ingresos propios producto del pago de arriendo por alquileres de bienes de su propiedad, recibía apoyo económico de sus hijas y del estado por un auxilio por adulto mayor; circunstancias que, confesó no solo en el interrogatorio de parte absuelto ante el Juzgado, sino en su escrito de demanda y en el formulario de petición del derecho pensional; que, ninguno de los testigos pudo ratificar la dependencia económica, pues todos fueron de oídas y a ninguno les constaba la supuesta ayuda del hijo hacia sus padres, quienes como se demostró vivían en casa propia para la fecha del fallecimiento del hijo y obtenían sus propios ingresos de los inmuebles de su propiedad en arriendo, del cual obtenían los recursos para vivir de manera digna; que, esa AFP, actuó dentro de la ley, al negar la pensión de sobrevivientes a la actora, pues, a la muerte del hijo fallecido como lo confesó, se proveía de ingresos de bienes de su propiedad de los que cubría los gastos que indicó eran suficientes para su manutención.

La demandante, solicitó confirmar la sentencia apelada, al encontrarse demostrado de forma clara y fuera de toda duda razonable, que sí dependía económicamente de su hijo fallecido, pues, al no contar con dicha ayuda, su calidad de vida se vio deteriorada, a tal punto que ahora, su salud, es atendida por el Sisben, no cuenta con ingresos permanentes y sus hijas no pueden brindarle ayuda constante.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la Sala, deberá determinar, si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primer Grado, al conceder la pensión de sobrevivientes reclamada por la madre del causante, teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, para lo cual deberá verificarse el tema de la dependencia económica respecto del afiliado fallecido; y en caso afirmativo, si procede el pago de los intereses moratorios y las costas procesales.

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

Con la forma asertiva como fue contestada la demanda y la documental que milita en los archivos 01 y 04 del expediente digital, se tiene por acreditado que el señor EDIXSON SÁNCHEZ MORENO, estuvo afiliado a la AFP PORVENIR S.A., desde marzo de 2009, realizando cotizaciones como trabajador dependiente e independiente, de manera ininterrumpida hasta abril de 2019.

De otra parte, no es materia de controversia la relación de parentesco que detenta la promotora de esta actuación con el afiliado fallecido, la que por demás se corrobora con el registro civil de nacimiento de éste obrante a folio 35 del Archivo 01.

BENEFICIARIOS Y REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Comoquiera que, es la fecha del fallecimiento del señor EDIXSON ARMANDO SÁNCHEZ MORENO, la que define la norma vigente aplicable al caso concreto, toda vez que el deceso de aquel se produjo el 24 de febrero de 2019 como se lee en el registro civil de defunción que obra a folio 37 (Archivo 01), se remite la Sala a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y que reza:

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

...

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

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

*“Partiendo de estas consideraciones, se concluye que **la decisión adoptada por el legislador frente a los padres del causante a pesar de ser conducente y adecuada para el logro de un fin constitucional válido, como lo es el correspondiente a la preservación económica y financiera del fondo mutual que asegura el reconocimiento y pago de las prestaciones que surgen de la seguridad social, desconoce el principio constitucional de proporcionalidad, pues como se demostró dicha medida legislativa sacrifica los derechos al mínimo vital y a la dignidad humana, y los deberes***

que le incumben al Estado de solidaridad y protección integral de la familia, que en términos constitucionales se consideran más importantes en defensa y protección del Estado Social de Estado.

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

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

Así las cosas, es necesario entrar a verificar las pruebas allegadas y practicadas en el proceso a fin de determinar si la demandante, dependían del causante.

Al respecto, al plenario se allegaron como pruebas, comunicación del 20 de junio de 2019, por medio de la cual la AFP PORVENIR, le informó a la demandante, que, “no acredita la condición de beneficiario(a) del reconocimiento pensional, puesto que al momento del fallecimiento del (de la) afiliado(a) no dependía económicamente del (de la) mismo(a) de acuerdo a la información y documentación allegada a esta reclamación, teniendo en cuenta lo dispuesto en la norma”; derecho de petición presentado por la demandante, el 08 de agosto de 2019, solicitándole nuevamente a la AFP PORVENIR S.A., el pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo Edixson Armando Sánchez Moreno, a lo que, esta le respondió el 21 de agosto de 2019, que, “...En la investigación, se pudo determinar que la reclamante cuenta con la ayuda de un arriendo y tiene otro inmueble diferente a su vivienda. Así las cosas, se mantiene la definición como rechazo con devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual incluido el bono pensional de la siguiente manera: 100% a ALICIA MORENO DE SÁNCHEZ en calidad de madre. Segundo: Como lo indicamos anteriormente, la reclamante no dependía económicamente del titular, por lo que no aplica pensión de sobrevivientes”.

También se encuentra, el certificado de FAMISANAR EPS, donde consta que la señora ALICIA MORENO DE SÁNCHEZ, era beneficiaria en salud, de su hijo EDIXSON ARMANDO SÁNCHEZ MORENO, y que, a la presentación de la demanda, se encontraba en estado retirada; certificado

de Fiduagraria, en el que se advierte que, la actora, se encuentra afiliada al Fondo de Solidaridad pensional, Programa de subsidio al aporte en pensión, como trabajador independiente, desde el 01 de noviembre de 2010 y activa para noviembre de 2020; contratos de arrendamiento, de un lote de terreno rural, en el municipio de Tibaná – Boyacá, del 30 de marzo de 2019 y 30 de marzo de 2020, suscritos entre la demandante, en calidad de arrendadora, y el señor Gabriel Caballero Aponte, como arrendatario de una fanegada de terreno, recibiendo como canon, la suma de \$400.000 “*anuales*”; recibo de impuesto predial, correspondiente a un inmueble ubicado en la ciudad de Bogotá; recibos de servicios públicos de gas, televisión y energía, por un total de \$369.000 aproximadamente; la historia laboral del causante, de la que se extrae que, éste cotizó al RAIS, 263 semanas, de marzo de 2009 a abril de 2019; relación de movimientos de la cuenta de ahorro individual del fallecido; los formularios de solicitud de la pensión por sobrevivencia, con fecha de radicado 14 de mayo de 2019; registro de defunción del señor Oliverio Sánchez Cano, cónyuge de la actora y padre del causante, quien también falleció, pero, el 30 de marzo de 2019.

Igualmente, se allegaron al plenario declaraciones extraproceso rendidas por la demandante, ante la Notaría 49 del Circulo de Bogotá, el 29 de abril de 2019 y de la Notaría 68 también del Círculo de Bogotá, del 15 de diciembre de 2020, donde ésta manifestó ser la única beneficiaria de su hijo fallecido, quien los apoyaba económicamente a ella y su esposo, con un auxilio económico de \$500.000, que sumado al arriendo de un local comercial, por \$450.000, más la venta de un pasto por \$34.000 mensuales, correspondían a los ingresos mensuales con los que podía pagar alimentación, servicios públicos, gastos personales y ahorraban para el impuesto predial de cada año; que, la actora, es una persona de la tercera edad, que no tiene trabajo, desvinculada del Sistema de Salud, desde el fallecimiento de su hijo y en una situación económica deficiente, pues, sus otras 3 hijas, se encuentran cesantes.

De otro lado, dentro del curso del proceso al absolver interrogatorio de parte, la señora ALICIA MORENO DE SÁNCHEZ, indicó que, trabajó hasta al año 2008 y se retiró para cuidar a su esposo, quien se encontraba muy enfermo de artritis; que, para la fecha de fallecimiento de su hijo EDIXSON SÁNCHEZ, vivían en la residencia familiar, recibía el canon de arrendamiento de “*dos localitos que tenían arrendados a \$400.000*”, incluido en ese valor el pago de los servicios públicos; que, en su vivienda pagaban aproximadamente \$200.000 de servicios; que, el causante para el año 2019, había terminado su contrato de trabajo con ICON, pero como era ingeniero de sistemas, nunca estuvo desempleado, trabajaba como independiente, desconoce cuánto devengaba, pero afirmó que, el causante, le daba \$500.000 mensuales, les pagaba la Seguridad Social; que, sus otras hijas, le aportaban algún dinero, pero, no siempre pueden hacerlo pues, son madres cabeza de hogar y tienen sus propias obligaciones.

Asimismo, declararon en el proceso, y ratificaron sus declaraciones extrajuicio, MISAELINA ELIZABETH LEÓN LEÓN, quien dijo ser vecina de la demandante y conocerla hace 30 años; que, la actora, trabajaba en un empresa de flores, pero su esposo sufría de artritis y otras enfermedades que fueron empeorando con los años, por lo que, su hijo Edixson Armando, era su principal apoyo; que, la testigo, conoció al causante, desde muy niño, pues, compartió parte de la niñez en el barrio, fue un chico muy juicioso, organizado con sus cosas, que, no tuvo la oportunidad de sacar su vida adelante en Bogotá, por lo que, se fue a vivir a Tunja, con una hermana, allí terminó sus estudios, trabajó y se ubicó; que, el fallecido, venía a la ciudad, los fines de semana, a visitar a sus papás; dijo que, Edixson Sánchez, les daba un apoyo económico a sus padres, porque la demandante tuvo que dejar de trabajar, hace aproximadamente 15 años, para cuidar a su esposo; que, el causante, no era casado, ni tenía hijos; que, la actora y su esposo, tenían 3 hijas más, Olga Lucia, Mary Luz e Ingrid Sánchez; que, el causante, tenía afiliados al Sistema de Salud, a sus padres; que, luego del fallecimiento de su hijo y del esposo, la demandante, se sostiene económicamente, con dos locales que tiene en su vivienda, pero que, sólo está recibiendo el arriendo de uno de ellos, por \$500.000, ya que, el otro local, permanece desocupado. También informó que, actualmente la actora, se encuentra en el Sisben, para su atención en salud y recibe un subsidio para la pensión; que, nunca vio al fallecido entregándole el dinero a sus padres, pero si lo supo porque él, le contó que les daba una ayuda, además cuando iba a visitarlos, se notaba la diferencia porque hacían mercado juntos y los sacaba a comer.

ANA MERCEDES ROJAS ESTUPIÑAN, también dijo ser vecina de la actora, y conocerla desde hace 40 años aproximadamente; dijo que, el señor Oliverio Sánchez, esposo de la demandante y padre del causante, trabajaba comprando y vendiendo panela, pero vendió carro con que repartía ese producto y con ese dinero, arreglaron su casa, pusieron dos locales, pero la calle no era comercial, entonces a veces podían arrendar y otras no; explicó que, el hijo menor de la testigo, era amigo del fallecido, entonces permanecía mucho tiempo en su casa, allí se enteró que EDIXSON SÁNCHEZ, era técnico en redes de computadores y que, había conseguido trabajo en la Alcaldía de Tunja, a donde se fue a vivir; que, en alguna oportunidad vio como sacaban al señor Oliverio Sánchez, en una silla, porque ya no caminaba, entonces ella le preguntó al causante, que había pasado y el contó que su padre estaba muy enfermó, que sus hermanas estaban sin trabajo y que él les tenía que pasar una cuota mensual a sus padres, además de tenerlos afiliados al Sistema de Salud; desconoce si actualmente las hijas de la actora, le brindan alguna ayuda económica, tampoco dio detalles de los ingresos de la demandante; manifestó que, el señor Oliverio Sánchez, vivía muy enfermó, la señora Alicia, era quien lo cuidaba y acompañaba al médico y el causante era quien cubría los gastos de *“transporte y todo eso, él era quien le estaba dando a la señora Alicia y le colaboraba con eso”*.

INGRID SÁNCHEZ MORENO, hija de la demandante y hermana del fallecido, manifestó que, su señora madre, actualmente vive sola, en un casa que tiene en el barrio Britalia; que, ella le puede ayudar muy poco económicamente, porque es madre soltera de 4 hijos, entonces, de vez en cuando le da un mercado, otra de sus hermanas no trabaja y desconoce qué ayuda le brinda la tercera hija; explicó que, la señora Alicia Moreno, trabajaba, pero su padre, se enfermó y ella tuvo que dejar el trabajo, para dedicarse a la casa, entonces la única persona que les ayudaba era Edixson Sánchez, porque no tenía familia propia, ni obligaciones, *“les daba \$500.000 mensuales, los tenía afiliados al seguro, contaron siempre con el apoyo de él”*; que, en la casa familiar, tenía unos locales, pero solo uno estaba arrendado y recibían \$400.000 aproximadamente; que, los gastos de la familia se incrementaron cuando su padre enfermó y la demandante, tuvo que dejar de trabajar; que, el causante era técnico de sistemas, tenía varios contratos, nunca se quedaba sin trabajo, porque cuando no estaba por prestación de servicios, hacia arreglos como independiente; que, el fallecido tenía sus gastos personales, pero *“él siempre le enviaba su cuota a mi mamita para Bogotá”*.

De las pruebas antes reseñadas, claro es para la Sala, que, sin desconocer los ingresos que la demandante, podía recibir por concepto de arrendamiento de un local comercial y un terreno rural, tales recursos no resultaban suficientes para su manutención y los gastos en que tenía que incurrir para asistencia médica de su cónyuge, el señor OLIVERIO SÁNCHEZ, quien, de acuerdo con el dicho de las testigos, tenía una enfermedad degenerativa y permanecía constantemente en el hospital, de ahí que, la ayuda que recibía de su hijo fallecido EDIXSON SÁNCHEZ MORENO, quien era el único empleado, resultaba indispensable para que la actora, tuviera un nivel de vida digna y decorosa. Nótese como después del fallecimiento del señor Sánchez Moreno, ésta tuvo que pasar al Sistema Subsidiado de Salud, lo que denota su falta de autosuficiencia e independencia económica y la subordinada que tenía de los recursos que le proveía el causante.

Así las cosas, contrario a lo señalado por la demandada, no puede desconocerse que el aporte efectuado por el fallecido a sus padres, era determinante para su congrua subsistencia, aun cuando, la actora, recibía otros ingresos producto de unos arrendamientos; y es que, la dependencia económica de los padres no tiene que ser total y absoluta, sino significativas en relación con el total de ingresos; así lo aclaró la Corte Constitucional, a partir de la sentencia C-111 de 2006, en la que explicó que debe existir una relación de sujeción de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo, lo cual no excluye que aquellos puedan percibir rentas o ingresos adicionales, a condición que estos no sean suficientes para garantizar su independencia económica, es decir, que esas rentas no alcancen a cubrir los costos de su propia vida (CSJ SL400- 2013, CSJ SL816-2013, CSJ SL2800-2014, CSJ SL3630- 2014, CSJ SL6690-2014, CSJ SL14923-2014).

Es así como ha estimado la jurisprudencia del trabajo que la carga de la prueba de la dependencia económica corresponde a los padres-demandantes y, al demandado, el deber de desvirtuar esa sujeción material mediante el aporte de los medios de convicción que acrediten la autosuficiencia económica de los padres para solventar sus necesidades básicas (CSJ SL, 24 nov. 2009, rad. 36026), situación esta última que no se logró en el presente caso, pues, se reitera, en ningún momento la actora, desconoció los ingresos por arrendamientos, ni el subsidio pensional que recibe; sin embargo, tanto ella, como las testigos que declararon en el proceso, fueron claras y coincidentes en advertir que, su hijo fallecido, tenía que contribuir en el hogar, porque dichos ingresos no era suficiente para cubrir las necesidades de su familia de forma digna, sin que se tratara de una simple colaboración por parte del causante hacia sus padres, sino que se trataba de un verdadero soporte o sustento económico, pues, sus otras hijas no podía aportar, de ahí que, los gastos y necesidades de su hogar, estaban sujetos a los recursos que les brindaba su hijo fallecido.

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

En lo atinente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993¹ y que se causan por la tardanza en el pago de la pensión, basta indicar que al no encontrarse justificada la decisión por la cual la demandada se abstuvo de reconocer la pensión de sobrevivientes a los padres de su afiliado, pues se limitó en su respuesta a indicar que no dependían económicamente del mismo, sin siquiera verificar las condiciones que daban lugar a su reclamación, por supuesto que no es dable la revocatoria de esta condena, máxime cuando tampoco se invocó la aplicación de una norma o jurisprudencia² -bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley-, que le permitiera en su momento a la Administradora de pensiones, argumentar su determinación de rechazo de la solicitud pensional.

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

² Si se quiere, se puede consultar la [Sentencia 43602 \(7872013\), nov. 6/13, de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, M. P. Jorge Mauricio Burgos](#), entre otras, en la que en lo pertinente precisó: “*Si el atraso se debe a que la jurisprudencia o el régimen legal existente al momento de exigir el derecho indicaban que el afiliado no había cumplido los requisitos, no hay lugar a que se aplique la sanción, aunque nuevas disposiciones permitan acceder al beneficio y obliguen al fondo respectivo a cancelar los meses atrasados.*”

Finalmente, en relación con la condena en costas a cargo de COLPENSIONES, habida cuenta que éstas se imponen a la parte vencida en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que, evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad esa demandada, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releve de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la misma; además, no le corresponde a esta Instancia pronunciarse sobre el valor de las agencias en derecho fijadas por la Juez de Primer Grado, ya que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, éstas “*solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas*”; decisión que se profiere en Primera Instancia, siendo allí, donde a través de los recursos de ley, la parte recurrente deberán manifestar las inconformidades que tenga al respecto, en aras de garantizar el principio de la doble instancia.

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

Costas en esta Instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 07 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ALICIA MORENO DE SÁNCHEZ** en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la demandada AFP PORVENIR. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.300.000.00, a favor del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

En uso de
Permiso

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105005202100137-01

En Bogotá D.C., hoy veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social –Pensión de Vejez – Sumatoria de tiempos públicos y privados – Intereses Moratorios – Costas procesales.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 07 de octubre de 2022, por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ÁLVARO PÉREZ LEMUS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

ÁLVARO PÉREZ LEMUS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, se ordene a COLPENSIONES, reconocer y pagar la pensión de vejez, a partir del 24 de julio de 2009, con el retroactivo pensional causado y los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 hasta que se cancele la totalidad de las mesadas reconocidas; que, se ordene la indexación de las sumas adeudadas; que, se reconozca lo ultra y extra petita, así como las costas y costos de esta actuación.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, prestó sus servicios para FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA hoy FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, entre el 01 de diciembre de 1969 y el 07 de noviembre de 1988, es decir, 18 años, 10 meses, 06 días o 982,71 semanas; que, también cotizó al ISS hoy COLPENSIONES, entre el 01 de abril de 1999 y el 31 de marzo de 2010, para un total de tiempo laborado

de 21 años, 7 meses y 11 días equivalente a 1.1126,71 semanas; que, es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, al 01 de abril de 1994, contaba con más de 45 años de edad y 18 de servicio; que, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, constituyó bono pensional, por el tiempo servido a esa Entidad, y lo envió a COLPENSIONES.

Refirió que, desde el año 2010 le ha reclamado a COLPENSIONES, el reconocimiento de la pensión de vejez; no obstante, la demandada, le negó el derecho y mediante resolución 126249 del 12 de noviembre de 2010, le concedió la indemnización sustitutiva, en cuantía de \$2.494.836; que, posteriormente, haciendo averiguaciones sobre su legítimo derecho, el 17 de marzo de 2020, nuevamente le solicitó a COLPENSIONES, la pensión de vejez, que le fue negada a través de la resolución SUB188586 del 03 de septiembre de 2020, por encontrarse pensionado a cargo del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, lo cual no es cierto, pues, aunque esa Entidad, le había reconocida una pensión de jubilación, la misma fue revocada por medio de la resolución 2868 del 03 de agosto de 2004 y fue retirado de nómina de pensionados, según resolución 3041 del 01 de diciembre de 2014, por lo que, actualmente no tiene o devenga ninguna pensión pública ni privada, teniendo derecho a la sumatoria de tiempos, para el reconocimiento pensional, como lo ha fijado la reciente jurisprudencia, tanto de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como de la Corte Constitucional (Archivo 02).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, presentó escrito de contestación oportunamente, se opuso a las pretensiones y negó la mayoría de los hechos. En su defensa argumentó que, el demandante, no es beneficiario del régimen de transición, pues, para el 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no logró acreditar las 750 semanas de cotización y muchos menos acreditó los 15 años de servicio, razón por la cual el régimen de transición no se le puede hacer extensible hasta el 31 de diciembre de 2014, de ahí que, tampoco procede el reconocimiento de la pensión de vejez, con 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo y 60 años de edad. Insistió en que el actor, se encuentra pensionado por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por lo que, afirmó que, las pretensiones de la demanda, carecen de soporte legal, ya que, la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990, únicamente se reconoce a los afiliados, que hayan efectuado aportes al ISS hoy COLPENSIONES, lo que no ocurre en el presente asunto. Propuso las excepciones de mérito denominadas prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, carencia del derecho, innominada o genérica, compensación, buena fe de COLPENSIONES, imposibilidad de acumular tiempos públicos y privados (Archivo 07).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 07 de septiembre de 2022, el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES a pagar al señor ÁLVARO PÉREZ LEMUS, la pensión de vejez, a partir del 19 de marzo de 2018 en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente junto con los reajustes legales y mesadas 13 y 14 adicionales, así como los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 19 de marzo de 2021; declaró probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 19 de marzo de 2018; y, la excepción de compensación por la suma de \$2.494.836, correspondientes al pago de la indemnización sustitutiva, que deberá COLPENSIONES, descontar del retroactivo pensional; condenó en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de **COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación, argumentando que, las cotizaciones que realizó el demandante, al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, no pueden ser tenidas en cuenta por COLPENSIONES, para el reconocimiento de la pensión de vejez, en los términos del artículo 049 de 1990 y en virtud del régimen de transición, ya que, ésta sólo debe liquidarse incluyendo las cotizaciones efectuadas a esa Administradora; que, debe reconsiderarse la condena en costas y el valor de las agencias en derecho.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, COLPENSIONES, solicitó revocar la de decisión apelada, reiterando que, el señor ALVARO PEREZ LEMUS para el 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no logró acreditar las 750 semanas de cotización y mucho menos los 15 años de servicio, razón por la cual dicho régimen, no se le puede hacer extensible hasta el 31 de diciembre de 2014, es decir, que el demandante, no logró conservar el régimen de transición y, por lo tanto, tampoco puede acceder a la pensión de vejez, prevista en el Acuerdo 049 de 1990, menos aun cuando es beneficiario de una prestación por jubilación, que le reconoció el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, tiempo que no puede ser sumado al cotizado en COLPENSIONES, para obtener otro derecho pensional.

El demandante, manifestó que, es beneficiario del régimen de transición y tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, prevista en el Acuerdo 049 de 1990, como lo dispuso el Juez de Primer Grado, al haber quedado plenamente demostrado que, no se encuentra activo como pensionado por jubilación ni vejez, por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, siendo posible acumular las semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES, con los tiempos laborados en el sector público y cumplir con el requisito de las 1000 semanas, que lo hacen acreedor a la prestación por vejez reconocida.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES, la Sala deberá determinar, si procede o no el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del actor, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, con la acumulación de los tiempos públicos y privados cotizados; y, en caso afirmativo, si igualmente deben reconocerse los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y condenar a COLPENSIONES al pago de las costas procesales.

DEL REGIMEN DE TRANSICIÓN

No existe duda en el presente asunto, que el señor ÁLVARO PÉREZ LEMUS, nació el 24 de julio de 1949, pues de ello da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía visible en los archivos 02 y 07,1 del expediente digital, por lo que para el 01 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, siendo a todas luces evidente que gozaba del precitado régimen de transición pensional; sin embargo, este beneficio fue supeditado con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, en cuyo párrafo transitorio 4, indicó que el régimen de transición pensional establecido en la Ley 100 de 1993, no podría extenderse más allá del **31 de julio de 2010**, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, tengan cotizados al menos **750 semanas** o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría el régimen hasta el año 2014, presupuesto de densidad de cotizaciones que igualmente se tiene acreditado con la certificación electrónica de tiempos laborados – CETIL, que reposa en los mismos archivos ya citados, donde se lee que, el demandante, prestó sus servicios a FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, entre el 01 de diciembre de 1969 y el 07 de noviembre de 1988, es decir, que para la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, contaba con el tiempo de servicios equivalente a las 750 semanas exigidas para mantener el régimen de transición.

DE LA SUMATORIA DE TIEMPOS LABORADOS EN EL SECTOR PÚBLICO Y DE LOS COTIZADOS AL ISS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ PREVISTA EN EL ACUERDO 049 DE 1990

Asegura COLPENSIONES, que no procede el reconocimiento de la pensión de vejez, otorgada al demandante, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, ya que,

éste no cumplió con el requisito de semanas cotizadas exigidos en dicha norma, la cual sólo acepta cotizaciones efectuadas al ISS hoy Colpensiones, y no la sumatoria de cotizaciones del sector público y privado.

Al respecto, es preciso señalar que, la Sala de Casación Laboral durante varios años, sostuvo que no era posible sumar los tiempos públicos no aportados al ISS con las cotizaciones efectivamente sufragadas a esa Entidad, a efectos de poder acceder al reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año; sin embargo, dicha Sala cambió su criterio jurisprudencial y a partir de la sentencia CSJ SL1947 de 2020, estableció que en virtud del régimen de transición, es procedente la sumatoria de tiempos de servicios en los sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, para el reconocimiento de las pensiones otorgadas conforme al Acuerdo 049 de 1990, esto por cuanto, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 habilitó la posibilidad de proteger a todas aquellas personas que al 01 de abril de 1994 tuvieran una expectativa legítima para pensionarse conforme a un régimen anterior, respetando la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y tasa de remplazo; pero el computo de semanas se rige por lo establecido en el literal f) del artículo 13, párrafo 1 del artículo 33 y el párrafo del citado artículo 36 de la mencionada Ley 100, que expresamente dispone la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos últimos no hubiesen sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

Postura que igualmente fue ratificada en la sentencia S11981 de 2020, donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que:

“...Rectificación jurisprudencial:

(...)

(i) El sistema de seguridad social, inspirado en el principio de universalidad y el trabajo como referente de construcción de la pensión, reconoce validez a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) a la que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados.

(ii) En tal dirección, el literal f) del artículo 13 refiere que para el reconocimiento de las pensiones del sistema se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el lapso laborado.

(iii) Los beneficiarios del régimen de transición, son afiliados del sistema general de seguridad social y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas laboradas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS, hoy Colpensiones.

(iv) Esta regla de cardinal importancia la resaltó el legislador en el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al habilitar para los beneficiarios del régimen de transición, los tiempos públicos y privados, cotizados o no a entidades de previsión social o al ISS.

(v) Para darle viabilidad a esta posibilidad legal de integrar las semanas laboradas en el sector público sin cotización al ISS, la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios regulan extensamente todo un régimen financiación de las prestaciones a través de cuotas partes y títulos pensionales.

*De acuerdo con los anteriores argumentos, la Corte Suprema de Justicia abandona su criterio mayoritario conforme al cual el Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición, solo permite sumar cotizaciones realizadas exclusivamente al ISS y, **en su reemplazo, postula que sí es posible para efectos de obtener la pensión por vejez prevista en ese reglamento, contabilizar las semanas laboradas en el sector público, sufragadas o no a una caja, fondo o entidad de previsión social. En consecuencia, todos los tiempos laborados, sin distinción al tipo de empleador o si fueron objeto de aportes a pensión o no, son válidos para efectos pensionales...*** (Negrilla fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, y comoquiera que, el demandante, es beneficiario del régimen de transición, previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, procede la Sala, a verificar si cumple con los requisitos del régimen anterior, para acceder al beneficio pensional.

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 que aprobó el Decreto 758 del mismo año, establece:

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

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

El requisito de la edad lo cumplió el demandante, el 24 de julio de 2009, cuando alcanzó los 60 años de edad. Ahora, en cuanto al número de semanas cotizadas, teniendo en cuenta que, como ya se indicó, en el presente caso, procede la sumatoria de tiempos públicos no cotizados y privados sufragados al ISS, al tomar el tiempo laborado por el demandante, a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por 18 años, 11 meses y 6 días, que corresponden a 973,71 semanas y agregar las 144 semanas cotizadas al ISS, se obtiene un total de 1.117, 71 semanas, que resultan suficientes para reconocer al señor ÁLVARO PÉREZ LEMUS, la pensión de vejez, dando aplicación al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, tal como fue indicado por el *a quo*; sin que el supuesto reconocimiento de una pensión convencional de jubilación, por parte del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, haya justificado la negativa de COLPENSIONES, de conceder al actor, el derecho pensional, pues, como quedó demostrado en el proceso con la documental obrante en el archivo 14 del expediente digital, aunque esa Entidad, mediante resolución 2326 del 20 de noviembre de 2003, dispuso reconocer y pagar una pensión vitalicia de jubilación de carácter proporcional y de naturaleza convencional por valor de \$424.734.56 a partir del día 16 de septiembre de 2000,

a favor del señor PÉREZ LEMUS, la misma fue revocada por la resolución 1927 del 2 de junio de 2004, concediéndole una pensión especial de jubilación por vejez, de carácter convencional de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la Convención Colectiva de 1978; prestación que luego fue revocada por dicho Fondo, por la autorización dada mediante sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá y confirmada por la Sala de Descongestión Laboral del Circuito de Bogotá, cesando definitivamente el pago de la pensión vitalicia de jubilación al actor.

Así las cosas, habrá de confirmarse la sentencia apelada, en cuando reconoció la pensión de vejez a favor del demandante, conforme a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Como consecuencia de la pensión deprecada, solicitó el demandante, condenar a COLPENSIONES, al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, petición a la que accedió el Juez de Primer Grado; no obstante, esta Sala, en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, deberá revocar esta sanción, teniendo en cuenta que el reconocimiento de la pensión de vejez otorgada al señor ÁLVARO PÉREZ LEMUS, lo fue con fundamento en un cambio jurisprudencial, siendo esta una de las excepciones para la imposición de los intereses moratorios, como lo determinó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL5673-2021, reiterada recientemente en la SL1248-2023, donde al respecto, indicó:

“...No sobra recordar que si bien es cierto esta Sala de Casación ha señalado que, excepcionalmente, las administradoras de pensiones públicas o privadas se encuentran exoneradas del pago de los mentados intereses moratorios, también lo es que precisó que ello sólo es posible en casos específicos y, se itera, excepcionales, bien sea: i) cuando la administradora de pensiones niega el derecho con apego minucioso a la ley vigente aplicable al caso concreto; ii) cuando el reconocimiento de la prestación obedece a un cambio de criterio jurisprudencial que obviamente dicha entidad no podría prever para la época en que le fue presentada la solicitud prestacional; o iii) cuando la administradora niega la prestación pensional por existir disputa entre sus posibles beneficiarios...”

En su defecto, se dispondrá la indexación del retroactivo pensional, en aras de compensar la pérdida del poder adquisitivo que sufrió el valor de las mesadas adeudadas, por el simple transcurrir del tiempo desde la fecha en que se causaron hasta que se haga efectivo su pago, conforme con la fórmula siguiente:

$$VA = \frac{VH \times IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

Donde:

VA= Valor actualizado

VH= Valor histórico correspondiente a cada mesada pensional adeudada.

IPC Final= Índice de precios al consumidor del mes en que se efectuará el pago

IPC Inicial= Índice de precios al consumidor del mes de causación de cada mesada causada y no cancelada

DE LAS COSTAS PROCESALES

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que impuso el Juez de Primera Instancia a COLPENSIONES, considera la Sala, que, no hay lugar a absolver a esa demandada de las mismas, si se tiene en cuenta que el artículo 365 del CGP, consagra su imposición a la parte que resulte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto, en tal orden de ideas al haber sido desfavorable a sus intereses la providencia, no se equivocó el *a quo*, al disponer la condena; además, no le corresponde a esta Instancia pronunciarse respecto al valor de las agencias en derecho fijadas por el Juez de Primer Grado, ya que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, éstas “*solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas*”; decisión que se profiere en Primera Instancia, siendo allí, donde a través de los recursos de ley, la recurrente deberá manifestar las inconformidades que tenga al respecto, en aras de garantizar el principio de la doble instancia.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta concedido a su favor.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Las de Primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal segundo la sentencia proferida el 07 de septiembre de 2022, por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, y **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** del pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debiendo en su lugar, indexar el retroactivo pensional adeudado, de conformidad con la fórmula descrita en la parte considerativa.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de Primera Instancia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 a favor del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

*En uso de
Permiso*

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105026202200184-01

En Bogotá D.C., hoy veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Reliquidación pensional – Conteo de Semanas – Interese Moratorios – Costas procesales.

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida, el 02 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JOSÉ ABEL MONSALVE GÓMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

JOSÉ ABEL MONSALVE GÓMEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, para que, se declare y condene a COLPENSIONES, a reconocer y pagar la pensión de vejez, a partir del 01 de octubre de 2019, junto con el valor de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales causadas entre esa fecha y el 14 de enero de 2022, cuando le fue reconocido ese derecho; que, se condene a COLPENSIONES, al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o de manera subsidiaria la indexación de las mesadas pensionales adeudadas; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y gastos del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 06 de septiembre de 1955, por lo que cumplió los 62 años de edad, el mismo día y mes del año 2017; que, cotizó al Sistema General de Pensiones, un total de 1.443 semanas, por lo que, el 11 de enero de 2018, solicitó a COLPENSIONES, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, derecho que

le fue negado, mediante la resolución SUB27798 del 31 de enero de 2018, alegando que sólo contaba con 1.176 semanas; que, el 22 de octubre de 2021, solicitó un nuevo estudio pensional y éste también le fue negado, a través de la resolución SUB320371 del 01 de diciembre de 2001, insistiendo la demandada, en que no contaba con el número suficiente de semanas, que para entonces, sólo era de 1.162.

Refirió que, contra la anterior resolución, interpuso los recursos de reposición y subsidiario de apelación y COLPENSIONES, por resolución SUB55509 del 25 de febrero de 2022, decidió reponer su decisión y concederle la pensión de vejez, sin el pago del retroactivo pensional; que, a la fecha de presentación de esta demanda, no se había resuelto el recurso subsidiario de apelación (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda; aceptó la mayoría de los hechos y alegó en su defensa que, la pensión de vejez reconocida al demandante, a través de la resolución SUB55509 del 25 de febrero de 2020, se ordenó a partir del 14 de enero de 2022, pues, su empleador CONSTRUCCIONES E INV, sólo reportó la novedad de retiro el 06 de enero de 2022, siendo necesario acreditar su desafiliación del Sistema pensional, para poder disfrutar íntegramente de ese derecho, de lo contrario, bajo los parámetros fijados en las Circulares Internas 24 de 2014 y 01 de 2021, la prestación se debía reconocerse a corte de nómina. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y las demás que resulten probadas en el proceso y puedan ser declaradas de oficio por el Juez (Archivo 07).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 02 de marzo de 2023, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que, el señor JOSÉ ABEL MONSALVE GÓMEZ, cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, de conformidad con la Ley 797 de 2003, a partir del 07 de septiembre de 2018; condenó a COLPENSIONES, a reconocer y pagar a favor del demandante, el retroactivo pensional correspondiente a las mesadas causadas entre el 07 de septiembre de 2018 y hasta el 13 de enero de 2022, es decir, con un día de anterioridad al ingreso en nómina de pensionados dispuesto en la resolución SUB55509 del 25 de febrero de 2022, por la suma de \$37.546.073, autorizando a COLPENSIONES, a efectuar el descuento en salud equivalente al 12.5%, es decir, \$4'693.259, lo que arrojó un valor neto a pagar a favor del actor, de \$32'852.814.

También, ordenó la *a quo*, el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 respecto de las mesadas causadas del 07 de septiembre de 2018 hasta el 13 de enero de 2022, a partir del 22 de febrero de 2022 y hasta el momento que se efectúe el correspondiente pago del retroactivo pensional; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la totalidad de la sentencia de Primer Grado y se absuelva a esa Administradora de las condenas impuestas, pues, dentro de la resolución SUB 55509 del 25 de febrero de 2022, esa Administradora, repuso una decisión anterior y le reconoció la pensión de vejez, al demandante, a partir del 14 de enero de 2022, en una cuantía de \$1.000.000, de conformidad con las normas existentes, teniendo como último empleador a CONSTRUCCIONES E INV, quien cotizó a su favor hasta el 31 de enero de 2022, razón por la cual no se generó ningún retroactivo; citó jurisprudencia de Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Circular 01 de 2021, para indicar que, debe existir una novedad de retiro para que haya lugar al retroactivo pensional; que, de conformidad con el principio de favorabilidad, el pago de la pensión debe hacerse a partir del día siguiente a la novedad de desafiliación del Sistema General de Pensiones; que, en el presente caso, quedó demostrado que COLPENSIONES, le reconoció al actor, la prestación pensional, a partir del día en que se demostró su retiro efectivo del Sistema; que, tampoco procede el pago de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que se generan por el retardo injustificado de las mesadas pensionales, lo que no ocurrió en el presente caso, debido a que, reconocido el derecho a favor del actor, éste se ha venido cancelando sin ninguna demora; que, menos aún procede la condena en costas, ya que, COLPENSIONES, repuso su decisión y le concedió la pensión de vejez al señor José Abel Monsalve Gómez.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, las partes guardaron silencio al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación

interpuesto por COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primer Grado, al ordenar la reliquidación de la pensión de vejez reconocida al actor, junto con el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

DEL ESTATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No fue objeto de discusión en la alzada que, COLPENSIONES, a través de la Resolución SUB55509 del 25 de febrero de 2022, le otorgó pensión de vejez al demandante, a partir del 14 de enero de esa anualidad, en cuantía inicial de \$1.000.000, pensión que se concedió bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003. (Archivos 01 y 09).

DE LA CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Sobre el tema en particular, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que: *“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”*

En tal sentido la sentencia CSJ - SL del 24 marzo 2000, rad. 13425; precisó:

*“1-. Tal como lo resalta el impugnante, no es dable confundir la causación de la pensión de vejez con su disfrute. **La primera ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de cotizaciones exigidos normativamente; en cambio, el disfrute de la pensión y su cuantía definitiva, una vez causada la pensión, están en función del momento en que lo solicite el afiliado, pero siempre y cuando haya acreditado su desafiliación al seguro de vejez.***

“Así lo entendió en lo fundamental el tribunal, al aplicar e interpretar acertadamente el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, que no tiene el sentido pretendido por la censura. Al respecto cabe precisar que, reunidos los requisitos mínimos del régimen de beneficio definido prescritos en los reglamentos o en la Ley, puede el asegurado solicitar la pensión de vejez que se ha causado en su favor. Mas, como es lógico, la tramitación de su petición puede requerir de un tiempo prudencial mientras el ente asegurador comprueba que se han cumplido satisfactoriamente las condiciones respectivas. Entretanto continuará el pago de las cotizaciones que muy seguramente aumentarán el valor de la pensión reclamada.

“La desafiliación del seguro de invalidez, vejez y muerte puede disponerla el Instituto de Seguros Sociales por iniciativa del empresario o por petición del interesado en obtener la referida pensión, siempre que haya acreditado los requisitos pertinentes.

“Precisamente una de las finalidades de la pensión es reemplazar el salario, esto es, suplir la pérdida de ganancia del mismo.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Ahora, cumple precisar que el disfrute de la pensión de vejez, por regla general se hace a partir de la desafiliación al sistema, atendiendo al mandato del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año y 35 ibidem, preceptos que se mantienen vigentes, al amparo de lo previsto en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, no obstante, jurisprudencialmente se tiene dicho que existen situaciones en las que resulta inane exigir el cumplimiento del requisito de la desafiliación, para entrar a percibir las mesadas pensionales; es así como, tras haberse causado el derecho, no será necesaria la desafiliación del trabajador del Sistema General de Pensiones, para reconocer la pensión desde su causación, cuando tras haber cumplido los requisitos legales, es conminado por la Administradora de Pensiones, a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad para reconocer el derecho o cuando deja de pagar sus cotizaciones, lo que refiere su intención inequívoca de desafiliarse del sistema (Sentencias SL5603 de 2016, SL1302 de 2021, SL 2061 de 2021, entre otras).

Descendiendo al caso bajo estudio, el demandante, cumplió con el requisito de edad, el 06 de septiembre de 2007, por haber nacido el mismo día y mes del año 1955. Ahora, en relación el número mínimo de semanas cotizadas, se tiene que, el actor, hizo una primera reclamación del derecho pensional, el 11 de enero de 2018, que le fue negado por COLPENSIONES, a través de la resolución SUB27798 del 31 de enero de 2018, por contar sólo con 1.176 semanas. El 22 de octubre de 2021, el señor MONSALVE GÓMEZ, reiteró la petición de reconocimiento de la pensión de vejez, y nuevamente COLPENSIONES, se abstuvo de concederle el derecho, afirmando que, para esa fecha, acreditaba nada más 1.162 semanas. Sin embargo, verificado el reporte de semanas cotizado, expedido por COLPENSIONES, el 26 de julio de 2022, encuentra la Sala, que, para el 07 de septiembre de 2018, el demandante, ya cumplía con las 1.300 semanas cotizadas; por lo tanto, COLPENSIONES, indujo en error al demandante, ante la negativa de concederle el derecho en aquella oportunidad, de ahí que éste se vio obligado a continuar cotizando hasta el mes de marzo de 2022, pese a que, se reitera, desde el septiembre de 2018, ya reunía los requisitos de edad y tiempo cotizado, para acceder a la pensión de vejez

Así las cosas, siendo obligación de COLPENSIONES, mantener actualizada, organizada y sistematizada la historia laboral de sus afiliados, no existe justificación válida alguna para que decidiera reconocer la pensión de vejez del demandante, con la resolución SUB55509 del 25 de febrero de 2022 y a partir del 14 de enero del mismo año, fecha posterior a la de cumplimiento de los requisitos legales; lo que conduce a la Sala, a confirmar la decisión de la Juez de Primera Instancia, en este sentido.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Como consecuencia de la reliquidación deprecada, la Juez de Primer Grado, condenó a COLPENSIONES, al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a lo que se opone esa demandada, alegando que esta clase de sanción sólo procede por el no pago de mesadas pensionales.

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

Claro es que, si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredita el derecho pensional y la Entidad encargada de reconocerlo no lo hace, incurre en mora, surgiendo la obligación de reconocer los intereses moratorios; pero, frente a un mayor valor de la pensión fruto de un reajuste o reliquidación, aunque inicialmente no se contemplaba el pago de dicha sanción, la Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia, modificó su postura a través de la sentencia CSJ SL3130 de 2020, donde señaló lo siguiente:

“...mientras no se cumpla a cabalidad con la respectiva obligación, en este caso, el pago íntegro de la mesada pensional en la cuantía y términos establecidos legalmente, la entidad obligada a su reconocimiento sigue en mora y, como consecuencia, según las voces naturales y obvias del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe pagar intereses moratorios sobre las sumas debidas.

Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora.

3. En aras de reforzar argumentativamente la anterior inferencia, la Corte estima pertinente recordar que, en el específico ámbito de las relaciones de trabajo, respecto de las sanciones que castigan el incumplimiento del empleador en el pago de los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores, la jurisprudencia ha establecido que el fenómeno de la mora se consolida tanto en los casos de falta de pago de la obligación como en los de pagos parciales o deficitarios.

(...)

En esas condiciones, si los intereses moratorios tienen como finalidad reparar los perjuicios ocasionados al pensionado por la mora en el pago de su respectiva pensión, es imperioso reconocer que deben tener procedencia tanto en los casos de omisión en el pago de la prestación, como en los casos de pago incompleto, pues en los dos eventos se produce un detrimento para el pensionado, que merece una compensación efectiva.

Para la Corte, en este punto, no es admisible sostener que el pensionado únicamente sufre un daño económico cuando no recibe suma alguna por concepto de mesada pensional, pues, teniendo en cuenta que la pensión es un derecho íntimamente relacionado con el mínimo vital, además de que su cuantía está fijada

legalmente y tiene una relación de correspondencia con los aportes al sistema, todo pago imperfecto, insustancial o incompleto seguirá generando un deterioro cierto, que merece a todas luces una legítima compensación.

Así las cosas, una interpretación teleológica de la norma impone reconocer que los intereses moratorios también proceden en los casos de pago parcial o incompleto de la pensión, pues en este caso el pensionado también sufre un injusto perjuicio, que merece reparación objetiva.

(...)

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 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 tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento que se efectúe el pago.»

Teniendo en cuenta lo anterior, y habida cuenta que COLPENSIONES, no le reconoció al demandante, la pensión de vejez, desde la fecha en que efectivamente este reunió los requisitos de edad y semanas cotizadas, ni le canceló las mesadas pensionales desde esa data, resulta acertada la decisión de la Juez de Primer Grado, en cuanto impuso a esa Administradora, el pago de los intereses moratorios, en los términos señalados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

DE LAS COSTAS PROCESALES

Finalmente, en relación con la condena en costas a cargo de COLPENSIONES, habida cuenta que éstas se imponen a la parte vencida en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que, evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad esa demandada, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releve de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la misma; además, no le corresponde a esta Instancia pronunciarse sobre el valor de las agencias en derecho fijadas por la Juez de Primer Grado, ya que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, éstas “*solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas*”; decisión que se profiere en Primera Instancia, siendo allí, donde a través de los recursos de ley, la parte recurrente deberán manifestar las inconformidades que tenga al respecto, en aras de garantizar el principio de la doble instancia.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

COSTAS en la alzada a cargo de COLPENSIONES. Las de Primera Instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **JOSÉ ABEL MONSALVE GÓMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.300.000.00, a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

En uso de
Permiso

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110013105019202100221-01

Bogotá, D.C., a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

ASUNTO: Acción de reintegro.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por demandante en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 5 de agosto de 2022, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del **PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL - ACCIÓN DE REINTEGRO** - promovido por **CARLOS HERNANDO RINCÓN FRANCO** en contra de **EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA**.

ANTECEDENTES

El señor CARLOS HERNANDO RINCÓN FRANCO promovió demanda especial de fuero sindical acción de reintegro en contra de EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA, para que, previos los trámites que le son propios a la naturaleza de este tipo de procesos, se declare que no solicito el levantamiento de fuero sindical y el reintegro al mismo trabajo y en las mismas condiciones que tenía al momento del despido el 15 de enero de 2021, en consecuencia, condenar al pago de salarios dejados de percibir por causa del despido sin justa causa, a las demás prestaciones legales y extra legales, a las costas, intereses de mora. (archivo 1. FUERO SIND. 2021-221 ESCANEADO.pdf, folios 12-13)

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que trabajaba al servicio de la Empresa de Licores de Cundinamarca desde el 15 de enero de 2015 en forma continua e ininterrumpida, bajo contrato a término indefinido, en el cargo de profesional universitario, código 406, grado 10 como profesional ingeniero en sistemas, que inicio una demanda por violación al principio de

igualdad, en represalia lo puso a manejar el archivo, es decir, a un cargo de menor categoría y escalafón, que el último salario devengado fue de \$4.232.000, que fue despedido el 14 de enero de 2021 sin existir justa causa, que se encontraba afiliado al sindicato de trabajadores de la industria SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL NIVEL TERRITORIAL y miembro activo de la junta directiva nombrado en la junta de reclamos, encontrándose a paz y salvo por cuotas sindicales, que también era integrante de la FEDERACIÓN DE EMPLEADOS PÚBLICOS Y SECTOR PRIVADO DE CUNDINAMARCA y como miembro de la junta directiva y/o comité ejecutivo de una organización sindical FEDERACIÓN DE EMPLEADOS PÚBLICOS Y SECTOR PRIVADO DE CUNDINAMARCA en el cargo de secretario de planeación y organización, la personería jurídica de la organización sindical de trabajadores “SINTRATERRITORIALES” estaba vigente al momento de la terminación del vínculo, que se despidió al demandante sin autorización judicial, que el 28 de enero de 2021 solicitó el reintegro. (archivo 1. FUERO SIND. 2021-221 ESCANEADO.pdf, folios 13-15)

Contestación de la demanda:

Surtido el trámite de rigor, y en la audiencia pública del 11 de marzo de 2022, la demandada EMPRESA DE LICORES RINCÓN FRANCO dio contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones, manifestó, que no invocó una justa causa para el fenecimiento del vínculo contractual, se acudió a un modo legal de terminación de los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales, dando aplicación a la exclusión del plazo presuntivo, por lo que el fuero solo ampara a los trabajadores vinculados con contrato a término fijo, durante su vigencia. Propuso en su defensa las excepciones que denominó; prescripción, buena fe patronal, la terminación de contrato por vencimiento del término no se asimila a una terminación unilateral y no requiere de autorización judicial para finalizar un contrato de un trabajador amparado por fuero sindical, cobro de lo no debido y pago de las salarios y prestaciones realmente causadas, falta de prueba de la calidad de aforado: Miembro de la comisión estatutaria de reclamos, terminación legal del contrato y falta de prueba del conocimiento de la empresa de la condición de aforado del actor. (archivo 1. FUERO SIND. 2021-221 ESCANEADO.pdf, folios 39-56, 163-167 y carpeta 5. CD. FL. 159)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del cinco (5) de agosto de 2022, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA, identificada con NIT. 899.999.084-8 de las pretensiones incoadas en su contra por el señor CARLOS HERNANDO

RINCON FRANCO identificado con C.C. No. **11.257.787**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de la terminación de contrato por vencimiento del termino no se a una terminación unilateral y no requiere de autorización judicial para finalizar un contrato de trabajo amparado por el fuero sindical y terminación legal del contrato, conforme lo expuesto y no probadas las demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.”. (archivo 1. FUERO SIND. 2021-221 ESCANEADO.pdf)

Para llegar a la presente decisión la A quo manifestó que, es claro que lo ocurrido no obedeció a un despido, sino a la terminación de una relación laboral por vencimiento del plazo presuntivo, por lo que, no hay lugar a condenar al reintegro solicitado. (carpeta 6. CD. FL. 174)

Recurso de apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia la apoderada de la parte demandante, interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia proferida y en su lugar se acceda a lo pretendido, para lo cual, indico; que la decisión viola la protección constitucional del fuero sindical, el debido proceso, a taca derechos fundamentales al sindicato, a la asociación e igualdad. (carpeta 6. CD. FL. 174)

CONSIDERACIONES

El problema jurídico a resolver en el *sub lite*, es determinar si tal como lo reclama la parte demandante, la terminación del contrato de trabajo se dio violando el fuero sindical, para lo cual, se deberá verificar lo correspondiente al vencimiento del plazo presuntivo.

Marco Jurídico y Jurisprudencial:

- ◇ Artículo 39 de la Constitución Política, acerca de garantía constitucional del fuero sindical.
- ◇ Artículo 13 del CST, acerca del mínimo de derechos y garantías que expresan las normas sustantivas del trabajo.
- ◇ Artículo 405 del CST, modificado por el artículo 1ro del D.L. 204 de 1957, que define el fuero sindical como la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladado a otros establecimientos de la

misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.

- ◇ Artículo 406 ibídem, modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000, señala los trabajadores que son amparados por el fuero sindical, y que para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la Junta Directiva o con la copia de la comunicación al empleador.
- ◇ Artículo 47, literal a) del Decreto 2127 de 1945 indica que el contrato de trabajo termina por expiración del plazo pactado o presuntivo, normatividad que se aplica a los trabajadores oficiales.

De la existencia del sindicato:

No hay discusión entre las partes acerca de la existencia del SINDICATO DE TRABAJADORES DEL NIVEL TERRITORIAL “SINTRATERRITORIALES”. (archivo 1. FUERO SIND. 2021-221 ESCANEADO.pdf, folio 129)

De la garantía de Fuero Sindical

Es el Fuero Sindical una figura creada para la protección especial de que gozan algunos trabajadores, a fin de que puedan desempeñar sus funciones sindicales con plena independencia, tal garantía consiste en que estos trabajadores no sufrirán perjuicios como consecuencia de su mandato sindical, siendo una de las protecciones la prohibición de su despido, traslado o desmejora salvo que se configure alguna de las justas causas para ello, o previa autorización de la autoridad judicial competente artículo 405 del CST.

En ese sentido, el fuero sindical fue estatuido para proteger a ciertos trabajadores, integrantes de una organización sindical, de las decisiones unilaterales y autocráticas de los empleadores, tales como el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones laborales y, que puedan afectar la toma libre de decisiones o la acción legítima de reunión y petición contractual o convencional.

Y ello adquiere total lógica, si se tiene en cuenta la estrecha relación del fuero sindical y la libertad de asociación, pues de este último derecho surge la prerrogativa de ejercicio, en acción u omisión, de los derechos económicos y sociales de los afiliados, es decir, el resguardo del grupo organizado, tal como lo enseñó la H. Corte Constitucional en sentencia C-381 de 2000 y la sentencia C-593 de 1993 al determinar:

“La institución del fuero sindical es una consecuencia de la protección especial que el Estado otorga a los sindicatos para que puedan cumplir

libremente la función que a dichos organismos compete, cual es la defensa de los intereses de sus afiliados. Con dicho fuero, la Carta y la ley, procuran el desarrollo normal de las actividades sindicales, vale decir, que no sea ilusorio el derecho de asociación que el artículo 39 superior garantiza; por lo que esta garantía mira a los trabajadores y especialmente a los directivos sindicales, para que estos puedan ejercer libremente sus funciones, sin estar sujetos a las represalias de los empleadores. En consecuencia, la garantía foral busca impedir que, mediante el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, se perturbe indebidamente la acción que el legislador le asigna a los sindicatos.” (Ver, entre otras, la sentencia T-220 de 2012 y T-873 de 2004)

De suerte que, las mencionadas organizaciones tienen a su cargo la defensa y promoción de los intereses de sus afiliados, así como el nacimiento de mejores derechos laborales para una vida digna de una clase trabajadora, y es por ello que necesitan el sistema jurídico correspondiente para que esta acción sindical no caiga en irrisoria, dada la posición predominante de los empleadores frente a los trabajadores. En ese contexto, suma advertir, que este derecho a favor de los aforados, no deviene en absoluto y perpetuo, pues el legislador en el artículo 405 del CST estatuyó una excepción a esta figura constitucional, correspondiente a la calificación por la autoridad competente, la cual lleva al funcionario judicial a determinar si efectivamente el empleador extralimitó su facultad legal, convirtiendo a su decisión unilateral en una injusta causa de despido, un traslado o una desmejora ilegal, para cada caso concreto.

Se sigue de lo anterior y, a modo de conclusión, que el fin último de la norma es proteger a los trabajadores aforados, que se encuentran relacionados en el art. 406 del CST, del despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones contractuales, siendo entonces estos tres aspectos los que definen las consecuencias jurídicas que ha de sobrellevar el empleador en caso de causarlas, a saber:

- a) El reintegro como restitución de una desvinculación laboral sin calificación previa de la justa causa por el Juez del Trabajo, rompimiento del vínculo jurídico.
- b) La reubicación o reinstalación como restablecimiento del traslado del trabajador sin previa autorización a las anteriores condiciones de trabajo; ello es, sin rompimiento del vínculo jurídico.
- c) Permiso ante el juez laboral por parte del empleador para poder despedir o trasladar, que incluye el denominado proceso ordinario de levantamiento de fuero sindical.

De la calidad de aforado del demandante

En nuestra legislación, las acciones de reintegro y de reinstalación son mecanismos dados al trabajador, para que una vez producido el retiro o el traslado, siendo aforado, pueda acudir al Juez de Trabajo y obtener su reintegro o reinstalación.

De conformidad con el artículo 406 del C.S.T. gozan de esa prerrogativa, entre otros, y para lo que acá interesa, *“d) Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo periodo de la junta directiva y por seis (6) meses más...”*.

A folios 129 y 130 del archivo 1. FUERO SIND. 2021-221 ESCANEADO.pdf, se tiene constancia de registro de modificación de la junta directiva y/o comité ejecutivo de una organización sindical ante el Ministerio de Trabajo, en la que se indica que la organización sindical fue registrada el 12 de septiembre de 2013, y en la que aparece en el cargo de junta de reclamos el señor CARLOS HERNANDO RINCÓN, es decir, que de conformidad con la norma transcrita la demandante al ser miembro de la Junta Directiva suplente de SINTRATERRITORIALES en el cargo mencionado, goza de la garantía del fuero sindical consagrada en la ley.

Acerca del plazo presuntivo

De otra parte, se encuentra acreditado en el plenario que el señor CARLOS HERNANDO RINCÓN FRANCO, firmó contrato individual de trabajo a término indefinido (archivo 1. FUERO SIND. 2021-221 ESCANEADO.pdf, fl. 93) con la entidad EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA, en el cargo de profesional universitario, código 406 grado 10.

De lo anterior, es claro para la Sala que el literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, en esta clase de contratos contempla un plazo presuntivo, que se aplica a los trabajadores oficiales, por lo que, cuando no se determina el plazo del contrato de trabajo o se dice que es indefinido, debe entenderse celebrado por periodos de 6 meses, circunstancia que puede ser excluida a través de negociación individual o colectiva de las condiciones laborales, la cual requiere de cláusulas claras y expresas y no de enunciaciones genéricas como la existencia de un término indefinido, tal como se dijo en sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, providencia No. SL 2717 - 2018.

Entonces, el simple señalamiento en contrato de trabajo de un término indefinido no tiene la vocación de alterar o eliminar el plazo presuntivo establecido legalmente, ya que, es una disposición establecida por el Legislador para el sector oficial, inherente a la modalidad de duración del

vínculo laboral, de la cual hizo uso la Empresa de Licores de Cundinamarca el 13 de enero de 2021, tal como se evidencia en la carta de terminación de contrato de trabajo a folio 95 del archivo 1. FUERO SIND. 2021-221 ESCANEADO.pdf, que a la letra indica:

“De conformidad con el asunto de la referencia, me permito informarle que la Empresa de Licores de Cundinamarca da por terminado su contrato de trabajo por expiración del plazo presuntivo, lo anterior con base a lo establecido en el numeral 1 del Artículo 2.2.30.6.11 del Decreto No. 1083 de 2015, es decir, el catorce (14) de enero de 2021, será su último día laborado, en consecuencia, a partir del día 15 de enero de anualidad, Usted ya no hará parte de la Empresa.”

Téngase en cuenta que la decisión de la A quo fue acertada y ajustada a derecho, dado que si bien nunca se ha desconocido el fuero sindical del que gozaba durante la vigencia del contrato de trabajo, lo cierto es que en virtud a lo establecido por el Legislador y como lo ha establecido nuestro máximo órgano jurisdiccional, la Empresa de Licores de Cundinamarca terminó de forma legal la relación laboral con el demandante.

De conformidad con lo dispuesto, y en concordancia el literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, es evidente que se terminó de forma legal la relación laboral para la que fue contratado el demandante, sin que fuera necesario solicitar permiso ante el Juez Laboral. En conclusión, bajo dicho presupuesto sería irracional ordenar el reintegro laboral del demandante, es claro que la demandada nunca desconoció el estado de aforado del demandante y actuó con forme a la ley.

Bastan las anteriores consideraciones para confirmar la sentencia consultada. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$1.000.000.00, por haber sido desfavorable el recurso a sus intereses. Se confirman las de primera instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de agosto de 2022, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso especial de fuero sindical -acción de reintegro- promovido por CARLOS HERNANDO RINCÓN FRANCO en contra de EMPRESA DE LICORES DE

CUNDINAMARCA, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$1.000.000.00, y en favor de la parte demandada, dadas las resulta del proceso. Se confirman las de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

En uso de permiso

LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105003202100235-01

En Bogotá D.C., hoy veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social –Pensión de Sobrevivientes – Padres beneficiarios.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los demandantes, en contra de la sentencia proferida el 19 de enero de 2023, por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **CEFERINO AVILÉS BONILLA** y **MARÍA ROSA NIEVES RÍOS ALMANZA** en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

CEFERINO AVILÉS BONILLA y MARÍA ROSA NIEVES RÍOS ALMANZA, promovieron demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, se declare que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, por el fallecimiento de su hijo Omar Antonio Avilés Ríos, el 06 de julio de 2020; y en consecuencia, que se ordene a la AFP PORVENIR S.A., reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en cuantía equivalente al 100%, junto con el retroactivo pensional y los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, hasta que se ordene el pago de la pensión solicitada.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señalaron que, son adultos mayores, de 75 y 80 años de edad; que, su hijo OMAR ANTONIO AVILÉS RÍOS, se encargaba de suministrarles un dinero para

suplir sus necesidades básicas, mercados, víveres y demás elementos del hogar; que, MARÍA ROSA, sufre una discapacidad que le impide moverse y Ceferino, se encuentra en estado de viudez; además que, su hijo también contribuía al cuidado de uno de sus tíos, Rosendo Ríos, hermano de su progenitora, pues, es una persona de 90 años de edad, sin ningún otro familiar que pueda velar por su cuidado.

Indicaron que, su hijo tenía una buena estabilidad económica, no tenía compañera permanente, ni hijos; que, OMAR ANTONIO AVILÉS RÍOS, falleció el 06 de julio de 2020; que, presentaron ante la AFP PORVENIR S.A., todos los documentos requeridos para acceder al derecho pensional, pues, al momento de su fallecimiento, el señor AVILÉS RÍOS, cumplía con los requisitos para dejar causado ese derecho (Archivos 01 y 03).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, dio contestación en término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos dijo que en su mayoría no eran ciertos; alegó en su defensa que, los actores, no acreditaron dependencia económica respecto de su hijo fallecido, por lo cual, al no darse el cumplimiento de los requisitos legales para ello, no se causa derecho a pensión alguna; que, los actores, manifestaron en el formulario de solicitud, tener ingresos propios, y cotizan en salud, ambos son pensionados según lo reportaron en el formulario de solicitud, poseen bienes propios; el actor, percibe renta, y adicionalmente al ser, según ellos, los únicos herederos de su hijo fallecido, recibieron en adición a sus bienes actuales, los que éste poseía; de ahí que, los demandantes, generan la autosuficiencia económica necesaria para valerse por sí mismos, sin que se vean afectados económicamente al dejar de recibir el aporte económico del afiliado, que, en realidad corresponden a la ayuda normal que una persona debe realizar por convivir con sus padres y cubrir sus propios gastos dentro de la casa que comparte con su madre, tal y como la misma actora, lo manifestó en las declaraciones allegadas ante PORVENIR. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por activa, buena fe y prescripción (Archivo 06).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de enero de 2023, el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la AFP PORVENIR S. A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas por MARIA ROSA NIEVES

RIOS ALMANZA y CEFERINO AVILES BONILLA; sin imponer condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de los demandantes, interpuso recurso de apelación, argumentando que, aunque no se cuantificó el valor del aporte que el causante daba a sus padres, para el momento de su fallecimiento, sí se estableció que era él quien aportaba a las necesidades del hogar, más aun teniendo en cuenta el estado de incapacidad y vulnerabilidad en que se encontraban sus padres; que, los ingresos adicionales, como una casa o lote de propiedad de los padres, nada tienen que ver con la ayuda económica brindada por el hijo fallecido, pues, lo percibido por dichos bienes, sólo les permite cubrir el pago de los aportes a salud; que, el hijo de los demandantes, dejó un inmueble, gravado con una hipoteca, por lo que, luego de su venta, el señor Celestino, no pudo recibir nada; que, el causante, aportaba de acuerdo con sus ingresos como trabajador independiente; y que, seguramente de haber sido un trabajador dependiente con más estabilidad, habría contribuido con más recursos para su familia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, los actores, solicitaron revocar la decisión de Primera Instancia, pues, aunque cumplen con los requisitos de ley, la AFP PORVENIR, insiste en negar el derecho que les asiste a la pensión de sobrevivientes, causada por el fallecimiento de su hijo, pese a que se trata de dos adultos mayores; que, la señora madre del causante, lleva más de 10 años en silla de ruedas con las consecuentes secuelas que trae no poder movilizarse por sí sola, y ni siquiera puede desplazarse dentro de su lugar de habitación; que, en la actualidad los demandantes, deben vivir de la caridad de los vecinos y de sus familiares, por lo que, necesitan la pensión reclamada para sobrevivir dignamente y pagarse su alimentación.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala, deberá determinar, si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primer Grado, que le negó la pensión de sobrevivientes a los padres del causante, teniendo en cuenta lo

establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, para lo cual deberá verificarse el tema de la dependencia económica respecto del afiliado fallecido.

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

Con la forma asertiva como fue contestada la demanda y la documental que milita en los archivos 01 y 06 del expediente digital, se tiene por acreditado que el señor OMAR ANTONIO AVILÉS RÍOS, estuvo afiliado a la AFP PORVENIR S.A., desde agosto de 1994, realizando cotizaciones como trabajador dependiente e independiente, de manera interrumpida hasta septiembre de 2019.

De otra parte, no es materia de controversia la relación de parentesco que detentan los promotores de esta actuación con el afiliado fallecido, la que por demás se corrobora con el registro civil de nacimiento de éste obrante a folio 43 del Archivo 01.

BENEFICIARIOS Y REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Comoquiera que, es la fecha del fallecimiento del señor OMAR ANTONIO AVILÉS RÍOS, la que define la norma vigente aplicable al caso concreto, toda vez que el deceso de aquel se produjo el 06 de julio de 2020 como se lee en el registro civil de defunción que obra a folio 41 (Archivo 01), se remite la Sala a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y que reza:

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

...

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

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

*“Partiendo de estas consideraciones, se concluye que **la decisión adoptada por el legislador frente a los padres del causante** a pesar de ser conducente y adecuada para el logro de un fin constitucional válido, como lo es el correspondiente a la preservación económica y financiera del fondo mutual que asegura el reconocimiento y pago de las prestaciones que surgen de la seguridad social, **desconoce el principio constitucional de proporcionalidad, pues como se demostró dicha medida legislativa***

sacrifica los derechos al mínimo vital y a la dignidad humana, y los deberes que le incumben al Estado de solidaridad y protección integral de la familia, que en términos constitucionales se consideran más importantes en defensa y protección del Estado Social de Estado.

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

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

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

Al respecto, al plenario se allegaron como pruebas, copia de la cédula de ciudadanía del señor CEFERINO AVILÉS BONILLA, nacido el 11 de agosto de 1941; copia de la cédula de ciudadanía de la señora MARÍA ROSA NIEVES RÍOS ALMANZA, con fecha de nacimiento 26 de febrero de 1946; certificado de matrícula inmobiliaria 50N-20306585 correspondiente a un inmueble de propiedad del fallecido OMAR ANTONIO AVILÉS RÍOS, gravado con hipoteca; formulario de reclamación de prestaciones económicas, radicado por los demandantes, ante PORVENIR S.A., el 08 de febrero de 2021; certificado de tradición del vehículo de placas UTW709, de propiedad del causante; declaración juramentada, rendida ante la Notaría 59 del Círculo de Bogotá, el 03 de mayo de 2021, por el señor ROSENDO RÍOS, donde manifestó que “*dependo económicamente de mi hermana MARÍA ROSA RÍOS ALMANZA*”; recibos de los servicios públicos de Acueducto por \$159.878 y Energía, sin un valor específico, a nombre de María Rosa Ríos Almanza; historia clínica de la señora María Rosa Ríos Almanza, donde consta que padece de “*COMPRESION MEDULAR, NO ESPECIFICADA*”.

Igualmente, se presentó historia laboral consolidada del causante, donde consta un total de 102 semanas cotizadas de forma interrumpida, de agosto de 1994 a septiembre de 2019; comunicaciones del 05 de marzo de 2021, dirigidas a los accionantes, por medio de las cuales la AFP PORVENIR S.A., les negó la pensión de sobrevivientes, porque “*se evidencia que al momento del fallecimiento del afiliado(a) usted no dependía económicamente del mismo(a) de acuerdo con la información y documentación adjunta a esta reclamación. Por lo tanto, usted no posee la*

condición de beneficiario(a) del reconocimiento pensional, teniendo en cuenta lo dispuesto en la norma”; historia laboral de Ceferino Avilés Bonilla, en la que se advierte que padece de cardiopatía isquémica con colocación de stent en el año 2016, hipertensión arterial, diabetes mellitus tipo 2, enfermedad renal crónica tipo 2, hipotiroidismo primario y gastritis crónica; relación de movimientos de la cuenta individual del fallecido; declaración juramentada realizada por la demandante MARÍA ROSA NIEVES RÍOS ALMANZA, ante la Notaría 63 del Círculo de Bogotá, el 21 de enero de 2021, donde manifestó que era pensionada y que su hijo OMAR ANTONIO AVILÉS RÍOS, “era soltero ya que no tenía vida marital de hecho con ninguna persona, ni tenía hijos reconocidos, adoptivos o por reconocer. Declaro que yo dependía económicamente de mi hijo (...) ya que él era quien se encargaba de sustentar los gastos de alimentación, vivienda, vestuario y salud, por lo tanto no conozco a otra persona con igual o mejor derecho al que tengo para reclamar lo dejado por mi hijo...”

Dentro del curso del proceso, la señora MARÍA ROSA NIEVES RÍOS ALMANZA, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que, su grupo familiar ha estado conformado por sus 4 hijos y nietos; que, es pensionada por vejez, y se encuentra afiliada a la NUEVA EPS; que, su hijo fallecido no tenía esposa, ni hijos; que, el apartamento de propiedad del causante, “toco regalarlo prácticamente por él debía más de la mitad del apartamento, tocó venderlo muy rápido para que no siguieran corriendo los intereses de esa deuda, porque tenía \$80.000.000 de deuda y el apartamento no alcanzaba para pagar todo lo que debía” y también tenía una moto, pero “él se había estrellado y estaba inservible, no tenía plata para mandarla arreglar, entonces la vendí por \$1.000.000”; que, “del apartamento quedaron \$20.000.000 y de la moto quedó \$1.000.000”; que, el causante, trabajaba desde los 15 años de edad, en temas de electricidad; desconoce cuál era el valor de los ingresos del fallecido, pero indicó que “cuando él estaba bien y estaba trabajando, él me daba para mantenerme, para ayudar de hacer la casa y para todo, yo estaba dependiendo de él y prácticamente cuando él falleció yo ya estaba enferma, estaba incapacitada, él era solamente el que estaba viendo por mí, él era que tenía que llevarme, traerme, alzar me, porque no me podía mover y aun todavía estoy sin poderme valer por mis propios medios. Él estaba pendiente todos los días de lo que hacía falta en la casa, no puedo decir que me daba mensual, porque él todos los días estaba mirando qué hace falta y comprándolo, él aportaba lo que se necesitaba y lo que había que hacer, por ejemplo para llevarme al médico, tienen que ir dos personas para ayudarme a sostener”; dijo no saber en qué invertía el causante su salario; que, cuando el señor Omar Antonio Avilés Ríos, no tenía trabajo, “entre mis otros hijos y yo teníamos que bandearnos para sostenernos”; que, sus otros 3 hijos, cuando pueden le ayudan con dinero, “mi hija, que vive conmigo, ella tiene 3 niñas y es sola también, no tiene quien le ayude, entonces ella le tocó responder por las niñas, entonces no es mucho lo que ella puede dar; mi otro hijo, él trabaja en construcción, entonces a veces hay trabajo, a veces no hay, entonces cuando él puede trabajar, pues, ayuda en la casa con lo que él pueda, pero

cuando no hay trabajo, para comer, toca que entre los que puedan dar, dar, somos una familia que tenemos que bandearnos así”; que, Ceferino Avilés, no es pensionado, pero tiene una casa de su propiedad.

Por su parte, CEFERINO AVILÉS BONILLA, indicó que, hace más de 40 años, no vive con María Rosa Nieves Ríos; que, con ella tuvo 3 hijos; que, para la fecha de fallecimiento de su hijo Omar Antonio, él vivía con su esposa Rita Rodríguez, con la que tuvo 5 hijos; que, no es pensionado, ni tiene ninguna cobertura del Sisben; que, tiene una casa de su propiedad, en el barrio El Portal, de la cual recibe un arriendo mensual de \$500.000; que, está afiliado en salud a COLSANITAS, *“yo estoy afiliado por cuenta mía, yo pagó de lo que me dan de mi arriendito yo pago a Colsanitas, como independiente”*; que, no recibió ningún dinero por la venta del apartamento y la moto del causante, porque como él todavía debía *“entonces yo dije que en eso no me metía yo”*; que, el causante, trabajaba en vida, como independiente en electricidad y en otras cosas que el sabía hacer; desconoce cuáles eran los ingresos de su hijo fallecido, *“el me daba por ahí cada mes \$100.000 para comer, para el médico, para eso era lo que él me ayudaba”*; que, él vive con una de sus hijas *“y las otra viven en otros barrios, resulta que el local que tengo ya va para 2 meses que el tipo se fue, dejó los enseres ahí y no he recibido arriendo, entonces ellas por ahí me ayudan, me dan mercadito”*; que, él trabajó toda su vida *“y a lo último se compró un equipito de panadería y se estaba trabajando con eso”*; dijo no recordar haber firmando el formulario radicado ante la AFP PORVENIR, solicitando la pensión de sobrevivientes.

Así las cosas, del material probatorio analizado en su conjunto, considera la Sala, que, no es posible determinar la dependencia económica de los demandantes, respecto de su hijo fallecido, pues, sin desconocer que éste, le brindaba un apoyo económico para los gastos médicos y necesidades diarias del hogar a MARÍA ROSA NIEVES RÍOS ALMANZA; y, le entregaba mensualmente a CEFERINO AVILÉS BONILLA, la suma de \$100.000; lo cierto es que, los actores, no estaban subordinados a los recursos provenientes del causante, siendo por tanto, autosuficientes económicamente, ya que la señora Ríos Almanza, es pensionada, y, el señor Avilés Bonilla, recibe renta; y aunque, como quedó visto, a partir de la sentencia C-111 de 2006 de la Corte Constitucional, la dependencia económica de los padres no tiene que ser total y absoluta en relación con la ayuda pecuniaria de los hijos, tales ingresos no deben ser suficientes para cubrir los costos de su propia vida (CSJ SL400- 2013, CSJ SL816-2013, CSJ SL2800-2014, CSJ SL3630- 2014, CSJ SL6690-2014, CSJ SL14923-2014).

También, en sentencia SL5605 del 27 de noviembre de 2019, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, determinó que, no cualquier ayuda por parte del descendiente, se convierte en dependencia económica, sino que es necesario aplicar criterios que permitan distinguir

entre la simple ayuda o colaboración propia de la solidaridad familiar, de la dependencia real, así:

a) *La dependencia económica debe ser:*

Cierta y no presunta:

«se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres».

Regular y periódica

de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario;

Significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios

“se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia”.

Y en decisión SL18980-2017, del 1º de nov. 2017, rad. 75081, se reiteró que las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de los beneficiarios, de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de este; por lo que tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia.

En consecuencia los padres o los hijos en estado de invalidez deberán, mediante los medios de convicción, acreditar además de: i) su imposibilidad de autosuficiencia en la generación de fuentes de ingresos, ii) la sujeción material a los ingresos del hijo fallecido al momento del fallecimiento del mismo...”

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente caso, ni de la documental allegada, ni del dicho de los demandantes, se logra extraer que, el apoyo brindado por OMAR ANTONIO AVILÉS RÍOS, fuera relevante, esencial ni preponderante para el mínimo sostenimiento de su progenitores, todo lo contrario, denota que, se trataba de un monto inferior en relación con el total de ingresos de sus padres, que no se vieron afectados ante la ausencia de dichos recursos.

Así las cosas, al no haberse demostrado la sujeción financiera de los padres respecto del afiliado fallecido, es por lo que se confirmará la sentencia apelada.

Sin COSTAS en ambas Instancias.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de enero de 2023, por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **CEFERINO AVILÉS BONILLA** y **MARÍA ROSA NIEVES DE RÍOS ALMANZA** en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en ambas Instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

*En uso de
Permiso*

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105008202100282-01

En Bogotá D.C., hoy veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de COLFONDOS S.A., la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida, el 13 de junio de 2023, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CECILIA HERNÁNDEZ VANEGAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

CECILIA HERNÁNDEZ VANEGAS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍA y PROTECCIÓN S.A., para que, se declare que COLFONDOS S.A., no le suministró información cierta, clara, oportuna, suficiente y transparente, al momento de firmar el formulario de vinculación 728676 del 29 de mayo de 1996, por medio del cual se efectuó su traslado de régimen pensional; que, se declare la ineficacia de dicho traslado al RAIS, como si nunca hubiese dejado de estar afiliada al RPM; que, se condene a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros y valor de bono pensional; que, se condene a COLPENSIONES a recibir todos los valores trasladados del RAIS; que, se conceda lo ultra y extra petita, junto con las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 22 de noviembre de 1964; que, desde mayo de 1985 se afilió al RPM, a través del ISS, donde permaneció hasta mayo de 1996, cuando un asesor de COLFONDOS S.A., le ofreció la posibilidad de vincularse a esa AFP, donde recibiría una mesada pensional más alta que en el RPM; sin embargo, no se le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna, en cuanto a las características de uno y otro régimen pensional, ni las diferencias, ventajas y desventajas; de ahí que, considera que su vinculación al RAIS, no estuvo precedida de un consentimiento informado.

Refirió que, tiene cotizadas 1.769 semanas en toda su vida laboral; que, en el RAIS, le correspondería una mesada pensional de \$2.275.270, mientras que, en el RPM, sería de aproximadamente de \$5.367.912; que, el 21 de mayo de 2021, le solicitó a COLPENSIONES, su retorno a esa Administradora, petición que le fue negada en la misma fecha, por encontrarse a 10 años o menos para pensionarse (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLFONDOS S.A., COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes presentadas por la actora, ante cada Administradora.

COLFONDOS S.A., formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (Archivo 06).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y las demás que se encuentren probadas y puedan ser declaradas de oficio por el Juez (Archivo 07).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, validez y eficacia del traslado entre Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS, Traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la

nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (Archivo 13).

Por auto del 16 de marzo de 2023 (Archivo 19), se ordenó la vinculación al proceso de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, quien alegó en su defensa las excepciones denominadas prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Archivo 20).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de junio de 2023, el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional de la señora CECILIA HERNANDEZ VANEGAS realizado del RPM al RAIS, el día 29 de mayo de 1996 mediante su afiliación a COLFONDOS; condenó a COLPENSIONES a admitir el retorno de la demandante al RPM; condenó a COLFONDOS, PROTECCION y la AFP PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado; le ordenó a COLPENSIONES aceptar todos los valores que devuelva PROTECCION, PORVENIR y COLFONDOS que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de COLFONDOS S.A., la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

COLFONDOS S.A., manifestó que, el traslado de régimen pensional de la demandante, se dio de manera libre y voluntaria, en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, como se evidencia en el formulario de afiliación; que, para la fecha del traslado de la actora, no existía, para los fondos privados, la obligación de resguardar grabaciones o documentales, diferentes al formulario de afiliación, lo que actualmente imposibilita probatoriamente a las AFP, para demostrar la existencia de un consentimiento informado; que, al absolver interrogatorio de parte, la actora, demostró tener conocimiento acerca de las características del régimen de capitalización, siendo su decisión, permanecer en éste, por más de 20 años y efectuar dos traslados horizontales, con los cuales ratificó su decisión inicial y aceptó las condiciones del mismo; que, tampoco procede la devolución de las sumas de dinero correspondientes a cotizaciones y bonos, pues, ya fueron traspasadas a PORVENIR, ni menos aún retornar lo correspondiente a sumas

adicionales, frutos e intereses, comoquiera que, fueron generados para mantener el equilibrio financiero de esa Administradora, como lo autoriza la Ley 100 de 1993; que, tampoco es posible la restitución de los gastos de administración, sumas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, pues, fueron descontadas por autorización legal, cumplieron con su finalidad, ya que, durante la afiliación de la demandante a esa Administradora, estuvo amparada para los riesgos de invalidez y muerte; y, de retornar esos dineros al RPM, podría generarse un enriquecimiento sin justa causa, los cuales no tienen incidencia en el derecho pensional, que sólo tiene en cuenta el salario y tiempo cotizado

La **AFP PORVENIR S.A.**, dijo que, el traslado de gastos de administración no es viable, porque esas sumas no están destinadas a financiar la pensión, sino que corresponde al reconocimiento por los rendimientos y mejoras que obtiene el afiliado con su gestión; que, las primas de seguros previsionales, ya fueron trasladadas a las Aseguradoras contratadas, para amparar a la actora, ante una posible invalidez o fallecimiento; que, en virtud de las restituciones mutuas, de confirmarse la ineficacia declarada, mal podría devolver las sumas que esa AFP, invirtió para mantener e incrementar los aportes pensionales a su cargo; que, tampoco se puede acceder a la indexación, pues, a COLPENSIONES, le serán trasladados los rendimientos que compensan toda depreciación que hayan podido sufrir los aportes de la demandante.

COLPENSIONES, solicitó revocar la sentencia en su totalidad, debido a que el traslado de régimen de la demandante, se realizó en ejerciendo el derecho a la libre escogencia previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, conforme a las exigencias legales vigentes para la época del mismo, ya que, no existía disposición que ordenara documentar la asesoría de traslado, realizar proyecciones o simulaciones pensionales, ni escenarios de comparación entre características de uno y otro régimen, que fueron obligaciones surgidas con posterioridad al traslado de la actora, y, por lo tanto, no eran exigibles ni atendibles por COLFONDOS, al momento de vinculación de la señora CECILIA HERNÁNDEZ al RAIS; que, no se pueden exigir otros medios de prueba para que las AFP, acrediten las circunstancias de modo, tiempo y lugar, tanto del traslado como de las afiliaciones horizontales, ya que, la información brindada era de carácter verbal y el único documentos suscrito como señal de aceptación y conocimiento de las condiciones del RAIS, era el formulario de vinculación, razón por la que, no existe otro documento que acredite el cumplimiento del deber de información; que, la inconformidad de la demandante, con su permanencia en el RAIS, sólo tiene que ver con el eventual valor de su mesada pensional, circunstancia que por sí sola no es suficiente para decretar la ineficacia o nulidad de un traslado válidamente efectuado, pues, no es una situación atribuible a las Administradoras de pensiones, sino que obedece a las características propias de cada régimen pensional; que, los perjuicios causados a quien llegase a pensionarse en el RAIS, como una mesada inferior a la que le correspondería en el RPM, deben ser reparados por quien los causó, esto es, las AFP y no trasladar a COLPENSIONES, la carga prestacional de recibir a un afiliado que no ha contribuido a la financiación y sostenibilidad del RPM, desde hace más de 20 años, lo que no se compensa con las sumas cuya devolución se ordenó.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la AFP PORVENIR S.A., solicito revocar la sentencia de Primera Instancia, por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, teniendo en cuenta que, al momento de la afiliación de la demandante, se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, norma que regulaba a las AFP y además de ello, dicha norma no exigía una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo apelado, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad; que, el traslado efectuado por la actora del RPM al RAIS, se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con esa Administradora, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación; que, esa AFP, respecto de Colpensiones, ha actuado como un agente oficio involuntario, en los términos establecidos por los artículos 2304 y 2310 del CC, en cuanto, creyendo administrar su propia actividad, administró los negocios de otro y, luego de declarada la ineficacia del acto termina entregando unos rendimientos superiores a los que habrían tenido los aportes, de haber sido gestionados por el encargado, lo que debe dar lugar al reembolso de la utilidad efectiva obtenida, lo cual se traduce en que solamente debería estar obligada a entregar a COLPENSIONES los rendimientos que habrían tenido los aportes de haber sido administrados por esa entidad, no así los gastos de administración, primas de seguros previsionales, ni aportes al Fondo de Garantía de pensión mínima, que no están destinados a financiar el derecho pensional; que, menos aún se debe ordenar la devolución de esos valores, de manera indexada, pues, cualquier pérdida del poder adquisitivo se suple con los rendimientos obtenidos; y que, al desestimar la ineficacia del traslado, debe correr igual suerte la condena en costas impuesta.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primer Grado, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si COLFONDOS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por COLFONDOS S.A; iii) si la declaración de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional; iv) si el cambio de Administradora de Pensiones, dentro del RAIS, validó el traslado inicial; y, v) si

procede la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, así como la indexación de los valores a retornar al RPM.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información

completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así:

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde a la Administradora privada demandada, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario: *i)* que, la demandante nació el 22 de noviembre de 1964; *ii)* que, estuvo afiliada al RPM, cotizando a través de ISS hoy COLPENSIONES, entre el 09 de mayo de 1986 y el 31 de mayo de 1996; *iii)* que, el 29 de mayo de 1996, se trasladó al RAIS, cuando se afilió a COLFONDOS S.A.; *iv)* que, el 04 de agosto de 1997, se cambió a la AFP HORIZONTE S.A., donde estuvo afiliado hasta el 15 de julio de 1998, cuando se pasó a PROTECCIÓN S.A., Administradora a la cual se encontraba afiliado a la presentación de la demanda, habiendo cotizado 1.804 semanas en toda su vida laboral; lo que se encuentra acreditado con la documental obrante en los archivos 01, 06, 09, 13 y 20 del expediente digital y con el interrogatorio de parte, absuelto por la demandante.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado a la actora, al momento de su traslado inicial, era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora CECILIA HERNÁNDEZ VANEGAS, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

También debe la Sala, aclarar que, el cambio de Administradora de Fondos de Pensiones, realizado por la demandante, a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, el 04 de agosto de 1996 y a PROTECCIÓN S.A., el 15 de julio de 1998, no convalidaron el traslado inicial efectuado a COLFONDOS S.A., como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) 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.”.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, es preciso advertir que, éste resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Tampoco, puede considerarse que la declaración de ineficacia del traslado de la actora al RAIS, desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto la orden de devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, garantiza el derecho de los afiliados, sin generar desequilibrios pensionales, como ya lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, al señalar que, la ineficacia *“implica que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera acontecido; por tanto, a Colpensiones se le reintegrarán todos los recursos con los cuales se financiará el eventual derecho pensional acorde con las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas o que se configure un detrimento en el fondo común en ese régimen”* (CSJ SL2877-2020).

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con

radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

*De modo que, a juicio de la Corte, **si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

*En el sub lite, **la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida.** Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

*De modo que, en este caso, **la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.** Y aún en el evento de que Provenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.*

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

*Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».***

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”. (Negrilla fuera de texto).

En relación con la indexación de los conceptos que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado de la demandante, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; no obstante, dada la forma generalizada en que se impartió esta orden, habrá de aclararse el ordinal tercero de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que la actualización o indexación recae únicamente en los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Por todo lo anterior, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada

por la demandante, el 29 de mayo de 1996, con efectividad el 01 de julio de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, al igual que, su posterior cambio a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy AFP PORVENIR S.A., el 04 de agosto de 1997 y a PROTECCIÓN S.A., el 15 de julio de 1998, el cual no validó el traslado inicial, como ya se indicó con anterioridad.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que pide la AFP PORVENIR S.A., sea revocada, comoquiera que, las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que, tal condena es acertada, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por serlos gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta recordar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”.

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, todas y cada una de las demandadas, quienes además se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, por lo que, se confirmará igualmente esta decisión.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, a cargo de COLFONDOS S.A., AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, por haberles sido desfavorable la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 13 de junio de 2023, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la indexación ordenada por la Juez de Primera Instancia, recae únicamente en los conceptos correspondientes al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos recibidos por concepto de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta Instancia a cargo de COLFONDOS S.A., la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.300.000.00, a favor de la actora. Se confirman las de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

*En uso de
Permiso*

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110012205000202300298-01

**SUMARIO ADELANTADO POR EPARQUIO CORTÉS CONTRA U.T.
MEDISALUD**

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 24 de marzo de 2022, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **EPARQUIO CORTÉS** contra **U.T. MEDISALUD**.

ANTECEDENTES

EPARQUIO CORTÉS, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que, MEDISALUD U.T., proceda al reconocimiento y pago por la suma de \$34.027.291, gastos en los que incurrió por concepto de la atención integral de cáncer cirugía tumos maligno en cara (prioritaria y urgente) en la entidad promotora EAPB MEDISALUD UT. (archivo 1-DEMANDA RECONOCIMIENTO ECONOMICO.pdf, fl. 4)

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, presento un grano en cara – pómulo desde mediados de junio de 2020, que consulto varias veces por medicina general a través de las citas solicitadas a JERSALUD SAS TUNJA IPS contratada por la EAPB MEDISALUD TUNJA, a la cual se encuentra afiliado, ordenando cremas y antibióticos, al ver que fue atendida la urgencia en debida forma pago consulta particular por dermatología, en donde se realizó un estudio histopatológico el 10 de diciembre de 2020, confirmando diagnóstico de piel parpado inferior izquierdo, lesión, biopsia fragmento de piel ulcerada comprometida por tumor de célula grande mal diferenciado, con ese diagnóstico solicito cita con medicina general nuevamente en diciembre de 2020, en la que se ordenó valoración por cirugía plástica con Clínica Medilaser Tunja sede Nogal, entidad que no es especializada en cáncer, la cita se efectuó el 25 de enero de 2021 con la profesional Margarita María del Pilar Contes Montaña, quién registra

tumoraciones malignas requiere recesión con márgenes de seguridad y cubrimiento del déficit con dos colgajos de piel y reconstrucción con injerto, se solicita pre quirúrgicos, valoración pre anestésica, autorización de procedimientos, control con resultados, con las ordenes procedió a realizar el trámite ante la EAPB.

Refiere que el 27 de enero de 2021 procedió a la toma de laboratorios, el electrocardiograma se realizó el 1 de febrero de 2021, al igual que la radiografía de tórax, el 8 de marzo de 2021 se llevan los soportes al anestesiólogo Dr. Andrés Blanco quien da viabilidad para la realización de la cirugía, nuevamente procede hacer tramites correspondientes para la autorización por parte de EAPB, se da una cita para el 3 de abril de 2021 fecha en la que se llevaría a cabo el procedimiento, sin embargo, la profesional Cortés Montaña no efectúa el procedimiento y emite las siguiente recomendaciones: i) valoración oncológica clínica prioritaria, ii) valoración oftalmología prioritaria, iii) valoración cirugía plástica IV nivel y iv) tac cráneo simple prioritario y otorga la salida, ordenes radicadas ante MEDISALUD el 6 de abril de ese mismo año, remitiéndolo nuevamente a la profesional antes mencionada, cita rechazada por cuanto no presto los servicios en su momento, y se otorgan cita de valoración oncológica el 20 de abril de 2021, se realizó el pago de las imágenes con los propios recursos con el fin de recibir la valoración correspondiente, nuevamente se ordena cirugía plástica oncológica prioritaria, la cual radico el mismo día sin recibir respuesta al 26 de abril de 2021, por lo que, ante los fuertes dolores y la gravedad de la situación recurrió al Instituto Nacional de Cancerología de Bogotá, documentos que radicó el 28 de abril de 2021 ante la EPS con fecha de programación de cirugía el 28 de mayo de ese año, nunca dieron respuesta a pesar de haberse interpuesto una acción de tutela y quejas ante la Superintendencia de Salud, otorgando respuesta solo hasta el 25 de mayo de 2021 con cita para valoración de cirugía plástica en la Corporación Salud en Bogotá, viéndose obligado a cubrir los gastos de la atención medica requerida, a través del Dr. Andrey Moreno Torres cirujano de cabeza y cuello, sin embargo, las consecuencias fueron perdida del ojo, hueso de la cara y demás partes internas que tuvieron que extraer para salvar la vida. (archivo 1-DEMANDA RECONOCIMIENTO ECONOMICO.pdf)

Contestación de la demanda

Notificada de la demanda, a la demandada a los vinculados FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, quienes indicaron:

MEDISALUD UT se opuso a la pretensión, dijo que el demandante se encuentra afiliado y que se le ha garantizado de forma integral y continua los servicios de salud ordenados por los médicos tratantes, que se tramito cita requerida para consulta de oncología prioritaria el 10 de mayo de 2021 en la IPS Corporación Universitaria Salud UN, además para dicha consulta se requería de la toma de un laboratorio deshidrogenasa Lacca orden que se adjunto para el 8 de mayo de 2021 y de lo cual fue informado al demandante, al correo de un sobrino que

solicito los servicios a través de tutela, también se le notifico vía telefónica citas que fueron rechazadas, ante las solicitudes del demandante se asigno nueva cita para el 20 de mayo de 2021 y la cita tampoco fue aceptada, nuevamente y ante la queja interpuesta a la Superintendencia de Salud se asigno cita para el 25 de mayo de 2021, posteriormente el demandante solicita el reintegro de dineros en gastos en los que incurrió, a lo cual se negó la entidad, ya que la entidad nunca negó el servicio y tampoco hubo negligencia. (carpeta 5.1 Anexos correo, archivo CONTESTACION DEMANDA – EPARQUIO CORTES – NURC 202182321788232 J -2021-0731.pdf)

La **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., FIDUPREVISORA S.A.** como vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **FOMAG**, se opuso a la prosperidad de la pretensión, argumentando que, la función de prestación de salud corresponde a las entidades promotoras de salud, las instituciones prestadoras de servicios de salud, las empresas sociales del estado y demás entidades que conforman la organización del sistema general de seguridad social en salud en Colombia, dentro del marco de la Ley 100 de 1993, que al consultar el aplicativo HOSVITAL dispuesto por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio refiere que el demandante se encuentra activo en el régimen de excepción de asistencia en salud y que de conformidad con el manual de usuario del régimen especial del Magisterio, cuando un docente se encuentre en situación urgente y sea atendido por una IPS que no se encuentre en la red de la Unión Temporal a la que se encuentra afiliado, la IPS que atendió al docente debe realizar el recobro a la Unión Temporal, siendo EPS UNIÓN TEMPORAL MEDISALUD la competente del reconocimiento y pago, como entidad prestadora de los servicios de salud. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denomino; falta de legitimación en la causa por pasiva. (carpeta 3-NURC 20218232124032 RESPTA FIDUPREVISORA, archivo Contestación J-2021-00731- EPARQUIO CORTES - FIDU.PDF)

El **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** dio respuesta oponiéndose a las pretensiones, considero la naturaleza del Ministerio de Educación Nacional y su relación con el FOMAG, menciono al fondo de prestaciones sociales del magisterio y reitero el mismo argumento de la fiduciaria, concluyendo que la entidad no es la encargada de prestar servicios médicos al demandante y tampoco la llamada a reconocer el pago de gastos médicos, igualmente propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva. (carpeta 4-NURC 202182323124042 respta MIN, archivo Contestación J-2021-00731- EPARQUIO CORTES - MEN)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 3 de febrero de 2022, la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a la pretensión incoada por el demandante, ordeno a MEDISALUD UT reconocer y pagar al demandante la suma de \$34.027.291 en el término de 5 días contados a partir de la ejecutoria, ordeno al representante legal de la Fiduciaria la

Previsora S.A. como entidad vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a cuyo cargo están las prestaciones sociales y servicios médicos asistenciales de los docentes y sus beneficiarios, que en caso, de que MEDISALUD UT, no realice el pago a favor del demandante en el término señalado proceda a descontar dicha suma del contrato suscrito con MEDISALUD UT, efectuando el reconocimiento y pago de la suma señalada al demandante dentro de los 5 días siguientes.

Para lo cual, concluyo que la entidad encargada del aseguramiento no le garantizo al demandante acceder a un prestador de servicios con el grado de complejidad que requería según las ordenes médicas, por lo que no garantizo oportunidad, continuidad, eficacia, ni integralidad en la atención. (archivo 2-EXPEDIENTE DIGITAL J-2021-0731.pdf)

Del recurso de apelación

Inconforme con la anterior decisión, la demandada MEDISALUD UT, interpuso recurso de apelación, argumentando que, el demandante se encuentra afiliado y se han garantizado de forma integral los servicios de salud ordenados por los médicos tratantes, para lo cual trae a colación un historial médico e indica que el 20 de abril de 2021 fue valorado por la IPS UNIDAD MEDICA ONCOLOGICA, en la que se emitió orden para valoración por cirugía plástica oncológica, la cual fue tramitada y asignada el 10 de mayo de 2021 a la que se adjuntó una orden para la toma de un laboratorio programada el 8 de mayo de 2021, sin embargo, el demandante y sus familiares rechazaron las citas, ante la insistencia del demandante a través de tutela, queja ante la Superintendencia de Salud, se asigna cita nuevamente para el 20 de mayo de ese mismo año, cita que fue rechazada nuevamente, así las cosas, la entidad realizo todos los trámites pertinentes para prestar los servicios al demandante, los cuales no fueron aceptados por no ser direccionados al Instituto Nacional de Cancerología entidad con la que no se tiene convenio, reitera que nunca se negó el servicio, ni incurrió en negligencia, el demandante asumió el costo de manera particular, en consecuencia, se solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia de Salud, ya que no se vulnero derecho fundamental alguno y se prestos los servicios de salud requeridos, sin que proceda el reembolso por servicios de salud. (archivo RECURSO DE APELACION SENTENCIA 2021-002600 – EPARQUIO CORTES – NURC 202182321788232 J -2021-0731.pdf)

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado correspondiente las partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir de fondo el presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999¹, en concordancia con el numeral 2 del artículo 34 del Decreto 1080 de 2021, que modificó la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, determinando como funciones del Despacho del Delegado para la Función Jurisdiccional y de conciliación, “2. Conocer a petición de parte y fallar en derecho, con carácter definitivo en primera instancia y con las facultades propias, de un juez, los asuntos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6o de la Ley 1949 de 2019, y en las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan”.¹

Problema jurídico

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de primera instancia y el recurso presentado por la demandada, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar; si la UT MEDISALUD presto los servicios médicos necesarios y requeridos por el demandante señor EPARQUIO CORTÉS.

Sobre la prestación de servicios médicos

Existen unas responsabilidades respecto de ciertos actores sociales como lo son las Entidades Promotoras de Salud (EPS) entre otros, quienes deben actuar bajo principios de eficiencia, universalidad, solidaridad e integralidad, con el fin de que todos los ciudadanos reciban la prestación del servicio de salud de manera eficaz y continua, para dar paso, a las fases de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

En la Constitución Política de Colombia, se tuvo en cuenta algunas normas que amparan el derecho a la salud, como el artículo 48 en el que se indica:

*“ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a **los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad**, en los términos que establezca la Ley.*

¹ Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que “...las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia”.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

...”. (Negrilla fuera de texto)

Es así como, la Constitución protege a las personas contra acciones u omisiones de autoridades o particulares que ponen en grave peligro la vida o que traigan consecuencias de afectación física o psicológica para el desarrollo normal de la persona, por lo que, todo afiliado al sistema de seguridad social en salud que tenga una enfermedad de origen común, tiene derecho a que el sistema general le preste los servicios asistenciales.

La Corte Constitucional en sentencia de tutela T-034 de 2012, frente a la atención o prestación de los servicios en salud de forma preventiva, indico:

“...considerar la disminución en las condiciones de vida digna que se derivan de la demora en brindar la atención y, además, el posible aumento del costo de atención de un mal que podría atenderse oportunamente. Sobre esto último, resulta preciso que se privilegien soluciones que tengan en cuenta la atención de los problemas de salud en sus etapas iniciales de manifestación, antes que acudir a la espera de la situación que demande la mayor inversión de recursos y acudir a procesos altamente invasivos.”. (Negrilla fuera de texto)

Siguiendo con el estudio, la misma Corporación en sentencia de tutela T-017 de 2021, hizo referencia a la vulneración del derecho fundamental a la salud por el desconocimiento de los principios de acceso efectivo y continuidad, y dijo:

“(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la **continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados.**

(...)

En primer lugar, es de anotar que el derecho a la salud, como garantía fundamental, cuenta con un conjunto de principios que constituyen criterios de orientación para su efectiva garantía. De lo anterior, se comprende el papel altamente relevante que juegan las Entidades Promotoras de Servicios de Salud y las Instituciones Prestadoras de

Servicios de Salud, como aquellas que permiten tomar forma y hacer de la salud una verdadera garantía fundamental.

*Lo anterior implica, tal como fue analizado en la parte motiva de esta providencia, que **las EPS e IPS deben eliminar y evitar la imposición de actos o medidas que constituyan barrera, límite o impedimento para que un usuario pueda acceder a los servicios de salud que son requeridos en debida forma...***

...frente al principio de continuidad, esta Corporación señaló que configura la garantía de la prestación del servicio de salud a los pacientes, sin que este sea suspendido, en ningún caso, por razones administrativas, jurídicas, económicas, entre otras...”. (Negrilla resaltado por la Sala)

Caso Concreto

De revisión objetiva del historial de servicios autorizados, es claro que, desde el 24 de diciembre de 2020, se contaba con un diagnóstico de “TUMOR MALIGNO DE LA PIEL DEL PARPADO INCLUIDA LA COMISURA PALPEBRAL”, posteriormente se dio paso a varios servicios por ordenes medicas todas catalogadas como consulta por primera vez, con especialistas en anestesiología, oncología y en radio terapia y aunque se conocía de la urgencia de una cirugía desde el 12 de enero de 2021 la misma no se llevó a cabo después de más de 8 meses, siendo totalmente deficiente la prestación del servicio en salud requerida por el señor Cortés, que tal como se observa en las pruebas allegadas al proceso, tuvo consecuencias graves como lo es la perdida de su ojo izquierdo.

Entonces, la ausencia de la prestación del servicio de forma eficiente, puso en riesgo la vida del demandante y causo afectaciones físicas, contrario a lo mencionado por la entidad demandada, su actuar fue negligente y no demuestra la alegada garantía de continuidad y eficacia en la prestación de los servicios médicos en favor del señor Eparquio, ya que, éste padecía de un diagnostico catastrófico conocido por la entidad y no bastaba con que diera tramite a ordenes médicas, pues, dicha gestión debía estar revestida de diligencia y continuidad tal como se ha venido mencionando, cuyo tratamiento no podía dar espera hasta la reclamación ante las entidades de la red pública de salud, tal como ocurrió, con la acción de tutela interpuesta en la que se ampararon los derecho fundamentales o con la queja ante la Superintendencia de Salud. Nótese, como el señor Eparquio Cortés tuvo que recurrir a actuaciones adicionales para la atención y prestación de los servicios en salud por parte de U.T. MEDISALUD, lo que hace más gravosa su situación.

En consecuencia, le asiste razón del reembolso de los dineros adeudados por concepto de prestaciones asistenciales, los dineros adeudados corresponden a derechos generados por el incumplimiento de una obligación legal con el demandante, quien se vio obligado a cubrir los gastos de su atención en salud, por no haberse prestado efectivamente el servicio por U.T. MEDISALUD.

En los anteriores términos queda resuelta la impugnación presentada por la parte demandada. Costas de esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$1.300.000.00 y en favor de la parte demandante, dadas las resultas del proceso.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 3 de febrero de 2022 dentro del proceso sumario laboral promovido por **EPARQUIO CORTÉS** contra **U.T. MEDISALUD**, por las razones expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$1.300.000.00 y en favor de la parte demandante, dadas las resultas del proceso.

TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

En uso de permiso

LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105036202000340-01

En Bogotá D.C., hoy veintidós (22) de febrero de dos mil veinticuatro (2024), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Reliquidación pensional – Intereses Moratorios artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida, el 17 de enero de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LINA MARÍA CORREA VÉLEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

LINA MARÍA CORREA VÉLEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, para que, se declare que, cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, el 15 de agosto de 2017; que, se ordene a COLPENSIONES, reconocer y pagar el retroactivo pensional, correspondiente a las mesadas causadas y no pagadas, entre el 15 de agosto de 2017 y el 01 de diciembre de 2019, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, así como la indexación de las mesadas dejadas de cancelar; que, de ser necesario se utilicen las facultades ultra y extra petita; y, se condene a la demandada, al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 15 de agosto de 1960, por lo que, cumplió los 57 años de edad, el mismo día y mes del año 2017; que, estuvo inicialmente afiliada al ISS hoy

COLPENSIONES y se trasladó al RAIS, pero, en virtud de lo establecido en la sentencia SU-062 de 2010, retornó al RPM, el 01 de abril de 2018.

Refirió que, en múltiples oportunidades le pidió a COLPENSIONES, la actualización de su historia laboral, sin obtener ninguna respuesta a su requerimiento; que, el 25 de junio de 2019, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y el 01 de septiembre de 2019, su empleador, reportó la novedad de retiro, cesando los aportes a pensión en su favor; que, mediante resolución SUB311835 del 13 de noviembre de 2019, COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez, con efectividad a partir del 01 de diciembre de 2019, no desde la fecha en que cumplió los 57 años de edad (Archivo 03).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando que, si es cierto el estatus pensional se adquirió el día 15 de agosto de 2017, no se debe pasar por alto que, al validar la historia laboral actualizada de la demandante, el último periodo de cotización como dependiente corresponde al ciclo del 201908 con el empleador aportante 800206979 EXPRESO VIAJES Y TURISMO EXPRESO S.A.S, sin que exista solicitud o novedad de desafiliación o de retiro (R) del Sistema Pensional, por lo tanto, en virtud de lo señalado por los artículos 13 y 35 del Decreto 758 del 1990, la pensión debía reconocerse a corte de nómina, a partir del 1 de diciembre de 2019, sin que exista la posibilidad de ordenar valor económico alguno con anterioridad a dicha fecha; que, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, proceden únicamente en caso de mora o retardo en el pago de las mesadas pensionales y no cuando se ordena su reliquidación. Propuso las excepciones denominadas presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de COLPENSIONES, buena fe, prescripción, no configuración de intereses moratorios ni tampoco indexación, imposibilidad de condenar en costas, innominada o genérica y compensación (Archivos 08 y 13).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de enero de 2023, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la demandante, el retroactivo pensional correspondiente, por las mesadas pensionales ordinarias y adicionales adeudadas entre el 15 de agosto de 2017 y el 30 de noviembre de 2019, junto con los correspondientes reajustes de ley y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 25 de mayo del 2019 y hasta la fecha efectiva de pago del retroactivo pensional, sobre las mesadas dejadas de cancelar; declaró no probadas las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación a cargo de Colpensiones, no configuración de intereses moratorios ni indexación, imposibilidad de condena en costas y compensación y se abstuvo de pronunciarse sobre los

demás medios exceptivos de acuerdo con las resultas del proceso. Condenó en costas a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación parcial, en relación con la condena impuesta relacionada con el pago de intereses moratorios, previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 25 de abril de 2019 y hasta el pago de la reliquidación ordenada, pues, contrario a las consideraciones expuestas por la *a quo*, la demandante, no tiene derecho al reconocimiento de esta sanción, comoquiera que, esa Administradora no se encuentra en retardo o mora en el pago de las mesadas pensionales, sino que realizó su pago de manera oportuna, de acuerdo a lo determinado en la resolución de reconocimiento del derecho pensional, donde se dispuso que la fecha de disfrute del derecho sería a partir del 01 de diciembre de 2019, en tanto, no se había reportado la novedad de retiro por el empleador, ni de la trabajadora; que, COLPENSIONES, adelantó todas las gestiones necesarias para actualizar la historia laboral de la actora, una vez se surtió su retorno del RAIS, y sólo cuando PROTECCIÓN S.A., cumplió con dichos requerimientos, se procedió con el concepto de reserva actuarial y se estableció la totalidad de semanas cotizadas por la actora; que, debe tenerse en cuenta que, al momento de cancelar el retroactivo pensional, COLPENSIONES, efectúa su pago de manera indexada, lo que resulta incompatible con el pago de intereses moratorios.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, **COLPENSIONES**, afirmó que, contrario a las consideraciones expuestas en el fallo apelado, la demandante, no tiene derecho al pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues estos proceden exclusivamente para el caso de las mesadas pensionales que se encuentra disfrutando el asegurado y que no han sido pagadas puntualmente por esa Administradora, hecho que en el presente caso no se configura, al no probarse mora o retardo de su parte; que, conforme se expuso en Resolución SUB-311835 del 13 de noviembre de 2019 – Radicado No 2019_8451399, las mesadas pensionales se reconocieron con fecha de disfrute a partir del 01 de diciembre de 2019, en atención, a que no se acreditó en la Historial Laboral de la señora LINA MARIA CORREA VÉLEZ, la novedad de retiro por parte de su ultimo empleador; que, debe darse aplicación a la sentencia SL 1897 de 2019, en tanto, allí se indicó que en aquellos casos en los que las Administradoras de pensiones, nieguen el reconocimiento y pago de prestaciones periódicas debe encontrarse plena justificación, bien sea porque tienen respaldo normativo o por la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los Jueces; que, COLPENSIONES, siempre efectuó los trámites internos entre Administradoras, y dio respuesta a solicitudes de actualización y corrección de la Historia Laboral de la afiliada que retornó al RPM; y que, es incompatible la condena a pagar intereses moratorios cuando la

sentencia reconoce y ordena cancelar las sumas debidamente indexadas o en su defecto, debidamente actualizadas, por cuanto al ordenar esta actualización no es otra cosa que la misma indexación de las sumas en condena.

La **demandante**, por su parte, pidió confirmar la sentencia de Primera Instancia, pues, el reconocimiento de la pensión de vejez, fue extemporáneo, por la morosidad e ineficiencia de COLPENSIONES, quien dilató de manera injustificada su trámite, toda vez que, notificada de la nulidad del traslado de la actora, al RAIS, tardó más de un año, en efectuar las diligencias necesarias para formalizar el referido traslado, poniendo trabas y requisitos que la ley no determina, debiendo compensar con los intereses moratorios, el reconocimiento extemporáneo de la obligación demandada; que, tampoco es de recibo el argumento expuesto por COLPENSIONES, respecto a que no procede el pago de los intereses moratorios, porque se ordenó la indexación del retroactivo pensional, por cuanto la sentencia ordenó el pago de ese retroactivo mas no la actualización de su monto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto, así como el grado jurisdiccional del consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primer Grado, al ordenar la reliquidación de la pensión de vejez reconocida a la actora, junto con el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

DEL RETORNO DE LA DEMADNANTE AL RPM Y SU ESTATUS DE PENSIONADA

No fue objeto de discusión en la alzada que, estando la actora, afiliada al RPM, se trasladó al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A., y retornó a COLPENSIONES, el 17 de febrero de 2018, en virtud de lo señalado en la sentencia SU-062 de 2010; tampoco que, a través de la Resolución SUB311835 del 13 de noviembre de 2019, COLPENSIONES, le otorgó la pensión de vejez, en cuantía inicial de \$12.878.021, a partir del 01 de diciembre de 2019, *“es decir a corte de nómina teniendo en cuenta que revisada la historia laboral de la peticionaria se evidencia que presenta su última cotización en calidad de trabajadora dependiente con el empleador EXPRESO VIAJES Y TURISMO EXPRESO S.A.S sin que obre novedad de retiro definitivo del servicio para el periodo 201908”* (Archivo 15.1).

DE LA CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

En grado jurisdiccional de consulta, procede la Sala, a verificar si resultó acertada la decisión de la *a quo*, en cuanto ordenó el pago del retroactivo pensional, a favor de la demandante, causado entre el 15 de agosto de 2017, fecha para la cual cumplió el requisito de los 57 años de edad y el 01 de diciembre de 2019, cuando COLPENSIONES, le otorgó el derecho a la pensión de vejez.

Sobre el tema en particular, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que: *“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”*

En tal sentido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 13425 del 24 de marzo de 2000; precisó:

*“1-. Tal como lo resalta el impugnante, no es dable confundir la causación de la pensión de vejez con su disfrute. **La primera ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de cotizaciones exigidos normativamente; en cambio, el disfrute de la pensión y su cuantía definitiva, una vez causada la pensión, están en función del momento en que lo solicite el afiliado, pero siempre y cuando haya acreditado su desafiliación al seguro de vejez.***

“Así lo entendió en lo fundamental el tribunal, al aplicar e interpretar acertadamente el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, que no tiene el sentido pretendido por la censura. Al respecto cabe precisar que, reunidos los requisitos mínimos del régimen de beneficio definido prescritos en los reglamentos o en la Ley, puede el asegurado solicitar la pensión de vejez que se ha causado en su favor. Mas, como es lógico, la tramitación de su petición puede requerir de un tiempo prudencial mientras el ente asegurador comprueba que se han cumplido satisfactoriamente las condiciones respectivas. Entretanto continuará el pago de las cotizaciones que muy seguramente aumentarán el valor de la pensión reclamada.

“La desafiliación del seguro de invalidez, vejez y muerte puede disponerla el Instituto de Seguros Sociales por iniciativa del empresario o por petición del interesado en obtener la referida pensión, siempre que haya acreditado los requisitos pertinentes.

“Precisamente una de las finalidades de la pensión es reemplazar el salario, esto es, suplir la pérdida de ganancia del mismo.” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Así entonces, por regla general el reconocimiento de la pensión de vejez, procede a partir de la desafiliación del Sistema pensional; sin embargo, también esa Corporación, ha precisado que, ante situaciones particulares y excepcionales, los Jueces, deben acudir a soluciones diferentes, como definir fechas anteriores al retiro del sistema, al respecto, en la sentencia SL5603 de 2016, la Sala de Casación Laboral, señaló:

“Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

*En este orden, podría decirse que, si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, **existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.***

Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

También en la sentencia SL8294 de 2017, la Corte Suprema de Justicia, hace referencia a la interpretación de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, advirtiendo que:

“...la aplicación de este criterio gramatical ha sido morigerada en algunos casos en los que, por sus peculiaridades, ha ameritado una solución diferente. Por ejemplo, cuando el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión que ha sido solicitada en tiempo.

Así mismo sucede cuando de la conducta del afiliado se colige su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, pues en esos casos, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL35605, 20 oct. 2009 y, recientemente, en la CSJ SL5603-2016).

Conforme lo expuesto, precisa la Sala que, si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el disfrute de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia, sin que ello comporte una «transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica», tal y como lo expuso la Sala en la sentencia CSJ SL5603-2016...”

Ahora, sobre la figura de la desafiliación, entre otras, en las sentencias SL5541 de 2019 y SL354 de 2021, dijo la Sala de Casación Laboral, que, debe entenderse como la voluntad del afiliado *“de no continuar amparado para los riesgos IVM en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, manifestación que bien puede ser expresa, reportando la novedad de retiro, o tácita, mediante actos que así lo den a entender”*; y, en cuanto a la inducción en error, por parte de las Administradoras de Pensiones, que obliga al asegurado continuar cotizando al sistema pensional, pese a tener realmente cumplidos los requisitos mínimos para acceder al derecho pensional reclamado explicó esa misma Corporación, que *“la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se ha completado los requisitos”* (sentencias CSJ radicado 39391 del 22 de febrero de 2011; radicado 38558 del 06 de julio 2011, radicado 37798 del 15 de mayo de 2012, SL8294 de 2017, SL3114 de 2018 y SL3114 de 2018).

Descendiendo al caso bajo estudio, conforme a la documental allegada al plenario, se advierte que, la demandante cumplió los 57 años de edad, el 15 de agosto de 2017, fecha para la cual, contaba con 1.937,68 semanas cotizadas; igualmente se tiene que, luego de retornar al RPM, el 16 de agosto de 2018, la señora LINA MARÍA CORREA VÉLEZ, le solicitó a COLPENSIONES, la actualización de su historia laboral, para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, petición que reiteró los días 02 de noviembre y 05 de diciembre de 2018, así como el 23 de enero, 19 de marzo, 24 de mayo y 27 de agosto de 2019; también su empleador, el 04 de marzo de 2019, solicitó aplicar la novedad de ingreso al RPM. por traslado del RAIS en abril de 2018, obteniendo de COLPENSIONES, en reiteradas oportunidades la misma respuesta, según la cual esa Administradora, se encontraba realizando análisis, validación de registros y verificación de la documental, para darle una solución de fondo a sus pedimientos; además el 18 de marzo y 29 de julio de 2019, la demandada, le informó a la actora, que, PROTECCIÓN, no había trasladado la totalidad de los aportes y se encontraba en el trámite para obtener su envío (Archivo 15.1).

Asimismo, se observa que, el 25 de junio de 2019 , la demandante, reclamó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, no obstante de acuerdo con los reportes de semanas cotizadas emitidos por COLPENSIONES, para los días 26 de junio y 15 de julio de 2019, no se había realizado la actualización de la historia laboral del actora, pues, sólo se reportaba un total de 643.57 semanas cotizadas al 31 de mayo de 2019; sin embargo, en el reporte expedido el 22 de octubre de 2019, ésta ya contaba con 1.820,29 al 31 de agosto de 2019 y para el 18 de febrero de 2021, el total de semanas cotizadas al 31 de agosto 2019, era de 2.040,57 (Archivo 15.1).

Así las cosas, claro es para la Sala, que, cuando la demandante, retornó al RPM, en abril de 2018, ya había cumplido con los requisitos de edad y semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez; por lo tanto, los trámites relacionados con la actualización de su historia laboral a cargo de COLPENSIONES, de ninguna manera, debieron afectar el reconocimiento del derecho pensional, desde dicha data, aunque su empleador, sólo haya dejado de efectuar cotizaciones a su nombre, a partir del 01 de septiembre de 2019, pues, la actora, se vio en la obligación de continuar cotizando hasta tanto la demandada, no realizó la inclusión de todas las semanas cotizadas en el RAIS, en su historia laboral, trámite administrativo entre los Fondos pensionales, cuya demora, de ninguna manera, puede extenderse al reconocimiento de la prestación de vejez, que como en el presente caso, ya estaba causada desde el año 2017 y sólo se reconoció hasta el 13 de noviembre de 2019, a través de la resolución SUB311835 emitida por COLPENSIONES. Nótese como, para el momento en el que la actora, regresó al RPM, la demandada sí tuvo conocimiento no sólo del cumplimiento de los requisitos de edad y semanas cotizadas, sino del expreso interés de la afiliada de comenzar a disfrutar de la pensión, como lo advirtió en las comunicaciones del 26 de febrero y 16 de agosto de 2018 (Archivo 15.1).

Por lo expresado es dable confirmar la fecha que acogió la Juez primigenia, para el conocimiento de la pensión de vejez, correspondiente al 15 de agosto de 2017, así como la orden de pago del retroactivo pensional de las mesadas causadas desde dicha data hasta el 30 de noviembre de 2019, día anterior a la inclusión de nómina de pensionados. Sin embargo, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, considera la Sala, necesario adicionar la sentencia apelada, para autorizar a COLPENSIONES, conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, a efectuar los descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de la demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la EPS, a la que se encuentre afiliada.

También debe señalarse que dicho retroactivo, no se vio afectado por el fenómeno prescriptivo comoquiera que, entre el 26 de noviembre de 2019, fecha en que fue notificada la Resolución SUB311835 del 13 de noviembre de 2019 (Archivo 15.1) y la presentación de esta demanda el 18 de septiembre de 2020 (Archivo 02) no transcurrió el termino trienal para que operara este fenómeno.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Alega COLPENSIONES, que no procede el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ya que, estos sólo se pueden reconocer ante la demora en el pago de las mesadas pensionales y no así frente

al reconocimiento de un retroactivo pensional; además que, los intereses moratorios, son incompatibles con la indexación o actualización de las condenas impuestas.

En tal sentido ha de recordarse que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé una sanción en contra de la administradora de pensiones, que incurra en mora frente al pago de las mesadas pensionales, sea esto por el reconocimiento tardío de la prestación cuando preexiste el derecho, o porque sencillamente se sustrae de la obligación de pago.

Adicionalmente, se debe precisar que, si bien la jurisprudencia había determinado que los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, procedían solo en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, pero no cuando se ordenaba reajuste a las mismas, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, modificó su posición y a partir de la sentencia SL3130 de 2020, determinó que no existe una razón jurídica objetiva para negar la procedencia de estos intereses cuando se trata de reajustes pensionales. En este sentido, advirtió esa Corporación, 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 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 tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento que se efectúe el pago».

De acuerdo con lo dicho, es claro que si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredite el derecho y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses moratorios, a menos que, *i)* se actúe en acatamiento de una disposición legal, sin poder prever futuros análisis o cambios de criterios jurisprudenciales, verbigracia, entorno a su validez o aplicación en el tiempo, como ocurre con el requisito de fidelidad (CSJ SL16390-2015 y CSJ SL2941-2016 y CSJ SL984-2019); *ii)* se conceda la prestación en aplicación de una nueva línea jurisprudencial (CSJ SL787-2013, reiterada en la sentencia

CSJ SL2941-2016) o, *iii*) existan conflictos entre eventuales beneficiarios o titulares de la prestación, que deben ser atendidos por la jurisdicción ordinaria (CSJ SL1399-2018 y CSJ SL4599-2019).

En el presente caso, para la Sala, aunque los argumentos expuestos por COLPENSIONES, no resultan válidos, pues, como ya se indicó la imposición de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, si procede en caso de la reliquidación pensional; y, en ningún momento la *a quo*, ordenó la indexación del retroactivo pensional, lo cierto es que, habrá de revocarse esta condena, teniendo en cuenta que la reliquidación de la pensión de vejez que se otorgó a favor de la actora, lo es con fundamento en un cambio jurisprudencial, siendo esta una de las excepciones para la imposición de esta sanción

En su defecto, se dispondrá la indexación del retroactivo pensional, conforme con la fórmula siguiente:

$$VA = \frac{VH \times IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

Donde:

VA= Valor actualizado

VH= Valor histórico correspondiente a la suma adeuda a favor de la actora.

IPC Final= Índice de precios al consumidor del mes en que se efectuará el pago

IPC Inicial= Índice de precios al consumidor del mes de causación de las sumas adeudadas a favor de la demandante.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

Sin COSTAS en la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 17 de enero de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, y, **ABSOLVER** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES del pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. En su lugar, se **ORDENA**, el pago indexado del retroactivo pensional, de conformidad con la fórmula descrita en la parte considerativa.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal sexto a la sentencia proferida el 17 de enero de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, para que del valor del retroactivo se descuente las sumas correspondientes a los aportes por salud a que haya lugar, para que sean remitidos a la EPS a la que se encuentre afiliada la accionante, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin COSTAS en la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

En uso de
Permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105032201600369-01

En Bogotá D.C., hoy veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Recobro servicios de salud no POS.

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la demandante y la ADRES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 13 de diciembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S.** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** con la vinculación de la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES.**

ANTECEDENTES

La ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S., promovió demanda ordinaria laboral en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, para que, se condene al pago de \$555.354.715 a título de daño emergente, con ocasión al daño jurídico derivado del rechazo infundado de 80 recobros, más \$55.535.471 por concepto de gastos de administración, inherentes a la gestión y manejo de las prestaciones excluidas del POS y los intereses moratorios, conforme a lo establecido por el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, liquidados entre la fecha de exigibilidad del respectivo concepto de recobro y la de pago efectivo de su importe, a la tasa máxima de interés moratorio establecido para los tributos administrados por la DIAN; además que, se ordene el pago de las costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria solicitó que, en caso de no acceder al pago de los intereses moratorios, se ordene la actualización de las sumas reconocidas, de acuerdo con la variación del IPC, desde la fecha en que se venció el plazo para efectuar su pago y hasta sean efectivamente recibidas por la demandante.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, como Entidad Prestadora de Salud, autorizó y cubrió la prestación de diferentes servicios, medicamentos e insumos, a varios de sus usuarios, cuyas facturas de venta, acompañadas de los soportes que acreditaban la efectiva prestación, fueron presentadas por las IPS autorizadas, pero, por tratarse de servicios no incluidos en el POS, realizado el pago de los mismos, procedió a presentar al administrador del FOSYGA, en cumplimiento de los requisitos legales, 80 recobros, con los respectivos soportes, equivalentes a \$555.354.715.

Refirió que, pese a que los servicios médicos no estaban incluidos en el POS, se prestaron en obediencia a órdenes judiciales por fallos de tutela u órdenes del Comité Técnico Científico, pero que, la demandada, glosó los recobros, al considerar que algunas de las tecnologías en salud allí reclamadas, sí hacían parte del POS y, por ende, estaban cubiertas con la UPC; además que, los fallos de tutela incluyeron servicios no descritos en el mismo; que, para la prestación de los servicios recobrados, esa EPS, tuvo que desplegar unos gastos administrativos, que desbordaron financieramente las estimaciones actuariales de la UPC; que, el 29 de diciembre de 2015, realizó una segunda reclamación, con las mismas pretensiones de la demanda (fls. 05-Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; respecto a los hechos, dijo no constarle ninguno de ellos; en su defensa alegó que, no es competente para atender las pretensiones de la actora, pues, el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, creó a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, quien, entre otras funciones, es la encargada del pago de los recobros. Propuso las excepciones denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de obligación solidaria por la adscripción administrativa de la descentralización administrativa y sus efectos jurídicos, cobro de lo no debido, inexistencia de obligación, prescripción y la innominada (fls. 505-520 Archivo 01).

Por auto del 13 de junio de 2018, (fl. 533 Archivo 01), el Juez de Primer Grado, ordenó la vinculación al proceso de la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, quien dio contestación oportunamente, manifestando que, el ente auditor del FOSYGA, dio trámite a los recobros presentados por la EPS, pero, les impuso una serie de glosas, por encontrarse cubiertos con el POS y no haber cumplido con los requisitos formales para acreditar su pago, lo que no permitió su aprobación; de ahí que, proceder a su reconocimiento configuraría un pago de lo no debido. Formuló las excepciones previas de falta de integración del litisconsorcio necesario con la Unión Temporal Fosyga 2014, quien intervino directamente en el proceso y trámite de las reclamaciones y, la de prescripción, desistiendo de la primera y, respecto a la segunda, en la audiencia de que trata el artículo 77 del

CPTSS, dispuso el *a quo*, resolverla como de fondo al momento de dictar sentencia (fls. 674-675 Archivo 01). También alegó las excepciones de fondo, que llamó, culpa exclusiva de la EPS recobrante e inexistencia de la obligación (fls. 536-564 Archivo 01).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de diciembre de 2022, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y la de inexistencia de la obligación respecto de los intereses moratorios y gastos administrativos propuesta por la ADRES. Así mismo declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de los recobros No. 23224508 y 24075262.; condenó a la demandada ADRES, a reconocer y pagar a la EPS SANITAS S.A.S., la suma total de \$76.937.710.00 por concepto de 42 recobros infundadamente glosados por las causales contentivas en el ítem No. 1-03 *“Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga”*, 42064 *“los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga”* y 1401 *“Las prestaciones objeto de recobro han sido pagadas con anterioridad por el FOSYGA”*; absolvió a la ADRES, de las demás pretensiones y a la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, de todas las peticiones incoadas en su contra. Condenó en costas a la ADRES.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de la demandante y la ADRES, interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

La **EPS SANITAS S.A.S.**, manifestó que, el término que esa Entidad, tiene para interponer la demanda, ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, es de 3 años, contados a partir de la fecha de ratificación de la glosa y, por tanto, no procede declarar la prescripción de los recobros, ya que, no operó el término prescriptivo; además que, a la luz de lo establecido en el artículo 151 del CPTSS, debió el *a quo*, tener en cuenta la fecha de ratificación de las glosas, y de presentación de las facturas y reclamaciones administrativas, con las que se acreditó que ninguno de los recobros pretendidos se encuentra prescrito; que, se debe dar aplicación al artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, como indemnización automática por incumplimiento en el pago de los recursos de la salud, lo que conlleva la inejecución de una obligación por parte de la ADRES, quien sin mediar razón válida, realizó unas glosas injustificadas al paquete de recobros por los servicios prestados a los usuarios de esa EPS.

LA **ADRES**, argumentó que, los reconocimientos de cada uno de los recobros concedidos por el Juez de Primer Grado, no atiende los parámetros establecidos en el Acuerdo 08 de 2009, pues, no se hizo una distinción entre las exclusiones,

por cada uno de los servicios, medicamentos o tratamientos del POS; que, no se puede confundir exclusión con no inclusión, ya que, la primera obedece a aquellos servicios cuya finalidad no sea la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de una enfermedad, así como los servicios y tecnologías en salud conexos, complicaciones en la atención de salud y eventos que cumplan con los criterios de no financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, como lo establece el artículo 10 del Acuerdo 08 de 2009, artículo 6 del Acuerdo 029 de 2011, artículo 154 de la Ley 1450 de 2011 y el artículo 130 de la Resolución 5521, vigentes para la época de los servicios cuyo recobro se pretende; citó las sentencias T-760 de 2008 y T-491 de 2018, donde se precisó que las exclusiones son taxativas y en concordancia con el principio de integralidad, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva; que, las exclusiones no pueden ser reconocidas con los recursos del Sistema de Salud.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la ADRES, dijo que, las EPS, tienen derecho a solicitar el reconocimiento y pago de los servicios médicos y/o los medicamentos no incluidos en el Plan de Beneficios en salud que fueron prestados a sus afiliados y/o beneficiarios, sin embargo, para obtener este pago, deben someterse al procedimiento de auditoría integral establecido en la normatividad vigente, de conformidad con la fecha en que se prestaron los servicios en salud, que. Para el presente caso eran las resoluciones 3990 de 2007; 458 de 2013; 5395 de 2013; 3951 de 2016; 1885 de 2018, las cuales establecían el procedimiento de recobro ante el entonces Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA (Hoy ADRES), estableciendo una serie de requisitos generales para el proceso de verificación de los recobros, por lo que, el no pago a la entidad demandante de los recobros que son objeto de las presentes diligencias, no obedece a una decisión “*arbitraria*”; sino por el contrario a la aplicación de preceptos legales que deben cumplir los recobros, como las glosas a aplicar en caso de que no se cumplan las condiciones para el reconocimiento; que, revisado cada uno de los medicamentos recobrados estos tienen componentes y principios activos de medicamentos principales que se encuentran incluidos dentro del POS hoy PBS, por lo que se le puede considerar propiamente incluidos en el Plan de Beneficios en Salud y no pueden ser pagados por segunda ocasión por el SGSS; que, no procede condena en costas, pues, el proceso adelantado en su momento por la auditoría en salud, arrojó resultados que por culpa de la parte demandante no fueron refutados, ni desvirtuados, por lo que el accionar de la entidad se encuentra en derecho y el inicio de este proceso, se debe al actuar incorrecto de la EPS.

La NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, insistió en la falta de legitimación en la causa por pasiva de esa Entidad, frente a los presuntos hechos que se relacionan con el reconocimiento y pago de los valores asumidos por la EPS SANITAS S.A.S., para efectos de cubrir la prestación de servicios de salud que no se encontraban incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, sin que

esa Entidad, no tiene injerencia alguna, pues, efectuar tal reconocimiento no se encuentra dentro de sus funciones.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por la demandante y la ADRES, la Sala, deberá determinar, *i)* si se debió acceder al pago de todos los recobros reclamados o sólo a los 42 que fueron ordenados; *ii)* si operó o no la prescripción de los recobros; y. *iii)* si se debe acceder al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002.

DE LA COMPETENCIA

Sea lo primero aclarar que, aunque la Corte Constitucional, de forma reiterada ha considerado que, la competencia judicial para conocer asuntos relacionados con el pago de recobros judiciales al Estado por prestaciones no incluidas en el POS, hoy PBS, y por las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo; lo cierto es que, en el presente caso, ya se dirimió un conflicto de jurisdicción y competencia mediante providencia del 28 de noviembre de 2017, donde la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, determinó que la controversia planteada correspondía a un conflicto de la Seguridad Social, por lo tanto, le asignó su conocimiento a la Jurisdicción Ordinaria Laboral (Archivos 03 y 04); decisión que tiene un carácter vinculante y de la cual no puede apartarse el servidor judicial.

Además, también la Corte Constitucional, entre otros, en Auto 711 de 2021, determinó que, *“[l]as decisiones adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura durante el período en el cual la Corte Constitucional no había asumido la competencia para resolver los conflictos de jurisdicción, gozan del principio de intangibilidad, que prohíbe al juez que dictó el fallo revocarlo o reformarlo. La improcedencia de un nuevo pronunciamiento de fondo sobre el caso sometido a consideración de esta Corporación responde a la necesidad de protección de la confianza legítima en el ordenamiento jurídico. Si una providencia judicial se encuentra en firme, produce el efecto de cosa juzgada, bien porque no contempla ningún tipo de recurso, o bien porque no se recurrió en su momento”*

Por lo anterior, queda claro que, esta Sala, es competente para resolver las apelaciones presentadas por la parte actora y la demandada ADRES, contra la sentencia de Primer Grado, por lo que, se procederá a su estudio.

DEL PAGO DE TRATAMIENTOS O PROCEDIMIENTOS NO POS

Con el fin de resolver las inconformidades de las partes demandante y demandada ADRES, forzoso se muestra en primer término para la Sala, remitirse al ordenamiento que regula el asunto, a saber:

Los artículos 48 y 49 de la Constitución Nacional, plasman el derecho a la Salud y a la Seguridad Social; y, en desarrollo de éstos la Ley 100 de 1993, consagra en su artículo 152 los fundamentos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, determinando su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control; así como las obligaciones que se derivan de su aplicación, con el objeto de regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso a toda la población al servicio en todos los niveles de atención. Igualmente, los artículos 156 y 177 de la misma Ley, prescriben que las Entidades Promotoras de Salud, son responsables de garantizar directa o indirectamente la prestación del Plan Obligatorio de Salud a sus afiliados a través de la suscripción con Instituciones Prestadoras de Salud y profesionales independientes, o con grupos de práctica profesional, debidamente constituidos.

El artículo 218 *ibidem*, dispuso la creación del Fondo de Solidaridad y Garantía - Fosyga, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, encargada de administrar los recursos que financian el Sistema General de Seguridad Social en Salud y que se maneja por encargo fiduciario, con el fin de lograr una atención sanitaria prioritaria y de calidad para aquellos que la requieren, sean contribuyentes o no; por su parte, el artículo 219 estructuró dicho Fondo a partir de cuatro subcuentas independientes: a) de compensación interna del régimen contributivo; b) de solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) de promoción de la salud y, d) del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito

El artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, determinó que, en caso de incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de la salud, se causarán intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

El artículo 7 del Decreto 1281 de 2002, señala que las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades administradoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas, y que, vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

El artículo 13 de la Resolución 3797 de 2004, determina que el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, deberá adelantar el estudio de la solicitud de recobro e informar a la entidad reclamante el resultado

del mismo, a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a su radicación; y, aunque la mencionada fue derogada posteriormente por las Resoluciones 2933 de 2006 y 3099 de 2008, esta última modificada por las Resoluciones 3754 y 5033 de 2008, 4377 de 2010 y, 1089 y 2064 de 2011, en todas ellas se mantuvo el plazo de pago de dos meses conforme se consagró desde la primera Resolución.

El literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, consagra que los prestadores de servicios de salud deberán presentar a las entidades responsables de pago, las facturas con los soportes que de acuerdo con el mecanismo de pago establezca el Ministerio de Salud.

El artículo 24 del Decreto 2727 de 2007, según el cual en el evento en que las devoluciones o glosas formuladas no tengan fundamentación objetiva, el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura o cuenta de cobro, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Decreto 1281 de 2002. Igualmente, en el evento en que la glosa formulada resulte justificada y se haya pagado un valor por los servicios glosados, se entenderá como un valor a descontar a título de pago anticipado en cobros posteriores. De no presentarse cobros posteriores, la entidad responsable del pago tendrá derecho a la devolución del valor glosado y al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha en la cual la entidad responsable del pago canceló al prestador.

El artículo 13 de la resolución 3099 de 2008, señala el término de 2 meses, siguientes a su radicación, para resolver las solicitudes de recobro presentadas oportunamente y en debida forma.

La sentencia T-760 de 2008, de la Corte Constitucional, a través de la cual, esa Corporación reconoció que las Entidades Promotoras de Salud – EPS, tienen un derecho constitucional al recobro, por concepto de los costos que no estén financiados mediante las unidades de pago por capitación (UPC); y que, para garantizar el derecho a la salud de los usuarios, el cual depende del flujo oportuno de recursos en el Sistema, el procedimiento de recobro debe ser claro, preciso, ágil.

El concepto con radicación No. 11000103600020100086 del 19 de agosto de 2010, según el cual, el pago tardío de los recobros presentados al Fosyga, por servicios y medicamento no incluidos en el POS, da lugar al pago de intereses de mora, a la tasa establecida para los tributos administrados por la DIAN, no sólo porque así se deriva del Decreto 1281 de 2002, sino porque ello se adecua a las finalidades y objetivos del sistema general de salud; surgiendo dicha mora, vencido el plazo expresamente señalado por el artículo 13 de la Resolución 3099 de 2008, para que el Fosyga, realice el pago de las solicitudes de recobro presentadas oportunamente y en debida forma.

El artículo 56 de la Ley 1438 de 2011, indica que, el no pago oportuno de los servicios de salud causa intereses moratorios a la tasa establecida para los

impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN); y, el artículo 57 de la misma Ley, regula el trámite de las glosas, que podrán hacer las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes.

El artículo 141 de la Ley 1607 de 2012, señala que, para efectos de las obligaciones administradas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el interés moratorio se liquidará diariamente a la tasa de interés diario que sea equivalente a la tasa de usura vigente determinada por la Superintendencia Financiera de Colombia para las modalidades de crédito de consumo.

El artículo 4 de la Resolución 4331 de 2012, del Ministerio de Salud y Protección Social, según el cual todas las facturas de prestación de servicios deben ir acompañada de unos soportes para el pago efectivo, relacionados en el anexo técnico No. 5 de la Resolución 13047 de 2008, dentro de los cuales se destacan entre otros, la factura o documento equivalente, detalle o relación de la atención por cada usuario, la autorización o aval para la prestación del servicio del salud, resumen de historia clínica, comprobante o confirmación de prestación efectiva del servicio por parte del usuario, orden y/o fórmula médica, recibo de pago, fotocopia del fallo de tutela, autorización del Comité Técnico Científico.

El artículo 122 del Decreto – Ley 019 de 2012, derogado expresamente por el artículo 158 del Decreto 2106 de 2019, Ley antitrámites, que fijaba el procedimiento para las cuentas por recobro, cuando se presentaran divergencias recurrentes, por las glosas aplicadas en la auditoria efectuada a los recobros ante el Fosyga, por cualquier causa.

El artículo 2 del Decreto 1865 de 2012, definió las divergencias recurrentes, como las diferencias conceptuales entre más de una entidad recobrante y el Ministerio de Salud y Protección Social - Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), respecto de las glosas que por cualquier causal hayan sido aplicadas a las solicitudes de recobro en más de un período de radicación.

La Nota Externa 201433200296233 del 10 de noviembre de 2014, del Ministerio de Salud, dirigida a las entidades recobrantes, referente, entre otros temas, a las exclusiones del POS, donde se incluyen, entre otros, los pañitos húmedos, como prestación suntuaria y servicio exclusivamente cosmético, por el que no procede recobro, salvo fallo de tutela, que los ordene.

Los Acuerdos 08 de 2009, 029 de 2011 y la resolución 5521 de 2013, que definieron, aclararon y actualizaron integralmente el Plan Obligatorio de Salud - POS, durante la vigencia de los recobros pretendidos por la demandante.

El artículo 8 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, regula el derecho fundamental a la salud, y en especial, determina que todos los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa con el objetivo de prevenir o curar las patologías que presente el paciente, con independencia del origen de la

enfermedad o condición de salud del paciente y su sistema de provisión, cubrimiento o financiación.

El artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, dispuso la creación de una entidad de naturaleza especial del nivel descentralizado del orden nacional asimilada a una Empresa Industrial y Comercial del Estado, denominada Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, la cual tiene como objeto entre otras funciones, la de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías -Fosyga, los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud - Fonsaet, los que financien el aseguramiento en salud, así como los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del régimen contributivo.

Los literales a) y b) del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015, según los cuales, el término para efectuar reclamaciones o recobros que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga será de tres (3) años a partir de la fecha de la prestación del servicio, de la entrega de la tecnología en salud o del egreso del paciente. Finalizado dicho plazo, sin haberse presentado la reclamación o recobro, prescribirá el derecho a recibir el pago y se extingue la obligación para el Fosyga; y el término para la caducidad de la acción legal que corresponda, se contará a partir de la fecha de la última comunicación de glosa impuesta en los procesos ordinarios de radicación, por parte del Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) o quien este designe.

La Resolución 1328 de 2016, establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, garantía del suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, eliminando los comités técnico – científicos.

El artículo 9 de la Ley 1797 de 2016, según el cual las instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y del Contributivo, independientemente de su naturaleza jurídica, el Fosyga o la entidad que haga sus veces y las entidades territoriales, cuando corresponda, deberán depurar y conciliar permanentemente las cuentas por cobrar y por pagar entre ellas, y efectuar el respectivo saneamiento contable de sus estados financieros; estando el Ministerio de Salud y Protección Social, en la obligación de establecer las condiciones, términos y fechas referidos al proceso de glosas aplicadas por las Entidades Promotoras de Salud y demás entidades obligadas a compensar, asociadas a la prestación del servicio de salud.

La Resolución 5218 de 2017 del Ministerio de salud, que establece los términos, formatos y requisitos para el reconocimiento y pago de los recobros y las reclamaciones en virtud de lo dispuesto en el literal c) del artículo 73 de la Ley

1753 de 2015, indicando en su artículo 5° los elementos esenciales de la obligación para el reconocimiento y pago de los recobros, tales como: “1. *Copia del acta de Comité Técnico Científico (CTC) o Fallo de Tutela*; 2. *Copia de la factura de venta o documento equivalente*; 3. *Constancia de cancelación de la factura o del documento equivalente*; y, 4. *Los documentos adicionales que acrediten la existencia de la respectiva obligación.*”

El artículo 38 de la Resolución 5269 de 2017, que establece las condiciones para que un medicamento sea financiado por el Sistema de Salud con cargo a la UPC.

El literal c) del artículo 237 de la Ley 1955 de 2019, que, con el fin de contribuir a la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), el Gobierno nacional debía definir los criterios y los plazos para la estructuración, operación y seguimiento del saneamiento definitivo de las cuentas de recobro relacionadas con los servicios y tecnologías de salud no financiados con cargo a la UPC del régimen contributivo, siempre y cuando, entre otros, “*la obligación derivada de la prestación del servicio o tecnología no se encuentre afectada por caducidad y/o prescripción*”.

El artículo 12 del Decreto 521 de 2020, que fija los criterios para verificar las condiciones de temporalidad de los servicios y tecnologías en salud, objeto de saneamiento.

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero señalar que, aunque la demanda, inicialmente perseguía el pago de 80 recobros, en el curso del proceso y conforme a la documental obrante a folio 665 del Archivo 01 del expediente digital, la EPS SANITAS S.A.S., desistió de 32 recobros correspondientes a 103 ítems, por lo que, el proceso sólo continuó por los siguientes 48 recobros:

53049441	26099680	29099070	26099909
24074262	26099859	26099131	26099910
56616136	29099863	26099132	26099914
26066311	26100029	26100059	26099915
26066331	26099308	56434455	26099076
26066332	26099332	26605853	29099973
26066333	26099333	56605931	23224508
26066335	25879057	56605948	104226934
26066336	26099065	56605959	105803923
26066416	26099066	56605960	26099077
26066420	26099067	26099907	55432424
26066422	26099068	26099908	25644140

Verificadas una a una las documentales allegadas en medio magnético, correspondientes a archivos Excel y PDF, así como los dictámenes periciales allegados por las partes y el practicado en el curso del proceso, encuentra la Sala, que, tal y como lo advirtió el Juez de Primer Grado, los tratamientos y

procedimientos recobrados, consistentes en hipoterapia o terapia asistida con animales, así como la inmunoterapia, la internación en hogar geriátrico o protegido, tratamiento de medicina alternativa, educación especial personalizada e integración escolar, acondicionamiento físico y deportes, artes y musicoterapia se encuentran taxativamente excluidos de los Planes Obligatorios de Salud, vigentes para la fecha de prestación de los servicios cuyo recobro pretende la demandante, esto es, entre los años 2009 a 2014; por lo que, contrario a lo manifestado por la ADRES, sí son procedimientos que expresamente estaban fuera del POS, para la fecha de su prestación, lo que habilitó a la EPS SANITAS S.A.S., para solicitar su recobro.

Ahora, insiste la actora, en que, el Juez de Primera Instancia, debió ordenar el pago de los 48 recobros reclamados, por cumplir todos ellos con los requisitos legales para su reembolso; sin embargo, verificados los mismos, se advierte que:

- El recobro con radicado **53049441**, correspondiente al servicio de “*INTERNACIÓN EN SERVICIO DE COMPLEJIDAD ALTA – HABITACION BIPERSONAL*”, y que, según la actora, fue prestado el 14 de agosto de 2012, contrario a lo señalado por el *a quo*, sí estaba incluido dentro de los procedimientos y servicios del Plan Obligatorio de Salud, en el anexo 2 del Acuerdo 029 de 2011, identificado con el CUPS S11302, por lo tanto, se modificara el ordinal segundo de la sentencia apelada, para condenar a la ADRES, sólo al pago de 41 recobros, por la suma de \$75.712.317.oo.
- De los recobros **25644140**, **26099863**, **56616136** y **55432424**, no se aportó soporte probatorio alguno por parte de la demandada (C02 Primera Instancia), resultando acertada la decisión de Primer Grado, que no impuso condena al respecto.
- Sólo se demostró la prestación de los servicios de salud denominados hipoterapia, internación en hogar geriátrico, internación en hogar protegido, atención hogar gerontológico, terapia con equipo Vega, inmunoterapia y educación especial, de forma clara, suficiente y completa, en relación con los 41 recobros, que corresponden a los radicados:

26066311	26099308	56434455	26099076
26066331	26099332	56605853	26099973 *3 servicios
26066332	26099333	56605931	104226934
26066333	25879057	56605948	105803923
26066335	26099065	56605959	26099077* 3 servicios
26066336	26099066	56605960	
26066416	26099067	26099907	
26066420	26099068	26099908	
26066422	26099070	26099909	
26099680	26099131	26099910	
26099859	26099132	26099914	
26100029	26100059	26099915	

- De otra parte, respecto al fenómeno de la prescripción, claro es que, éste operó para el recobro **24074262**, pues, la prestación del servicio de “*INTERNACIÓN EN UNIDAD DE CUIDADO PALIATIVO PACIENTE CRÓNICO*”, se prestó el 15 de enero de 2011, su pago se reclamó ante el FOSYGA el 15 de marzo de 2011, el 02 de junio de 2011, se notificó la glosa a la demandante y ésta no presentó objeción, por lo que, a partir de esta última fecha, contaba con el término de tres (3) años, para solicitar su reembolso, es decir, hasta el 02 de junio de 2014; sin embargo, la presente acción se presentó el 19 de julio de 2016 (fl. 495 Archivo 01), es decir, fuera del término previsto en el artículo 151 del CPTSS en concordancia con el 488 del CST; sin que, la reclamación presentada por la EPS SANITAS, el 11 de diciembre de 2015, ante el Ministerio de Salud y Protección Social (C02 Primera Instancia), haya tenido la virtud de interrumpir la prescripción, ya que, a la luz de las normas ya señaladas, sólo es el primer reclamo, el que cumple con tal finalidad.

Igual suerte corre, el recobro con radicado **23224508**, relacionado con la prestación del servicio de “*INMUNOTERAPIA*”, practicado el 14 de mayo de 2009, radicado ante el FOSYGA, el 15 de abril de 2010, cuya glosa fue notificada el 23 de junio de 2010 y frente a la cual la parte actora, guardó silencio, por lo que, debió demandar su pago hasta el 23 de junio de 2013; no obstante, lo hizo sólo hasta el 19 de julio de 2016. Resultando igualmente acertada la decisión del *a quo*, en cuanto declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de estos recobros.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Otra de las inconformidades de la demandante, es que no se haya ordenado el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, pese a quedar demostrada la negativa injustificada de la demandada, para realizar el pago de los recobros reclamados.

Al respecto, la Sala, se remite a lo establecido en los artículos 4 y 7 inciso cuarto del Decreto 1281 de 2002, el parágrafo 5 del artículo 1122 de 2007 y el artículo 24 del Decreto 4747 de 2007, según los cuales procede el pago de intereses moratorios, desde la fecha de presentación de la factura o cuenta de cobro, siempre que se hayan radicado dentro de los seis (6) meses siguientes a la prestación del servicio, sin que para que proceda tal resarcimiento deba determinarse el actuar de buena o mala fe de la Entidad, obligada al pago.

Así las cosas, habiéndose demostrado la obligación de la ADRES, respecto al pago de los 41 recobros ya señalados, habrá de revocarse parcialmente el ordinal tercero de la sentencia apelada, para en su lugar, el pago de los intereses moratorios deprecados, desde la fecha de presentación de la cuenta de cobro y hasta el pago efectivo de la obligación, pero sólo respecto de los radicados 26066332, 26066333, 2066335, 26066336, 26066416, 26066420, 26066422, 26099859, 26099308, 26099332, 26099333, 26099065, 26099066, 26099067,

26099068, 26099070, 26099132, 26100059, 56434455, 56605931, 56605948, 56605960, 26099907, 26099907, 26099908, 26099909, 26099910, 26099914, 26099915, 26099076, 26099973, 104226934 y 26099077. No así respecto de los recobros 26066311, 26066331, 26099680, 26100029, 25879057, 26099131, 56605853, 56605959 y 105803923, comoquiera que, no se radicaron dentro de los seis meses siguientes a la prestación de los servicios cuyo reembolso se reclama.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación presentados por la parte demandante y la ADRES.

Costas en esta Instancia a cargo de la ADRES, por haberle sido desfavorable la alzada. No así para la actora, a quien le prosperaron parcialmente los argumentos de su recurso. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C. y, **CONDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**, a reconocer y pagar a favor de la **EPS SANITAS S.A.S**, la suma de SETENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS DOCE MIL TRESCIENTOS DIECISIETE PESOS M/CTE (\$75.712.317.00) correspondientes a 41 recobros, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal tercero de la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**, al pago de los intereses moratorios, de los recobros con radicados 26066332, 26066333, 2066335, 26066336, 26066416, 26066420, 26066422, 26099859, 26099308, 26099332, 26099333, 26099065, 26099066, 26099067, 26099068, 26099070, 26099132, 26100059, 56434455, 56605931, 56605948, 56605960, 26099907, 26099907, 26099908, 26099909, 26099910, 26099914, 26099915, 26099076, 26099973, 104226934 y 26099077, desde la fecha de presentación de la cuenta de cobro y hasta el pago efectivo de la obligación, liquidados conforme a lo señalado por los artículos 24 del Decreto 2727 de 2007, artículo 7 del Decreto 1281 de 2002 y el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: COSTAS en la alzada a cargo de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES. Fíjense como agencias en derecho, la suma de \$1.300.000 a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

*En uso de
Permiso*

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110013105037202200376-01

Bogotá, D.C., a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

ASUNTO: Acción de reintegro.

Conoce la Sala del recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandada en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 22 de febrero de 2023, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del **PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL - ACCIÓN DE REINTEGRO** - promovido por **WILSON SUÁREZ LONDOÑO** en contra de **SMART SECURITY LTDA.**

ANTECEDENTES

El señor WILSON SUÁREZ LONDOÑO promovió demanda especial de fuero sindical acción de reintegro en contra de SMART SECURITY LTDA., para que, previos los trámites que le son propios a la naturaleza de este tipo de procesos, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 3 de julio de 2014, que goza de fuero sindical desde el 12 de noviembre de 2016 por ser ratificado por la asamblea en la comisión de reclamos de la asociación sindical SINTAVIP, ineficacia de la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, en consecuencia, se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual categoría o remuneración, se condene al pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas legales y aportes en seguridad social dejados de percibir desde el 16 de julio de 2022. (archivo 01DemandaAnexos.pdf)

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que tiene más de 48 años de edad, que se vinculó con la demandada a través de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 3 de julio de 2014, para desempeñar el cargo de supervisor de reacción, que el 10 de agosto de 2015 se afilió al sindicato

nacional de trabajadores de la industria y la vigilancia y seguridad privada SINTRAVIP, de lo que fue notificada la demandada el 12 de agosto de ese mismo año, que el 12 de noviembre de 2016 la subdirectiva del sindicato lo nombro en la comisión de reclamos, nombramiento que fue notificado a la demandada el 17 de noviembre de 2016, que el 24 de noviembre de 2021 el sindicato en asamblea lo ratifica en el cargo, decisión notificada el 26 de noviembre de 2021 al empleador, que el 16 de julio de 2022 la demandada da por terminada de manera unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo, que desempeño sus funciones a cabalidad, que no se solicitó proceso especial ante el juez competente del permiso o autorización para despedir, desconociendo el fuero sindical, que devengaba un salario mínimo, que al momento de la terminación del contrato líquido y pago las prestaciones sociales a las que tenía derecho. (archivo 01DemandaAnexos.pdf)

Contestación de la demanda:

Surtido el trámite de rigor, en la audiencia pública del 22 de febrero de 2023, la demandada SMART SECURITY LTDA. dio contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones, manifestó, que el depósito de la Convención Colectiva se realizó fuera de termino por lo tanto no produce efecto jurídico alguno, por lo que, no existe el presunto fuero sindical. Propuso en su defensa las excepciones que denomino; cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, genérica. (archivos 04ContestacionDemanda.pdf y 11ActaAudiencia.pdf)

El sindicato “SINTRAVIP”, por su parte, procedió a dar contestación a la demanda, no propuso medios exceptivos, realizando la manifestación de que coadyuva las pretensiones del escrito de la demanda, las cuales deben proceder. (archivo 07ContestacionSindicato.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del veintidós (22) de febrero de 2023, el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el demandante señor **WILSON SUÁREZ LONDOÑO** al momento del despido realizado por la empresa demandada **SMART SECURITY LTDA.** Gozaba de fuero sindical en su condición de miembro de la omisión de reclamos del sindicato **SINTRAVIP**, sin que, para su despido se hubiera obtenido permiso judicial, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: CONDENAR la empresa demandada **SMART SECURITY LTDA.** a reintegrar al señor **WILSON SUÁREZ**

LONDOÑO, sin mediar solución de continuidad, al cargo ocupado, junto con el reconocimiento y pago de salarios y de acreencias laborales de carácter legal y extralegal que estuviera devengando al momento del despido, así como el pago de aportes con destino al Sistema de Seguridad Social Integral desde el momento del despido hasta que se realice el pago efectivo de las obligaciones, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: Costas a cargo de la empresa demandada, para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV, que se liquidaran en la debida oportunidad procesal por parte de secretaría.”. (archivo 11ActaAudiencia.pdf)

Para llegar a la presente decisión el A quo manifestó que, se encuentra acreditado la existencia de la relación laboral, la terminación de la misma de forma unilateral por el empleador y sin justa causa, otorgándose indemnización, así como, que hace parte del sindicato, su designación en la comisión de reclamos, circunstancias conocidas por el empleador, en síntesis, que está amparado por fuero sindical y que el no registro de la Convención Colectiva en tiempo, no hace que se pierdan los derechos sindicales, ya que, los mismo surgen a partir del nombramiento y las actividades que se llevaron a cabo, por lo que el argumento de la demandada no esta llamado a prosperar, por lo que, se evidencia omisión en el proceder de la demandada. (archivo 11ActaAudiencia.pdf)

Recurso de apelación

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte demandada, manifiesta que no es jurídicamente viable, ni legal la aplicación de la Convención Colectiva, la cual es ley para las partes, ya que debe cumplirse una serie de requisitos, dado que conforme a lo establecido en el artículo 469 del C.S.T., el deposito de la misma se realizo fuera del termino legal, ya que se tenia hasta el 5 de abril de 2018 para ello y tal como se prueba en el expediente, se realizó el 30 de abril de 2018, por lo tanto la convención no produce efectos, dándose por terminado el contrato de trabajo sin justa causa y reconociendo la indemnización por el despido, sin que haya vulneración alguna a la estabilidad laboral reforzada a la que hace alusión la parte demandante.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico a resolver en el *sub lite*, es determinar; si la formalidad establecida en el artículo 469 del C.S.T., correspondiente al depósito de la Convención Colectiva dentro del término legal, afecta la protección o garantía al fuero sindical, para lo cual, esta Corporación verificara; desde

cuando nace la protección del fuero sindical, y que consecuencia, tiene el no haber realizado el depósito de la Convención Colectiva en el término correspondiente.

Marco Jurídico y Jurisprudencial:

- ◇ Artículo 39 de la Constitución Política, acerca de garantía constitucional del fuero sindical.
- ◇ Artículo 13 del CST, acerca del mínimo de derechos y garantías que expresan las normas sustantivas del trabajo.
- ◇ Artículo 405 del CST, modificado por el artículo 1ro del D.L. 204 de 1957, que define el fuero sindical como la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladado a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.
- ◇ Artículo 406 ibídem, modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000, señala los trabajadores que son amparados por el fuero sindical, y que para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la Junta Directiva o con la copia de la comunicación al empleador.
- ◇ Artículo 469 del CST, la Convención Colectiva debe ser depositada necesariamente en el departamento nacional de trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto.

De la existencia del sindicato:

No hay discusión entre las partes acerca de la existencia del SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE LA VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA "SINTRAVIP". (archivo 04ContestacionDemanda.pdf folio 74)

De la garantía de Fuero Sindical

Es el Fuero Sindical una figura creada para la protección especial de que gozan algunos trabajadores, a fin de que puedan desempeñar sus funciones sindicales con plena independencia, tal garantía consiste en que estos trabajadores no sufrirán perjuicios como consecuencia de su mandato sindical, siendo una de las protecciones la prohibición de su despido,

traslado o desmejora salvo que se configure alguna de las justa causas para ello, o previa autorización de la autoridad judicial competente artículo 405 del CST.

En ese sentido, el fuero sindical fue estatuido para proteger a ciertos trabajadores, integrantes de una organización sindical, de las decisiones unilaterales y autocráticas de los empleadores, tales como el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones laborales y, que puedan afectar la toma libre de decisiones o la acción legítima de reunión y petición contractual o convencional.

Y ello adquiere total lógica, si se tiene en cuenta la estrecha relación del fuero sindical y la libertad de asociación, pues de este último derecho surge la prerrogativa de ejercicio, en acción u omisión, de los derechos económicos y sociales de los afiliados, es decir, el resguardo del grupo organizado, tal como lo enseñó la H. Corte Constitucional en sentencia C-381 de 2000 y la sentencia C-593 de 1993 al determinar:

“La institución del fuero sindical es una consecuencia de la protección especial que el Estado otorga a los sindicatos para que puedan cumplir libremente la función que a dichos organismos compete, cual es la defensa de los intereses de sus afiliados. Con dicho fuero, la Carta y la ley, procuran el desarrollo normal de las actividades sindicales, vale decir, que no sea ilusorio el derecho de asociación que el artículo 39 superior garantiza; por lo que esta garantía mira a los trabajadores y especialmente a los directivos sindicales, para que estos puedan ejercer libremente sus funciones, sin estar sujetos a las represalias de los empleadores. En consecuencia, la garantía foral busca impedir que, mediante el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, se perturbe indebidamente la acción que el legislador le asigna a los sindicatos.” (Ver, entre otras, la sentencia T-220 de 2012 y T-873 de 2004)

De suerte que, las mencionadas organizaciones tienen a su cargo la defensa y promoción de los intereses de sus afiliados, así como el nacimiento de mejores derechos laborales para una vida digna de una clase trabajadora, y es por ello que necesitan el sistema jurídico correspondiente para que esta acción sindical no caiga en irrisoria, dada la posición predominante de los empleadores frente a los trabajadores. En ese contexto, suma advertir, que este derecho a favor de los aforados, no deviene en absoluto y perpetuo, pues el legislador en el artículo 405 del CST estatuyó una excepción a esta figura constitucional, correspondiente a la calificación por la autoridad competente, la cual lleva al funcionario judicial a determinar si efectivamente el empleador extralimitó su facultad legal, convirtiendo a su decisión unilateral en una injusta causa de despido, un traslado o una desmejora ilegal, para cada caso concreto.

Se sigue de lo anterior y, a modo de conclusión, que el fin último de la norma es proteger a los trabajadores aforados, que se encuentran relacionados en el art. 406 del CST, del despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones contractuales, siendo entonces estos tres aspectos los que definen las consecuencias jurídicas que ha de sobrellevar el empleador en caso de causarlas, a saber:

- a) El reintegro como restitución de una desvinculación laboral sin calificación previa de la justa causa por el Juez del Trabajo, rompimiento del vínculo jurídico.
- b) La reubicación o reinstalación como restablecimiento del traslado del trabajador sin previa autorización a las anteriores condiciones de trabajo; ello es, sin rompimiento del vínculo jurídico.
- c) Permiso ante el juez laboral por parte del empleador para poder despedir o trasladar, que incluye el denominado proceso ordinario de levantamiento de fuero sindical.

De la calidad de aforado de la demandante

En nuestra legislación, las acciones de reintegro y de reinstalación son mecanismos dados al trabajador, para que una vez producido el retiro o el traslado, siendo aforado, pueda acudir al Juez de Trabajo y obtener su reintegro o reinstalación.

De conformidad con el artículo 406 del C.S.T. gozan de esa prerrogativa, entre otros, y para lo que acá interesa, *“d) Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo periodo de la junta directiva y por seis (6) meses más...”*.

No debe olvidarse, que los fundadores de un sindicato gozan de fuero sindical a partir de la fecha de la asamblea constitutiva del mismo, así fue establecido, por el Legislador en el art. 406 del C.S.T., entonces, la operancia del fuero sindical es incondicional y automática, ello atendiendo tratados internacionales, como el Convenio 87 de la O.I.T., suscrito el 9 de julio de 1948, y aprobado por Colombia, a través de la Ley 27 de 1987, por lo que, el artículo 44 de la Ley 50 de 1990 establece lo pertinente frente a la personería jurídica automática desde el momento de la constitución, circunstancia diferente a la correspondiente inscripción ante las autoridades correspondientes, *“siendo momentos distintos con consecuencias diferentes”*, así se dijo en sentencia C-567 de 2000.

En ese orden de ideas, al contar la organización sindical con personería jurídica, los miembros de la junta o quienes integran la comisión de reclamos, cuentan con la garantía foral, sin que esta se sujete a condición

alguna, dado que su reconocimiento no depende de la inscripción o depósito de la convención, de lo contrario, se limitaría el ejercicio del derecho a la libertad sindical, desconociendo principios constitucionales, como lo indico el A quo.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-16749 del 24 de octubre de 2001, expreso:

“Conviene anotar que en principio los derechos y garantías consagrados en un convenio colectivo rigen desde la firma de la convención y no a partir de su depósito, a menos de que las partes acuerden una fecha de vigencia distinta. De modo que una cosa es que legalmente sea indispensable la prueba del depósito de la convención colectiva y otra distinta es que para efectos de la protección del artículo 25 precitado se entienda solucionado el conflicto con la firma del acuerdo colectivo, como efectivamente sucede...”.

A (folios 69 y 70 del archivo 04ContestacionDemanda.pdf), se tiene constancia de que se puso en conocimiento del empleador, de que el señor Wilson Suárez Londoño fue designado por la junta directiva seccional Bogotá en asamblea del 29 de octubre de 2016 para desempeñar labores sindicales en la comisión estatutaria de reclamos, posteriormente, ratificado en el mismo cargo en asamblea del 17 de noviembre de 2021 por la nueva junta directiva, además, de certificación expedida por el Ministerio del Trabajo, en la que se indica que la organización sindical fue registrada el 30 de abril de 2018 (folio 74, archivo 04ContestacionDemanda.pdf), es decir, que de conformidad con la norma transcrita, el demandante al pertenecer a la comisión estatutaria de reclamos, goza de la garantía del fuero sindical consagrada en la ley.

De las consecuencias de no haber realizado el depósito en los términos legales

Ahora bien, realizar el depósito de un acuerdo convencional es una formalidad que tiene como fin probar, para concretar el momento a partir del cual surte efectos entre las partes dicho convenio, pues, si bien es necesario cumplir la exigencia del depósito de forma oportuna consagrado en el artículo 469 del C.S.T., se reitera, esta es una formalidad legal para que el acuerdo colectivo produzca efectos, pero, no extingue la garantía foral.

La SU 347 de 2022, frente a la naturaleza jurídica de las convenciones de trabajo, expresó:

“Como lo recordó la Corte Constitucional en las sentencias SU-113 de 2018 y SU-267 de 2019, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que las convenciones

*colectivas de trabajo son un medio probatorio, pues, en su criterio, «son normas de alcance particular y carecen de la aplicación nacional propia de las leyes del trabajo. Así mismo, ha destacado que **el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo les otorga un carácter solemne, de manera que, deben ser aportadas como pruebas en todo proceso ordinario laboral, adjuntando copia auténtica y la respectiva acta de depósito ante la autoridad administrativa del trabajo**».* (Negrilla fuera de texto)

De otro lado, en sentencia, proferida por el máximo órgano de cierre en la jurisdicción laboral providencia No. SL397 de 2020, es claro, que la formalidad normativa de constancia de depósito del acuerdo convencional, es necesaria, para verificar cuando se producen los efectos jurídicos de un derecho convencional perseguido, allí se dijo:

*“Si bien esta Corporación ha reiterado que en casación la **convención colectiva** solo es una prueba, por manera que no procede la inclusión de sus contenidos normativos en la proposición jurídica, también ha destacado su importancia como **fuerza generadora de derechos y obligaciones para las partes que quedan cobijadas por sus preceptos**. En ese sentido, en la misma forma en que una vez delineado el contexto fáctico del caso, el fallador procede a buscar **el precepto legal llamado a producir efectos, cuando de un derecho convencional se trata, ese mismo operador judicial debe buscar la fuente generadora de ese derecho en aras de examinar si se dan los supuestos fácticos que impongan la aplicación del texto convencional, que es ley para las partes**.*

(...)

[...] al ser la convención colectiva de trabajo un acto solemne, la prueba de su existencia está atada a la demostración de que se cumplieron los requisitos legalmente exigidos para que se constituya en un acto jurídico válido, dotado de poder vinculante, razón por la cual, si se le aduce en el litigio del trabajo como fuente de derechos, su acreditación no puede hacerse sino allegando [...], así como el del acto que entrega noticia de su depósito oportuno ante la autoridad administrativa del trabajo”.

En conclusión, el que no aparezca la nota de depósito oportuno del acuerdo colectivo ante el Ministerio del Trabajo, pues el demandante se limitó a allegar un folleto del texto convencional (folios 16 a 17), circunstancia que no discute el recurso, impide verificar si el depósito fue hecho o si lo fue de manera oportuna, esto es, "a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al

de su firma", para acreditar así la existencia y validez del mismo, aspectos jurídicos que debían ser analizados por el Tribunal, lo que excluye la supuesta transgresión al principio de consonancia.". (Negrilla resaltado por la Sala)

En el presente caso, la Convención Colectiva de trabajo suscrita entre SMART SECURITY LTDA. y la organización sindical SINTRAVIP, pactado el 21 de octubre de 2015, fue dirimido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, mediante sentencia proferida el 14 de febrero de 2018 (folios 112 - 131, archivo 04ContestacionDemanda.pdf), de la cual se desconoce la correspondiente fecha de notificación y del que solo aparece acreditado el correspondiente depósito ante el Ministerio de Trabajo el 30 de abril de 2018 (folio 74, archivo 04ContestacionDemanda.pdf), si bien, entre una y otra fecha transcurrieron más de quince (15) días, conforme lo establece la norma antes citada, lo cierto, es que el señor Suarez Londoño gozaba de garantía foral, como se ha venido indicando, máxime, cuando en la realidad desempeñaba los derechos y obligaciones del cargo designado en la comisión de reclamos y tal como se extrae de los desprendibles de nómina (folios 145 -146, archivo 04ContestacionDemanda.pdf), se deducía el aporte sindical e ingresaban permisos sindicales, en los meses anteriores a la fecha del despido realizado de forma unilateral y sin justa causa por el empleador el 16 de julio de 2022 (folios 71-72, archivo 04ContestacionDemanda.pdf).

Con todo, es posible concluir que no se puede desconocer la garantía de fuero sindical de la que goza el demandante, por lo que, la demandada debía haber solicitado el permiso respectivo ante el juez del trabajo para dar por finiquitada la relación laboral, lo cual desconoció. Basten las anteriores consideraciones para confirmar la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se confirman las de primera instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de febrero de 2023, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso especial de fuero sindical -acción de reintegro- promovido por WILSON SUÁREZ LONDOÑO en contra de SMART SECURITY LTDA., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada y en favor de la parte demandante en la suma de \$2.000.000, conforme a las resultas del proceso. Se confirman las de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

En uso de permiso

LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105028201800423-01

En Bogotá D.C., hoy veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Contrato de Trabajo - Pago de aportes en mora - Régimen de transición con 15 años de servicio – Reliquidación pensional.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado del demandante y el curador ad litem de la demandada MIL LLANTAS LOZANO E HIJOS EN LIQUIDACIÓN, en contra de la sentencia proferida el 01 de febrero de 2023, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **VÍCTOR JULIO CANO ECHAVEZ** en contra de **MIL LLANTAS LOZANO E HIJOS EN LIQUIDACIÓN** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

VÍCTOR JULIO CANO ECHAVEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJOS EN LIQUIDACIÓN y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se declare que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que, se condene a MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJOS EN LIQUIDACIÓN, a pagar a favor de COLPENSIONES, el cálculo actuarial del periodo laborado entre el 01 de abril y el 30 de junio de 1992; que, se ordene a COLPENSIONES, a reliquidar la pensión de vejez, aplicando el Acuerdo 049 de 1990, junto con las mesadas adicionales y el retroactivo pensional correspondiente a las diferencias; que se condene a COLPENSIONES, a continuar pagando la pensión reajustada, con los respectivos intereses moratorios o subsidiariamente la indexación de las condenas; que se condene a COLPENSIONES, al pago de los gastos y costas del juicio.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 31 de diciembre de 1954, por lo que, cumplió los 60 años, el mismo día y mes del año 2014; que, cotizó al Seguro Social hoy COLPENSIONES del 01 de febrero de 1977 al 31 de diciembre de 2007, un total de 1.372,42 semanas. No obstante, esa Administradora, le computó de manera errónea los ciclos correspondientes al tiempo laborado con la UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA del 01/06/1979 al 01/05/1979, que dice corresponde a 43.57, cuando en realidad son 47.14; así como el del empleador ATEMPI, del 09/01/1981 al 01/03/1981, que, según COLPENSIONES, es de 7.43, cuando considera que en realidad es de 8.57.

Refirió que, según declaración extraproceso de la representante legal de MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJOS EN LIQUIDACIÓN, laboró en esa empresa del 01 de abril al 30 de junio de 1992, lo que corresponde a 12.85 semanas; que, sumado este tiempo, a los ciclos computados de manera correcta, al 01 de abril de 1994, logra acreditar 761.72 semanas, que lo hacen beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por contar con más 15 años de servicio y 750 semanas al 29 de julio de 2005.

Indicó que, COLPENSIONES, mediante la resolución GNR35939 de 2017, le reconoció la pensión de vejez, pero, en los términos de la Ley 797 de 2003; que, posteriormente, a través de la resolución SUB14400 de 2018, esa demandada, le reliquidó el derecho pensional, pero en cuando al IBL, tomando el promedio de los últimos 10 años, sin pronunciarse del régimen de transición y la posibilidad de aplicar el Acuerdo 049 de 1990, pese a haber cumplido con los 60 años de edad y tener cotizadas más de 1000 semanas (fls. 3-13 y 101-111 Archivo 01).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, dio contestación en término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle o no ser ciertos, señalando que, para el reconocimiento de la pensión de vejez, otorgada al actor, esa Administradora, tuvo en cuenta las semanas cotizadas y reportadas al Sistema. Propuso las excepciones de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia relación contractual con pasiva, inexistencia e improcedencia legal de cobro prejurídico y cálculo actuarial presuntivo, cobro de lo no debido y la innominada o genérica (fls. 139-151 Archivo 01).

La demandada **MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJOS EN LIQUIDACIÓN**, compareció al proceso, a través de curador ad litem, quien se opuso a las pretensiones de la demanda, por no encontrarse acreditada la relación laboral alegada por el actor, que implique el reconocimiento de los aportes al Sistema de Seguridad General de Pensiones, reclamados.

Formuló las excepciones de mérito, que llamó, inexistencia de la relación laboral entre MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJOS y VÍCTOR JULIO CANO ECHAVEZ, falta de reclamación o requerimiento de pago, prescripción y la innominada o genérica (fls. 208-214 Archivo 01).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 01 de febrero de 2023, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJOS, a pagar a favor del demandante, los aportes a la Seguridad Social en pensiones, correspondientes al periodo comprendido, entre el 01 de abril y el 30 de junio de 1992, en un 100%, previo cálculo actuarial que para el efecto debe realizar COLPENSIONES; absolvió a COLPENSIONES, de las pretensiones encaminadas al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en los términos del Acuerdo 049 de 1990; declaró no probadas las excepciones propuestas; sin condena en costas para las partes.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, la apoderada del demandante y el curador ad litem de la demandada MIL LLANTAS LOZANO E HIJOS EN LIQUIDACIÓN, interpusieron recuso de apelación en los siguientes términos:

El **demandante**, manifestó que, debe revocarse parcialmente la decisión de Primera Instancia y accederse a la pretensión relacionada con la reliquidación de la pensión de vejez, conforme al Acuerdo 049 de 1990, pues, la resolución GNR35939 del 30 de enero de 2017, es clara en establecer que el señor CANO ECHAVEZ, tiene al 01 de abril de 1994, 746 semanas, por lo tanto, sumado el tiempo que se reconoce con el cálculo actuarial ordenado del 30 de abril al 30 de junio de 1992, sería 12.85 semanas, para un total de 758 semanas, para conservar el régimen de transición y poder acceder al derecho pensional, pero conforme a los preceptos del Acuerdo 049 de 1990.

El curador ad litem de la demandada **MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJOS EN LIQUIDACIÓN**, argumentó que, existe una indebida valoración de los medios de prueba allegados al proceso, de los cuales no se desprende una relación laboral entre esa Sociedad y el demandante, que generara para su representada la obligación de afiliación y pago de los aportes al Sistema General de Pensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJOS, insistió en que, la declaración juramentada de la señora CLARA INÉS ROJAS LOZANO, quien dijo haber sido representante legal de esa Sociedad, carece de fuerza probatoria, para demostrar los elementos de la relación laboral, y en consecuencia la obligación de realizar los pagos de Seguridad Social, pretendidos por el actor, quien esperó 26 años para elevar una reclamación por el pago de sólo 3 meses de aportes; que, no obra prueba que acredite la relación laboral de la cual se desprenda la obligación de realizar la afiliación, ni mucho menos cancelar el cálculo actuarial ordenado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por el demandante y el curador ad litem de MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJOS, la Sala, deberá determinar, *i)* si entre el señor VÍCTOR JULIO CANO ECHAVEZ y MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJOS, existió una relación laboral entre el 01 de abril y el 30 de junio de 1992; y, en caso afirmativo, *ii)* si procede el pago de los aportes al Sistema General de Pensiones, por ese tiempo; *iii)* si el actor, es beneficiario del régimen de transición; y *iv)* si procede la reliquidación de la pensión de vejez, en los términos del Acuerdo 049 de 1990.

DE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO ENTRE VÍCTOR JULIO CANO ECHAVEZ y MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJOS

El Código Sustantivo de Trabajo, en su artículo 22, define el contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”*

A su vez, el artículo 23, subrogado por el artículo 1 de la Ley 50 de 1990, definió que sus elementos son: a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c.) el salario como retribución del servicio.

De otra parte, el artículo 24 del mismo ordenamiento, establece una ventaja probatoria a favor del demandante, en el sentido de presumir que toda relación de trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo,

por lo que se encuentra a cargo de la parte actora, la demostración de la prestación continua del servicio, para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que: *“...Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador».*” (CSJ SL362-2018).

En el presente caso, solicitó el demandante, declarar la existencia de un contrato de trabajo, con MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJOS, entre el 01 de abril y el 30 de junio de 1992, para lo cual allegó al plenario, el certificado de existencia y representación legal de esa Sociedad, donde se advierte que la señora CLARA INÉS ROJAS DE LOZANO, es socia gestora de esa demandada y ostenta la calidad de representante legal; Formato Único Tributario de la señora ROJAS DE LOZANO; declaración juramentada, rendida el 18 de julio de 2017, ante la Notaría 64 del Círculo de Bogotá, por la mencionada señora CLARA INÉS ROJAS DE LOZANO, quien manifestó *“como Representante Legal de la empresa MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJOS S EN C – EN LIQUIDACION (...) que el señor VICTOR JULIO CANO ECHAVEZ trabajó para esta empresa durante el periodo comprendido del 01/04/1992 hasta el 30/06/1992 devengando un sueldo de \$65.190.00 pesos mensuales...”*

Igual documentación milita en el expediente administrativo aportado por COLPENSIONES, junto con un formulario de contribuciones pensionales y liquidaciones financieras radicado el 15 de septiembre de 2017, señalando como entidad privada que por omisión no afilió al trabajador a MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJOS, por el periodo 01/04/1992 a 30/06/1992 y comunicación de la misma fecha, dirigida por el actor, a COLPENSIONES, solicitando la *“RECUPERACIÓN DE SEMANAS (...) debido a que la empresa que también relaciono, omitió estos periodos los cuales pague pero no aparen en mi historia laboral: Empresa; Mil Llantas Lozano Rojas E Hijos S en C. Representante legal: Clará Inés Rojas de Lozano. (...) Periodo Omitido: De 01/04/1992 hasta 30/06/1992. Sueldo: \$65.190...”*; respuesta de COLPENSIONES, de fecha 23 de marzo de 2018, en la que, respecto a la anterior solicitud del demandante, esa Administradora, respondió que *“no es posible que se acoja al proceso de recuperación de semanas por los periodos laborados y no cotizados por el empleador MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJO S EN C - EN LIQUIDACION – NIT: 800167479, por no cumplir con alguna de las condiciones establecidas para*

que se configure dicho proceso, toda vez que el afiliado, señor VICTOR JULIO CANO ECHAVEZ, para el periodo que solicita el trámite de recuperación de semanas, esto es del 01/04/1992 al 30/06/1992, no registra afiliación con el empleador MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJO S EN C - EN LIQUIDACION – NIT: 800167479”.

Teniendo en cuenta lo anterior, y contrario a lo manifestado por el curador ad litem recurrente, considera la Sala, que, para demostrar la existencia de un contrato de trabajo, no se exige prueba solemne alguna, por lo que, acreditado como se encuentra que la señora CLARA INÉS ROJAS DE LOZANO, es la representante legal y socia gestora de la demandada MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJOS, la declaración juramentada rendida por ésta, donde reconoce la existencia del vínculo reclamado, es plenamente válida para acreditar la relación laboral del actor, con esa Sociedad, por el conocimiento directo que la señora Rojas de Lozano, tiene de los hechos sobre los cuales depuso; máxime cuando tal documento no fue tachado de falso; por lo que, resulta acertada de la decisión de la *a quo*, en cuanto tuvo por demostrado el vínculo laboral entre el señor VICTOR JULIO CANO ECHAVEZ y MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJOS, del 01 de abril y el 30 de junio de 1992 y ordenó el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por dicho periodo, pues, verificado el reporte de semanas cotizadas, no aparece registrado ese lapso de tiempo, ni mucho menos en mora, siendo que, en virtud de lo establecido por el artículo 22 de La Ley 100 de 1993, es obligación de todo empleador el “*pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio*”; razón por la que se confirmará la sentencia apelada en este sentido.

DEL BENEFICIO DE LA TRANSICIÓN Y LA RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Insiste la parte demandante, en que cumple con los requisitos legales para ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, sumadas las semanas del del 01 de abril al 30 de junio de 1992, al total de tiempo cotizado, completaría los 15 años de servicios, requeridos al 01 de abril de 1994, para acceder a este beneficio, tiempo que, equiparado a semanas cotizadas, matemáticamente correspondería a 750 semanas.

El régimen de transición, en materia pensional, representa un beneficio legal que se otorga en un tránsito legislativo, para continuar aplicando normas derogadas, aún después de su pérdida de vigencia, a quienes tenían la expectativa de alcanzar su derecho. Está consagrado en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el cual:

“La edad para acceder a 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, requisitos y monto de la pensión de acuerdo con lo señalado en el numeral 2 del artículo 33 y artículo 34 de esta ley, aplicables a estas personas, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley”

Teniendo en cuenta la norma anterior, para acceder al régimen de transición, es necesario que la persona haya estado cobijada por un régimen pensional anterior al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones y acreditar la edad de 35 años o más si es mujer o 40 años o más al momento de entrar en vigencia éste, si es hombre. O tener 15 o más años de servicios cotizados, para la misma fecha, 01 de abril de 1994. Cumplido alguno de estos requisitos se respetará “*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 la norma anterior, de la cual era beneficiario el afiliado.

En el presente caso, de acuerdo con la fotocopia de la cédula de ciudadanía obrante en el expediente, el demandante nació el 31 de diciembre de 1954, es decir, que, al 01 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, tenía 39 años, por lo que, no cumple con el requisito de la edad para ser beneficiario del régimen de transición de que trata la norma anterior.

Ahora, en cuanto a la posibilidad de tener 15 o más años de servicios cotizados, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la métrica del cómputo de plazos para ser beneficiario de dicho régimen, tiene establecido que 15 años de servicios equivalen a 771,42 semanas cotizadas; así lo indicó esa Corporación en sentencia del 31 de octubre de 2018, con radicación 73411, según la cual:

“...En torno a este último punto, importa a la Corte señalar que no es de recibo el argumento esgrimido por la recurrente de que como para la conservación del régimen de transición se fijaron 750 semanas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, ese solo hecho “nos lleva a inferir que 15 años de servicios cotizados equivalen a 750 semanas”, pues el cálculo efectuado por el Tribunal según el cual 15 años de servicios “equivalen a 771,42 semanas”, está acorde con la métrica que respecto al cómputo de los plazos previstos en la ley ha enseñado esta Corporación, en el sentido de que tales plazos no se miden por los días calendario, sino por términos uniformes de 7, 30 y 360 días, respectivamente, es decir, semanas, meses y anualidades. En efecto, así se pronunció la Corte en sentencia del 25 de marzo de 2015, radicado 53082:

(...) es indiscutible que los plazos previstos en la ley repudian la contabilización de términos sobre el único concepto de ‘día’, dado que los hay de otros órdenes, como son los de semanas, meses y años, con la incidencia de que en tanto los de ‘días’ y de ‘semanas’ son por esencia uniformes --hablando de que los primeros siempre se cuentan en una unidad inferior de tiempo de 24 horas y las segundas de 7 días--, los meses y los años no lo son, dado que los meses lo pueden ser de 28, 29, 30 o 31 días y los años de 365 o 366 días. Tal divergencia se ha superado teniendo el término del mes como equivalente a 30 días, y por ende, el del año a 360

días (12 x 30).”

Así las cosas, de acuerdo al reporte de semanas cotizadas, obrante en los archivos 01 y 02 del expediente digital, al 01 de abril de 1994, el demandante, acreditaba 745,86 semanas cotizadas y sumado el tiempo de servicios a MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJOS, del 01 de abril al 30 de junio de 1992, esto es, 90 días, correspondientes a 12,85 semanas, se obtiene un total de 758,71 semanas, insuficientes para acreditar el requisito de los 15 años de servicios o su equivalente 771,42 semanas, requeridos al 01 de abril de 1994, para que el actor, fuera beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; es más aun corrigiendo los periodos que alega la parte actora, se encuentran mal contabilizados, correspondientes a los empleadores UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA del 01/06/1979 al 01/05/1979, que dice es en realidad de 47,14 y no 4.,57; así como el del empleador ATEMPI, del 09/01/1981 al 01/03/1981, de 8,57 y no 7,43, el total de semanas sería de 763,42, que también resulta insuficiente para acceder al régimen de transición reclamado.

En consecuencia, habrá de confirmarse la decisión de la Juez de Instancia en cuanto negó las pretensiones relacionadas con el reconocimiento del régimen de transición a favor del demandante y la reliquidación de su pensión de vejez.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación presentados por el demandante y el curador ad litem de MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJOS.

Costas en la alzada a cargo de la demandante. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 01 de febrero de 2023, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **VÍCTOR JULIO CANO ECHAVEZ** en contra de **MIL LLANTAS LOZANO ROJAS E HIJOS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$650.000.00. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

En uso de
Permiso

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105029202100512-01

En Bogotá D.C., hoy veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social –Pensión de Sobrevivientes – Condición más beneficiosa.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 01 de diciembre de 2022, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARÍA FLOR CASTIBLANCO BUITRAGO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

MARÍA FLOR CASTIBLANCO BUITRAGO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se declare que es beneficiaria, en calidad de cónyuge supérstite, del afiliado fallecido Bernardo Romero Niño, en aplicación del artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990 y del principio de la condición más beneficiosa; que, se condene a COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, a partir del 26 de julio de 1997, junto con el retroactivo pensional, las mesadas adicionales, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y la indexación de las mesadas; que, se falle ultra y extra petita y se condene a la demandada, al pago de las costas y de agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 24 de diciembre de 1980, contrajo matrimonio con el señor JOSÉ BERNARDO ROMERO NIÑO, con quien convivió hasta el 26 de julio de 1997, fecha de su fallecimiento; que, de dicho vínculo procrearon 3 hijos,

todos actualmente mayores de edad, sin ninguna invalidez y con ingresos propios.

Refirió que, durante su vida laboral, el señor ROMERO NIÑO, estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES, donde cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, entre el 01 de marzo de 1969 y el 03 de agosto de 1990, un total de 339,57 semanas; que, mediante petición del 09 de julio de 2019, le solicitó a COLPENSIONES, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en su condición de cónyuge supérstite, en los términos del Acuerdo 049 de 1990 y dando aplicación al principio de la condición más beneficiosa, solicitud que fue negada a través de la resolución SUB276197 del 05 de octubre de 2019, confirmada por la DPE1748 del 31 de enero de 2020 (Archivos 01 y 05).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, dio contestación en término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle o ser ciertos; en su defensa alegó que, la demandante no probó la convivencia con el causante, conclusión a la que se llegó dentro de la investigación administrativa adelantada por esa Entidad, pues *“una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas 3 BZG: 2022_4202880 en la presente investigación administrativa. De acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, no se logró establecer que el señor José Romero Niño y la señora María Flor Castiblanco Buitrago, hubieran convivido los últimos 5 años de vida del causante y por el tiempo manifestado por la solicitante, desde el día 24 de diciembre de 1980 hasta el día 26 de julio de 1997, fecha de fallecimiento del causante. La solicitante no aportó pruebas físicas que comprueben que, sí existió una relación de convivencia, solo aportó unas fotos las cuales son antiguas, pero estas pruebas no son suficientes para acreditar una relación entre los implicados. No fue posible entrevistar a familiares del causante que pudieran dar fe de la convivencia de la pareja, toda vez que la solicitante no aportó número de teléfono para entrevistarlos argumentando que después de la muerte de su compañero perdió contacto con ellos. Al entrevistar a la progenitora del declarante extrajuicio, Wilson Hernando Jiménez Baquero, aseguró no haber conocido al causante como esposo de la solicitante, la única pareja que le han conocido es la pareja actual”*; indicó que, las fotografías no son recientes y no se sabe con exactitud si son de la fecha cuando se encontraban como pareja o no, al igual no existieron testigos para confirmar el dicho de la demandante, adicionalmente no se entiende porque la demandante, dejó transcurrir más de 8 años para reclamar la prestación pensional; de ahí que, no es posible reconocer la pensión de sobrevivientes bajo la condición más beneficiosa en aplicación a los artículos 6 y 25 del acuerdo 049 de 1990. Formuló las excepciones de

prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (archivo 09).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 01 de diciembre de 2022, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES, a pagar a la demandante MARIA FLOR CASTIBLANCO BUITRAGO, la pensión de sobrevivientes causada por José Bernardo Romero Niño, a partir del 26 de julio de 1997 por 14 mesadas, en cuantía del SMLMV; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 8 de julio de 2016; condenó a COLPENSIONES, a reconocer a la demandante, el retroactivo pensional causado desde el 9 de julio de 2016 y en adelante hasta que sea incluida en nómina, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago conforme al IPC certificado por el DANE; absolvió al COLPENSIONES, del pago de los intereses moratorios y demás pretensiones de la demanda; condenó en costas a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la parte **demandante**, solicitó revocar parcialmente la decisión de Primer Grado, para que se ordene el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, toda vez que, los precedentes jurisprudenciales también deben ser acatados por las Administradoras; además que, de haber actuado en forma diligente, COLPENSIONES, habría comprobado con la investigación administrativa, la efectiva convivencia entre la actora y el causante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la demandante, insistió en que se debe ordenar el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ya que, COLPENSIONES, pudo haber evitado la mora en el reconocimiento del derecho pensional, si hubiese realizado correctamente la investigación administrativa, para corroborar que efectivamente la señora CASTIBLANCO BUITRAGO, sí era beneficiaria del causante; que, la indexación sólo es un ajuste motivado por la desvalorización de la moneda, diferente a los intereses moratorios por el no pago de mesadas pensionales.

COLPENSIONES, por su parte, solicitó revocar la sentencia de Primer Grado y absolver a esa Administradora, de las pretensiones de la demanda, pues, la demandante, no logró acreditar la convivencia efectiva

con el causante, al momento de su fallecimiento, hecho que legitima el reconocimiento de la prestación y que debe ser satisfecho, por quien pretende tal derecho.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala, deberá determinar, si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primer Grado, al conceder la pensión de sobrevivientes reclamada por la actora, en su condición de cónyuge supérstite del señor José Bernardo Romero Niño, para lo cual deberá verificarse *i)* la aplicación del principio de la condición más beneficiosa; *ii)* si la actora acreditó la condición de beneficiaria de la pensión reclamada; y *iii)* si procede el pago de los intereses moratorios, previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

DE LA CONDICIÓN DE AFILIADO A COLPENSIONES DEL CAUSANTE

No fue objeto de reparo alguno la calidad de asegurado que ostentaba el señor José Bernardo Romero Niño, de lo que además dan cuenta la resolución SUB276197 del 05 de octubre de 2019 y el reporte de semanas cotizadas que milita en los archivos 01 y 11 del expediente digital.

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

En virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, debe la Sala, establecer si la demandante, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, más no con la original Ley 100 de 1993, por resultarle más beneficiosa la primera norma y en la medida en que el óbito dejó causado el derecho antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.

Al respecto, sea lo primero señalar que la norma llamada a regular la pensión de sobrevivientes es aquella vigente a la fecha del deceso del causante afiliado o pensionado, que, en el presente lo fue el 26 de julio de 1997, data para la cual ya se encontraba vigente la original Ley 100 de 1993. No obstante, dicha regla, tiene una excepción en el principio de la condición más beneficiosa, consistente en la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determinada por la ley anterior que

debe ser respetada en la medida que es más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse.

En cuanto a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, la jurisprudencia, ha determinado que a falta de un tránsito legislativo entre el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993, es aplicable tal beneficio, para otorgar el derecho a la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de un afiliado al régimen de prima media, siempre que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 haya cotizado el mínimo de semanas exigidas en la normativa anterior, es decir, 150 semanas dentro de los seis años anteriores al deceso del causante o trescientas semanas de aportes en toda la vida laboral. Entre otras, la sentencia SL4064 del 2019, señaló:

“...Pues bien, para dar respuesta a los planteamientos de la censura, importa recordar que en estos casos, en los que el óbito del causante ocurre en vigencia la Ley 100 de 1993, en su redacción original, la Corte ha aceptado la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en aras de permitir un estudio de la prestación a la luz de lo establecido en el artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, de lo que son ejemplo las sentencias CSJ SL, 13 ag. 1997, rad. 9758, CSJ SL, 9 jul. 2008, rad. 30581, CSJ SL, 12 abr. 2011, rad. 41300, y CSJ SL, 17 abr. 2013, rad. 47174. En la última de las providencias mencionadas, esta Corporación explicó:

En lo que tiene que ver con el fondo de la acusación, contrario a lo que sostiene la censura, el Tribunal sí reconoció que el afiliado había fallecido durante la vigencia de la Ley 100 de 1993 y que, por tal razón, esa era la norma llamada a regular el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. No obstante, también entendió que a pesar de que no se reunían los requisitos allí definidos, era posible acudir a las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por virtud del principio de la condición más beneficiosa.

Con dicha reflexión no incurrió en alguna imprecisión jurídica, pues esta Sala de la Corte ha sostenido de manera reiterada que cuando la muerte del afiliado ocurre en vigencia de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, es posible estudiar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con apego a los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, por virtud del principio de la condición más beneficiosa. Dicha orientación ha sido mantenida desde la sentencia del 13 de agosto de 1997, Rad. 9758, en la que se dijo al respecto:

(...)

Además cabe resaltar que mientras los artículos 6 y 25 del Acuerdo 49 de 1990 señalaron como requisitos de aportes para la pensión de sobrevivientes de origen común reunir 150 semanas de cotización sufragadas en los 6 años anteriores a la muerte o 300 en cualquier tiempo, el nuevo ordenamiento legal de prima media con prestación definida de la ley 100 redujo las semanas a sólo 26 en cualquier tiempo para quienes estuvieren afiliados al momento de la muerte, y para quienes dejaron de cotizar al sistema introdujo la condición de que las mismas 26 hubiesen sido sufragadas dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento, por lo que ante tal realidad y en atención al postulado protector propio del derecho del trabajo y de la seguridad social, se actualiza por excelencia en el caso objeto de estudio, el principio de la condición más beneficiosa, contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política.

(...)

La mencionada postura fue precisada en sus condiciones, a través de decisiones como la del 9 de julio de 2008, Rad. 30581, en la que se anotó:

“En segundo lugar es de recordar, que sobre el tema en cuestión, esta Corporación **tiene su propio criterio y ha adoctrinado mayoritariamente**, que un afiliado al régimen del Instituto de los Seguros Sociales, que tenga en su haber el número y densidad de semanas exigidas por los artículos 6°, 25 y 27 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, esto es, 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la fecha del deceso o 300 en cualquier época, aunque fallezca en vigor de la nueva ley de seguridad social y no cumpla con el requisito del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 relativo a las 26 semanas cotizadas al sistema para el momento de la muerte o dentro del último año, tiene derecho a que se le aplique el principio de la condición más beneficiosa consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, a fin de definir su situación pensional respecto de sus beneficiarios.

(...)

Al respecto conviene agregar, en lo concerniente a las dos hipótesis que contiene la normatividad que antecede a la nueva ley de seguridad social, esto es, el literal b) del artículo 6° del Acuerdo 049 aprobado por el Decreto 758 de 1990, la Corte adicionalmente ha sostenido, que la primera, en la que se mencionan 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, ese número debe estar satisfecho para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993; en cambio frente al segundo supuesto de la norma, relativo a una densidad de 150 semanas aportadas al ISS "dentro de los seis años anteriores a la muerte del afiliado", recientemente se fijó el criterio consistente en que este requisito **para efectos de la aplicación de la condición más beneficiosa**, cuando el deceso acontece en imperio de la Ley 100 de 1993, se debe considerar cumplido contabilizando esos seis años pero desde el 1° de abril de 1994 hacia atrás, es decir remontándose en el tiempo hasta el 1° de abril de 1988, y además es menester que el asegurado también tenga en su haber esa misma densidad de semanas (150) en los seis años que anteceden al fallecimiento, en el entendido de que el suceso de la muerte ocurriera antes del 1° de abril de 2000, según se dejó sentado en casación del 4 de diciembre de 2006 radicado 28893 que rememoró la decisión del 26 de septiembre de igual año radicación 29042, (...)”

La anterior doctrina ha sido reiterada en decisiones como las del 12 de abril de 2011, Rad. 41300, 13 de marzo de 2012, Rad. 45418, 17 de abril de 2012, Rad. 43716, 28 de agosto de 2012, Rad. 41816 y 30 de enero de 2013, Rad. 39012, entre muchas otras. (Subrayas fuera del texto)

Como en este caso el afiliado fallecido tenía más de 300 semanas cotizadas para el momento en el que entró a regir la Ley 100 de 1993, es claro que se cumplían a cabalidad los requisitos necesarios para disponer el pago de la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, aplicable por virtud del principio de la condición más beneficiosa...”

En el caso que nos ocupa, siendo claro que el causante falleció el 26 de julio de 1997, la norma llamada a gobernar el caso es la Ley 100 de 1993,

en sus originales artículos 46 y 47; ello implica que, de echarse mano al principio de la condición más beneficiosa, el derecho pensional debe ser analizado a la luz de los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990, por ser esta la norma inmediatamente anterior; de ahí que, el causante, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, debía acreditar *i)* al menos 300 semanas en cualquier tiempo; o *ii)* al menos 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del fallecimiento, e igual número a la entrada en vigencia de la citada ley.

En el presente caso, conforme al reporte de semanas cotizadas que milita en los archivos 01 y 11 del expediente digital, se tiene que el afiliado fallecido tenía más de 300 semanas cotizadas el 01 de abril de 1994, pues no se controvertió por COLPENSIONES que éste, aportó 339,57 semanas entre el 01 de marzo de 1969 y el 03 de agosto de 1990, por lo que es evidente que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, como acertadamente lo concluyó la Juez de Instancia.

DE LA CONDICIÓN DE BENEFICIARIA DE LA DEMANDANTE

COLPENSIONES, le negó la demandante, el derecho pensional reclamado argumentando que, ésta no demostró que hubiese *“convivido los últimos 5 años del causante”*.

En aras de acreditar dicha condición, al plenario se allegaron registro civil de matrimonio, donde consta que el señor José Bernardo Romero Niño y María Flor Castiblanco Buitrago, contrajeron matrimonio por el rito católico, el 24 de diciembre de 1980; acta de matrimonio de la Parroquia San Vicente Ferrer en el mismo sentido; declaración extraproceso, rendida por la actora, en la Notaría 12 del Círculo de Bogotá, el 19 de abril de 2004, manifestando que *“conviví desde el 24 de diciembre de 1980 fecha en que contraje matrimonio con el señor JOSE BERNARDO ROMERO NIÑO fallecido en esta ciudad el 26 de julio de 1997 (...) Que conviví con mi esposo bajo el mismo techo en forma permanente e ininterrumpida hasta el último día de su existencia y dependía económicamente de él”*; declaración extraproceso, también rendida el 19 de abril de 2004, ante la Notaría 12 del Círculo de Bogotá, por los señores CARLOS ANTONIO BOJACA HERNÁNDEZ y FERNEY RAMÍREZ OLIVAR, quienes indicaron que, *“conocimos de vista, trato y comunicación a JOSÉ BERNARDO ROMERO NIÑO fallecido en esta ciudad el 26 de julio de 1997 (...) Nos consta que estuvo casado desde el 24 de diciembre de 1980 con la señora MARÍA FLOR CASTIBLANCO BUITRAGO, (...) Que MARÍA FLOR convivió con su esposo bajo el mismo techo en forma permanente e ininterrumpida hasta el último día de su existencia y dependía económicamente de él”*.

También se allegó el informé técnico de investigación COLCO-204394, realizado por la firma COSINTE LTDA, para COLPENSIONES, de fecha 01 de octubre de 2019, donde se concluyó que:

“...NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por María Flor Castiblanco Buitrago, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa.

De acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, no se logró establecer que el señor José Romero Niño y la señora María Flor Castiblanco Buitrago, hubieran convivido los últimos 5 años de vida del causante y por el tiempo manifestado por la solicitante, desde el día 24 de diciembre de 1980 hasta el día 26 de julio de 1997, fecha de fallecimiento del causante.

La solicitante no aportó pruebas físicas que comprueben que si existió una relación de convivencia, solo aportó unas fotos las cuales son antiguas, pero estas pruebas no son suficientes para acreditar una relación entre los implicados.

No fue posible entrevistar a familiares del causante que pudieran dar fe de la convivencia de la pareja, toda vez que la solicitante no aportó números de teléfono para entrevistarlos argumentando que después de la muerte de su compañero perdió contacto con ellos.

Al entrevistar a la progenitora del declarante extrajuicio, Wilson Hernando Jiménez Baquero, aseguró no haber conocido al causante como esposo de la solicitante, la única pareja que le han conocido es la pareja actual.”

Dentro del curso del proceso, al absolver interrogatorio de parte, la señora MARIA FLOR CASTIBLANCO BUITRAGO, informó que, conoció al señor JOSÉ BERNARDO ROMERO NIÑO, porque una hermana de él, vivió en la casa de sus padres, con el tiempo fueron novios y después se casaron por la iglesia y tuvieron 3 hijos; que, el señor ROMERO NIÑO, falleció porque sufría de diabetes y no se cuidó, tomaba mucho alcohol, le daban preinfartos, los médicos le decían que debía cuidarse, pero al final le dio un infarto del cual no sobrevivió, que, ella y otra persona que les ayudaba, lo llevaron al Hospital del Carmen, pero cuando llegaron ya había fallecido; que, ella pagó los gastos funerarios.

También declararon en el proceso y ratificaron las declaraciones extrajuicio presentadas ante Colpensiones, el señor WILSON HERNANDO JIMÉNEZ BAQUERO y JOSÉ JAMIR LAISECA IGLESIAS. El primero, refirió que, conocía la demandante, desde hace aproximadamente 30 años, porque era su vecina en el barrio San Vicente; que, también conoció a su esposo, don José Bernardo, con quien compartían; que, la pareja, tuvo 3 hijos; que, para el 26 de julio de 1997, cuando falleció el señor Romero Niño, estaba viviendo con la demandante; que, el causante, se dedicaba a pintar vehículos automotores y María Flor, se dedicaba a prestar servicios de aseo en casas de familia; que, el causante y la actora, nunca se separaron; el segundo testigo, dijo también conocer a la actora y su esposo, desde hace 31 o 32 años; que vivían en el barrio San Vicente, con sus 3 hijos; que, José Bernardo, trabajaba con pinturas y la señora María Flor, se dedicaba a la limpieza de hogares; que, el causante sufría de la tensión arterial y diabetes; que, para la fecha de fallecimiento del señor ROMERO NIÑO, vivía con la demandante, quien era su esposa.

De las pruebas referidas, se logra establecer, que, efectivamente la demandante, convivió con el señor JOSÉ BERNARDO ROMERO NIÑO, desde su matrimonio celebrado por el rito católico, el 24 de diciembre de 1980 y hasta el momento de su fallecimiento, el 26 de julio de 1997, como se extrae de la documental presentada y las declaraciones rendidas por los testigos WILSON HERNANDO JIMÉNEZ BAQUERO y JOSÉ JAMIR LAISECA IGLESIAS, quienes fueron claros y coincidentes en señalar que la pareja Romero – Castiblanco, nunca vivieron separados; cumpliendo así la demandante, con el requisito de convivencia para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reclamada.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada, en este sentido.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Manifiesta la demandante, su inconformidad respecto al pago de los intereses moratorios, que no fueron ordenados en Primera Instancia, pese a que, COLPENSIONES, también está en la obligación de aplicar los preceptos jurisprudenciales; además que, de haber realizado una correcta investigación del caso habría encontrado probada la convivencia de la actora y el causante, sin tener que acudir a la vía judicial.

En relación con los intereses moratorios, basta señalar que, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, lo fue con fundamento en un cambio jurisprudencial, en relación con la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, siendo esta una de las excepciones para la imposición de los intereses moratorios, como lo determinó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL5673-2021, reiterada recientemente en la SL1248-2023, donde al respecto, indicó:

“...No sobra recordar que si bien es cierto esta Sala de Casación ha señalado que, excepcionalmente, las administradoras de pensiones públicas o privadas se encuentran exoneradas del pago de los mentados intereses moratorios, también lo es que precisó que ello sólo es posible en casos específicos y, se itera, excepcionales, bien sea: i) cuando la administradora de pensiones niega el derecho con apego minucioso a la ley vigente aplicable al caso concreto; ii) cuando el reconocimiento de la prestación obedece a un cambio de criterio jurisprudencial que obviamente dicha entidad no podría prever para la época en que le fue presentada la solicitud prestacional; o iii) cuando la administradora niega la prestación pensional por existir disputa entre sus posibles beneficiarios...”

Así las cosas, no procede el reconocimiento de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, como lo reclama la actora, resultando igualmente apropiada, la orden de la Juez de Primer Grado, respecto a la indexación del retroactivo pensional, en aras de compensar la pérdida del poder adquisitivo que sufrió el valor de las mesadas adeudadas, por el simple transcurrir del tiempo desde la fecha en

que se causaron hasta que se haga efectivo su pago; por lo que, también se confirmará la sentencia impugnada, al respecto.

DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Formulada por COLPENSIONES, la excepción de prescripción, encuentra la Sala, que, el 09 de julio de 2019, la demandante, reclamó ante esa Administradora, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, derecho que le fue negado, a través de la resolución SUB276197 del 05 de octubre de 2019, notificada el 25 de octubre del mismo año y la presente demanda, se radicó el 06 de diciembre de 2021 (Archivo 02), por lo que, a la luz de lo establecido por los artículos 488 del CST, en concordancia con el 151 del CPT, como lo declaró la *a quo*, operó parcialmente la prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 08 de julio de 2016.

En los anteriores términos quedan resueltos el recurso de apelación presentado por la parte actora y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

Costas en la alzada a cargo de la demandante. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 01 de diciembre de 2022, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARÍA FLOR CASTIBLANCO BUITRAGO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$650.000.00. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

En uso de
Permiso

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105034201900662-01

En Bogotá D.C., hoy veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida, el 20 de septiembre de 2023, por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARCELA CASTAÑEDA RAMÍREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

MARCELA CASTAÑEDA RAMÍREZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare un vicio en el consentimiento, por error de hecho, al no haber recibido asesoría clara, completa, comprensible y suficiente acerca de las ventajas y desventajas de su cambio de régimen pensional; que, se declare la nulidad de su afiliación al RAIS, realizada a través de PORVENIR S.A.; que, se declare que cualquier afiliación al RAIS, con posterioridad a la inicial, carece de validez jurídica; que, se declare que se encuentra válidamente afiliada al RPM; que, se condene a PORVENIR S.A., a registrar en sus sistemas de información que su afiliación a esa AFP, estuvo viciada de nulidad; que, se ordene a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos e intereses a que haya lugar; que, se ordene a COLPENSIONES, activar su afiliación al RPM y actualizar su historia

laboral, con las cotizaciones efectuadas en el RAIS ; que, se conceda lo ultra y extra petita; que, se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, solicitó que se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS, efectuada a través de la AFP PORVENIR S.A., con las mismas consecuencias de las pretensiones principales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 07 de noviembre de 1965; que, empezó a cotizar al Sistema de Pensiones, en el Instituto de Seguros Sociales, a partir del 03 de febrero de 1984, y hasta el mes de enero de 1996, cuando la AFP PORVENIR S.A., la persuadió para que se trasladara de régimen pensional, sin informarle las implicaciones de dicha decisión, ni la posibilidad que tenía de devolverse al RPM o retractarse de la afiliación; que, tampoco se le advirtió que, en el RAIS, el monto de la pensión dependería de los rendimientos financieros y las características del mercado bursátil, ni que su pensión se iba a financiar con lo ahorrado en su cuenta individual; que, no se le ilustró de los distintos escenarios comparativos de una pensión de vejez, en cada régimen, menos aún se le realizaron proyecciones para determinar el valor de la misma.

Indicó que, a la presentación de la demanda, tenía 57 años de edad y 1.141 semanas cotizadas; que, ante el incumplimiento de la AFP PORVENIR S.A., en su deber de información, se vio en la obligación de contratar una asesoría particular, en la cual se determinó que, en el RAIS, no iba a obtener los mismos beneficios pensionales que en el RPM, pues, mientras en el primero, la mesada pensional ascendería a \$1.773.070, en COLPENSIONES, sería de aproximadamente \$6.449.839; que, el 13 de agosto de 2019, le solicitó a COLPENSIONES, la activación de su afiliación al RPM, alegando la existencia de un vicio en su consentimiento al momento del cambio de régimen pensional (Archivos 02, 03 y 05).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes presentadas por la actora, ante cada Administradora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del Sistema Pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (Archivo 06).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica (Archivo 18).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de septiembre de 2023, el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado realizado por MARCELA CASTAÑEDA RAMÍREZ, el 17 de junio de 1998, del RPM al RAIS, a través de la afiliación a PORVENIR S.A., a quien le ordenó reintegrar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descontar valores por concepto de administración o primas de seguro previsional; declaró no probadas las excepciones propuestas por la pasiva; condenó a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la AFP PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y le impuso a PORVENIR S.A., el pago de costas procesales.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de **COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación, argumentando que, la demandante, está incurso en la prohibición para retornar al RPM, prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; además que, tampoco cumple con los requisitos señalados en las sentencias SU-062 de 2010 y su-130 de 2013, para trasladarse en cualquier tiempo de régimen pensional; que, al absolver interrogatorio de parte, la actora, mencionó no haber sido forzada y haberse trasladado al RAIS, de manera libre, consciente y voluntaria.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES, solicitó revocar la sentencia apelada, ya que, el traslado de la demandante, al RAIS, goza de plena validez, al haberse realizado por la potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda retornar al RPM, por estar incurso en la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que, la actora, no demostró la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse al RAIS, tampoco un vicio en el consentimiento, asalto a su buena fe o engaño al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aún cuando permaneció en el RAIS, sin manifestar ninguna inconformidad respecto al desempeño y administración, lo cual afianzó su voluntad de permanecer en dicho régimen.

La AFP PORVENIR S.A., dijo que, siempre le garantizó a los potenciales afiliados y vinculados al RAIS, la protección del derecho de información, la cual es acorde con las disposiciones legales señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, quien en la Circular 019 de 1998, dispuso que la única exigencia establecida para materializar y que produjera efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario, por lo que, los Jueces, no pueden solicitar pruebas documentales distintas, ya que, esto sería una violación al debido proceso; que, de confirmarse la decisión de Primer Grado, debe ordenarse el traslado de los recursos a COLPENSIONES en los términos del artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, esto es “*el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)*”, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esa norma, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado; pero, además se configura un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, quien no administró los aportes pensionales de la demandante. Y es que, determinar que se deben reintegrar las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una Compañía de Seguros a que, si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza; además que, resulta una doble sanción a cargo de esa Administradora, que se le ordene además de reintegrar valores distintos a los expuestos, que estas sumas sean indexadas, cuando en forma palmaria se observa que los rendimientos financieros obtenidos por su gestión, con creces supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

La demandante, pidió confirmar la sentencia apelada, teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia relacionada con este tema, donde en casos similares a éste, para quien al momento del traslado de régimen no le pusieron en conocimiento las consecuencias de su traslado ni le dieron la suficiente información de tal manera que pudiera conocer las características, condiciones y la diferencia entre los dos regímenes, procede la ineficacia del traslado, por falta de una selección de régimen pensional libre e informada.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primer Grado, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de PORVENIR; *iii)*) si la declaración de

ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional; y, *iv*) si por encontrarse la demandante, incurso en la prohibición fijada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 de la Ley 797 de 2003, no es posible su retorno al RPM.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al

momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así:

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde a la Administradora privada demandada, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario: *i)* que, la demandante nació el 07 de noviembre de 1965; *ii)* que, estuvo afiliada al RPM, cotizando a través de ISS hoy COLPENSIONES, entre el 01 de febrero y el 30 de septiembre de 1995; *iii)* que, el 17 de junio de 1998, se trasladó al RAIS, mediante afiliación a COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTÍAS Y PENSIONES S.A. (fl. 89 Archivo 18); que, el 30 de mayo de 2003, se cambió a la AFP PORVENIR S.A., donde permaneció hasta la presentación de esta demanda, habiendo cotizado al 20 de octubre de 2022, un total de 1.300 semanas; lo que se encuentra acreditado con la documental obrante en los archivos 01, 02 y 18 del expediente digital y con el interrogatorio de parte, absuelto por la demandante, sin que se haya demostrado que la vinculación inicial al RAIS, lo fue con PORVENIR S.A., pese a que, así se encuentra relacionado en la consulta SIAFP, obrante a folio 89 del archivo 18 del expediente digital.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTÍAS Y PENSIONES S.A. hoy PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado a la actora, al momento de su traslado inicial, era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARCELA CASTAÑEDA RAMÍREZ, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, es preciso advertir que, éste resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019,

CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En relación con la imposibilidad de la demandante, de retornar al RPM, con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, caso en el cual sí permitiría admitir dicho argumento.

También debe esta Sala, señalar que, la declaración de ineficacia del traslado de la actora al RAIS no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Por todo lo anterior, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando COLPATRIA SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE CESANTIAS Y PENSIONES hoy PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante, el 17 de junio de 1998, con efectividad el 01 de agosto de ese mismo año, se torna ineficaz.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, a cargo de COLPENSIONES, por haberle sido desfavorable la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2023, por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARCELA**

CASTAÑEDA RAMÍREZ en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.300.000.00, a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

*En uso de
Permiso*

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Magistrado