



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 040 2021 00326 01
DEMANDANTE: RIGOBERTO CHIVARA CAÑÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de octubre de 2023.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia, se ordene su retorno a Colpensiones junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado; se ordene a Colpensiones a mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad y; se condene en costas a las demandadas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo afiliado al Instituto del Seguro Social desde el 1º de marzo de 1979 hasta el 30 de junio de 2000, acumulando un total de 754.43 semanas cotizadas. Para el mes de mayo de 2000, los asesores de la AFP Protección le presentaron el nuevo régimen pensional, asegurándole que el ISS se acabaría y perdería lo cotizado hasta el momento; que en la AFP tendría mayores

rendimientos, podría pensionarse en el momento en que quisiera; no le informó acerca del derecho de retracto; por todo lo anterior, se trasladó al RAIS. A febrero de 2021 tiene un total de 1621 semanas cotizadas. El 30 de marzo de 2021, solicitó a las demandadas la nulidad del traslado, la cual fue resuelta de forma negativa. Finalmente, la AFP realizó simulación pensional informándole que la mesada a sus 62 años, ascendería a \$908.526, mientras que en Colpensiones, obtendrá una mesada de \$1'258.549 (05Demanda).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación y cotizaciones al ISS, las solicitudes elevadas y, sus respectivas respuestas. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho reclamado a cargo de Colpensiones, prescripción, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, imposibilidad de condena en costas y las declarables de oficio. Argumentó en su defensa que el traslado del demandante al RAIS se efectuó de manera libre y voluntaria; además, solicitó el traslado nuevamente al RPM cuando le faltaba menos de 10 años para adquirir su estatus pensional y cuando se encontraba inmerso dentro de la prohibición establecida en la norma en razón a la edad (10ContestacionDemandaColpensiones).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la totalidad de semanas cotizadas por el actor, la petición elevada, su respuesta y, la simulación pensional. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que

brindó una asesoría completa, clara y comprensible al demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y por el contrario, se vinculó a otra administradora de fondos de pensiones privadas (fls.3 a 21, 17ContestacionDemandaProteccion).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 19 de octubre de 2023 (30AudienciasArticulos7780), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante Rigoberto Chivara Cañón identificado con la C.C. 79.117.082, en junio de 2000 del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social por parte de Protección S.A., de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR que el demandante Rigoberto Chivara Cañón ha estado afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, desde su elección inicial, conforme a lo considerado.

TERCERO: DECLARAR no probados los medios exceptivos formulados por los apoderados judiciales de las AFP demandadas, conforme a lo expuesto.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todas las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual del demandante Rigoberto Chivara Cañón, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos y, eventualmente, de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando se rediman.

QUINTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que, una vez los Protección S.A., traslade los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral del demandante, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización.

SEXTO: CONDENAR en costas a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. En su liquidación, inclúyase la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho a su cargo y a favor de la parte demandante; absolviendo de costas a Colpensiones.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE con el Tribunal Superior- Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá, en lo desfavorable a Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber cumplido con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente,

veraz, oportuno y suficiente respecto del cambio régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo; carga que le correspondía.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el demandante.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos*

los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis 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. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones desde el 1º de marzo de 1979 al 30 de junio de 2000 (fls.74 a 77, 04Anexos); fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Protección S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 06 de junio de 2000 (fl.22, 17ContestacionDemandaProteccion).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante señaló que se afilió a Protección, cuando estaba en la empresa laborando y un jefe le mandó al área de administración en donde tenía que presentarse ante un funcionario que lo iba a trasladar al fondo privado, porque si se quedaba en el fondo público perdería las cotizaciones que tenía hasta el momento, porque el Seguro Social se iba a acabar. No le dieron información alguna respecto del cambio de régimen, solo le pidieron sus datos personales. No recibe extractos. Quiere retornar a Colpensiones, porque por sugerencia de un familiar averiguó la proyección pensional y su abogado le explicó las

diferencias de pensionarse en cada fondo, viendo que por Colpensiones tendría una mayor calidad de vida, pues obtendría una mesada superior, pues en varias oportunidades cotizó en valores superiores al salario mínimo. Nunca confirmó la información con el ISS

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Protección faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Protección S.A., deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo; por lo que en este entendido se adicionará la sentencia.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de octubre de 2023, para ordenar que, al momento de cumplirse esta orden, los valores deberán ser trasladados debidamente actualizados y, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto
040 2021 00326 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 007 2021 00561 01
DEMANDANTE: DORIS OLIVEROS SALAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de noviembre de 2023.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de Protección S.A., por lo que se encuentra afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en Colpensiones. En consecuencia, se ordené a la AFP a trasladar los aportes, rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento, a Colpensiones y, a ésta última, a recibirlos y a activar su afiliación. Asimismo, se condene a las demandadas al pago de costas y; lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que, inició sus aportes en pensión a través del Régimen de Prima Media con Prestación Definida; se trasladó al RAIS a través de la AFP Colmena, hoy Protección, en el mes de

febrero de 1999, donde se encuentran sus aportes en la actualidad. Aduce que la AFP no le informó de forma clara y comparada las diferencias entre regímenes, ventajas y desventajas, ni desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado de régimen; omitió informarle características, factores, descuentos, beneficios; además que el funcionario no indagó sobre su situación pensional, ni hizo un estudio pormenorizado; no le informó la posibilidad de regresar al RPM antes del cumplimiento de los 47 años de edad, ni adelantó re-asesoría. Manifiesta que su ingreso base de liquidación es de \$3'335.893, por lo que la pensión que le habría correspondido en Colpensiones a los 57 años de edad, equivaldría aproximadamente a \$2'815.772, mientras que en el RAIS sería de \$908.526. Solicitó ante las demandadas anular la afiliación a la AFP y activar la en Colpensiones, obteniendo respuesta negativa (fls.1 a 11, 01Demanda).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió las cotizaciones de la demandante al ISS, la solicitud de nulidad del traslado y la respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se configuró vicio del consentimiento (fls.25 a 59, 18ContestaciónColpensiones).

La AFP Protección S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la afiliación de la accionante al RAIS, que actualmente está en Protección, la petición elevada por la accionante, su respectiva respuesta y, el valor de la posible mesada en cada régimen. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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 el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejercicio de la facultad de regresar al RPM y por el contrario, se vinculó a otra administradora de fondos de pensiones privadas (fls.3 a 33, 16ContestaciónProtección).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 22 de noviembre de 2023 (archivo 24), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional que realizó la demandante DORIS OLIVEROS SALAS, identificada con la cedula de ciudadanía No. 40.376.410 del régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, al régimen de ahorro

individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A el 04 de febrero de 1999, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar el traslado de los dineros que efectúe la AFP PROTECCIÓN S.A para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, conforme a lo considerado en la parte motiva, así como los demás medios exceptivos dadas las resultas del proceso.

QUINTO: CONDENAR en costas junto con agencias en derecho a PROTECCIÓN S.A, las cuales se tasan en la presente diligencia en la suma de 1 SMLMV que deberá pagar a favor de la demandante. Sin costas a cargo de COLPENSIONES.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES, consúltese con el H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

Como sustento de su decisión, señaló que no aparece acreditado que al momento de traslado la AFP hubiera brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara, sobre los efectos del traslado, concluyendo que se configuró una vulneración del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en su validez.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es

procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la demandante.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de*

la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis 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 perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la demandante estuvo afiliada y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 23 de enero de 1990 al 31 de marzo de 1999 (Historia Laboral, 18,1ExpedienteAdministrativo); fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A., a través de formulario de vinculación del 4 de febrero de 1999 (archivo 16, fls.89 y 91).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se vinculó a la AFP cuando trabajaba con la empresa Legis, y estaba en su oficina, cuando se acercó un asesor de Colmena, donde les informó a ella y otros 3 compañeros, que el seguro social está pasando por una situación crítica y se va a acabar y que a futuro tendría problemas para su pensión; fue una charla corta, de no más de 10 minutos; que él los podía afiliar a la AFP para que se pudieran pensionar, les dio un formulario con preguntas de datos básicos. Manifiesta que no recibió más información, pero firmó por la incertidumbre que le generó respecto al seguro social. Nunca recibió información de Colpensiones ni de la misma AFP, ni buscó más información, porque quedó convencida que lo que le estaba diciendo era cierto. Quiere retornar a Colpensiones, porque cuando averiguó el valor de

su pensión, se enteró de la diferencia económica, que en Colpensiones quedaría en un valor muy superior. Nunca se le informó que podía retornar antes de cumplir 47 años de edad.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A., incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Protección S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable

frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Protección S.A., deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por ello, la sentencia se confirmará en este aspecto, pero se adicionará para indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por la afiliada durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la

omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de noviembre de 2023, en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no

previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 004 2020 00042 01
DEMANDANTE: MARTHA MYRIAM ROJAS CAMARGO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.
LLAMADA EN GARANTÍA: MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de noviembre de 2023.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado y afiliación al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A. y, el posterior a Skandia y, que siempre ha permanecido afiliada a Colpensiones, por lo que tiene derecho a que se le reconozca pensión de vejez con aplicación a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990. En consecuencia, se condene a las AFP demandadas a trasladar a Colpensiones todos los aportes, rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración, así como los detalles de los aportes trasladados y; a ésta última, a aceptarlos, recibirlos y activar la afiliación, actualizando la historia laboral de la demandante; a reconocerle y pagarle la pensión de vejez, de acuerdo a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del día 1° de junio de 2010 o en su defecto, a partir del 1° de noviembre de 2012, aplicando un porcentaje del 90%

sobre los aportes realizados durante los últimos 10 años de afiliación; intereses moratorios; costas y; lo ultra y extra *petita*.

De manera subsidiaria, se condene a las AFP demandadas, a repararle integralmente los perjuicios ocasionados como consecuencia del traslado que hiciera de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; a cancelarle la diferencia entre la mesada que hubiere recibido y la que recibe en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, desde el 1 de noviembre de 2012 hasta que ella o sus beneficiarios en pensión de sobrevivientes permanezcan con vida; con intereses o debidamente indexadas; así como los perjuicios morales causados, cancelando como indemnización el equivalente a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, cada una. Igualmente se condene al pago de costas y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1º de junio de 1955; realizó aportes por concepto de pensión al Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy Colpensiones, donde acreditó 611.86 semanas cotizadas por concepto de pensión en el periodo comprendido entre el 12 de octubre de 1979 hasta el 28 de febrero de 1998. El 10 de abril de 1995, se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A.; el 26 de abril de 2014 se trasladó horizontalmente a Skandia; acreditando un total de 1.524 semanas de cotización. Aduce que que los asesores de Porvenir S.A, no le informaron de manera clara, cierta, oportuna y suficiente las consecuencias jurídicas que tendría el traslado de régimen pensional, no le hicieron una descripción de las características, ventajas y desventajas objetivas, ni se le hizo un comparativo entre los dos regímenes pensionales; sin embargo le aseguró que su pensión en el RAIS sería superior y, que de no pasarse sus aportes se perderían por cuando el Seguro Social se acabaría.

Afirma que al enterarse la demandante que había perdido la posibilidad de pensionarse con régimen de transición en el Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones, debido al traslado que había efectuado al RAIS con Porvenir S.A. en el año 1995, empezó a sufrir diferentes problemas de depresión, ansiedad, angustia y tristeza, situación que empeoró cuando se enteró que Porvenir S.A. la iba a pensionar con una

mesada casi del salario mínimo legal y que ya no podía regresar al Instituto de Seguros Social, hoy Colpensiones. Interpuso acción de tutela para intentar obtener su traslado, pero le fue negada en primera y segunda instancia. Solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de Vejez, la que le fue reconocida por parte de Old Mutual S.A. desde el mes de noviembre de 2012 bajo la modalidad de retiro programado en cuantía de \$736.600. Posteriormente, obtuvo una simulación de los valores que habría recibido de haberse pensionado con Colpensiones, por lo que solicitó a las demandadas anular o tener como ineficaz el traslado y afiliación al RAIS, así como el reconocimiento pensional por parte de Colpensiones, obteniendo respuestas negativas (fls. 5 a 22, archivo 19).

Al dar contestación, **Colpensiones** se opuso a las súplicas de la demanda; admitió la data de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS, el traslado al RAIS y las peticiones elevadas con sus respectivas respuestas; manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito de improcedencia del régimen de transición y improcedencia de los intereses moratorios. Argumentó en su defensa que no tuvo injerencia alguna en la afiliación efectuada por el demandante con la AFP; el traslado realizado se efectuó ejercicio del derecho de libre escogencia del Régimen Pensional, siendo plenamente válido; y la actora se encuentra en la prohibición legal de trasladarse, en razón a su edad (archivo 27).

La **AFP Porvenir** se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del accionante, el traslado al RAIS, el reconocimiento de la pensión, las peticiones y su respuesta negativa. Frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de mérito de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe. En su defensa expuso que debe existir una prueba cierta acerca de la existencia de un perjuicio ocasionado al accionante, sin que exista prueba alguna que acredite que la AFP incumplió con alguna de sus responsabilidades ocasionándole perjuicios a la actora, resultando improcedente cualquier perjuicio, cuando cumplió con el deber de información exigible para época del traslado y; en todo caso, se encontraría

actualmente prescrita; durante su vinculación como afiliado de la AFP el afiliado no se trasladó de régimen, pese a que contaba con la posibilidad; el demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias (fls.2 a 44, archivo 25).

Skandia S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones. De los hechos dijo ser cierta la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación a esta AFP, las semanas cotizadas y, las peticiones con sus respectivas respuestas; respecto a los demás hechos manifiesta no constarle o no ser ciertos. Propuso la excepción previa de prescripción frente a perjuicios y, las de mérito de prescripción de la acción de nulidad y, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación. En su defensa alegó que a la demandante se le reconoció su pensión y se le está cancelando su mesada pensional, lo que implica que la solicitud de ineficacia de su traslado resulte a todas luces improcedente, por tratarse de una situación consolidada. Respecto de los perjuicios, aduce que no se acreditan los requisitos para que a una persona le sea imputable la obligación indemnizatoria correspondiente a los del sistema de responsabilidad civil contractual (archivo 29 fls. 2 a 24).

Asimismo, llamo en garantía a la aseguradora **Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.**, en virtud de los contratos de seguro previsional suscrito, vigentes entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2012 (archivo 29, fls. 71 a 79); quien al contestar la demanda inicial rechazó el éxito de las aspiraciones y, manifestó que los hechos no le constan. Propuso la excepción previa de prescripción respecto a los perjuicios reclamados y; las de fondo que denominó: **i)** *«El acto jurídico de afiliación al RAIS, y los de sus posteriores traslados a otras AFPs, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas»,* **ii)** *«inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”»,* **iii)** *prescripción de la acción de nulidad,* **iv)** *«existen circunstancias impeditivas de origen legal que imposibilitan el*

*cambio de régimen pensional de la demandante.» y, **iv)** las demás declarables oficiosamente. Como fundamentos de defensa indicó que la demandante se encuentra pensionada desde hace más de 10 años, siendo una situación consolidada; además que es evidente que la manifestación del consentimiento de la demandante, a través del acto jurídico de afiliación como expresión de la autonomía de voluntad, estuvo precedido de libertad e información.*

Al dar respuesta al llamamiento en garantía, se opuso al mismo. Admitió la presentación de la demanda ordinaria, la suscripción del contrato de seguro previsional, su vigencia y, los pagos correspondientes a las primas de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes. Propuso las excepciones que denominó: **i)** *Frente a la acción material ejercida por la parte demandante, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.”, **ii)** «En caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.” no se encuentra obligada, a efectuar devolución de la prima, ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados», **iii)** «A “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.” no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, que afecten a la llamante AFP Skandia S.A.» y, por lo mismo no está obligada a restitución alguna», **iv)** *inexistencia de derecho contractual por parte de “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”, **v)** prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y, **vi)** las demás declarables oficiosamente. Expuso en su defensa que la ineficacia del traslado de régimen no se encuentra amparada por los seguros contratados (archivo 32 fls. 2 a 29).**

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 21 de noviembre de 2023, declaró probada la excepción de

prescripción respecto a la pretensión de indemnización de perjuicios y; absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas por el demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que se incumplió con el deber de información por parte de la AFP al momento del traslado, pues no le informó las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, la posibilidad de retractarse, qué pasaba con el bono pensional, con los recursos y semanas de cotización que tenía en el régimen de prima media, las modalidades pensionales que había en el régimen de ahorro individual; aspectos fundamentales y necesarios para que se configure verdaderamente un consentimiento informado.

Frente a la consolidación de los perjuicios por la omisión en este deber de información, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha indicado que los mismos se configuran por la diferencia que se da entre el valor de la mesada pensional que le fue reconocida en el régimen de ahorro frente a la posible mesada pensional que se obtendría en el régimen de prima media; sin embargo, al haber adquirido el estatus de pensionado desde el mes de noviembre de 2012, al no haber sido reclamado en término, se encuentra prescrito en los términos de los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a las pretensiones del demandante es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si en el presente asunto es procedente la indemnización por perjuicios como consecuencia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

1. De las reglas legales y jurisprudenciales respecto del deber de información en traslados de régimen cuando se trata de afiliados.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis 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 perjudicarle. Incluso, a partir de la Ley 1748 de 2014 y el artículo 3 del

Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

2. Reglas jurisprudenciales frente a la falta del deber de información cuando se ha adquirido el status de pensionado

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia consideraba que era viable la posibilidad de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional respecto de quienes ya habían alcanzado la calidad de pensionados, no obstante, recientemente cambió su postura al considerar que estas personas se encontraban frente a una situación jurídica ya consolidada que no era razonable retrotraer, debido a las implicaciones que esto traería de una parte, en relación con los diferentes actos jurídicos previos, concomitantes y posteriores al reconocimiento de la prestación y, de otro lado respecto de los intervinientes en este acto, que de paso sea dicho no se limitan a la AFP y al afiliado pues confluyen en determinados

casos terceros como emisores, contribuyentes, incluso la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Al punto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373-2021, en la que abandonó la postura fijada en sentencia con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008 señaló:

si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.

En esta oportunidad la Alta Corporación, consideró además que si bien no resultaba procedente declarar la ineficacia del traslado respecto de un pensionado, este podía demandar de la AFP **el reconocimiento de perjuicios derivados de la cuantía de la pensión reconocida:**

Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.

Resulta importante recordar, además, que conforme a los lineamientos sentados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL-413 de 2018, bajo el principio de la realidad sobre las formas prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, es dable

identificar la voluntad de afiliación o permanencia en un régimen pensional a partir de conductas inequívocas del afiliado.

V. CASO CONCRETO

Quedo acreditado en el plenario que: **i)** la demandante estuvo afiliada y cotizó al régimen de prima media con prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales, del 12 de octubre de 1979 a 1995 (43ExpedienteAdministrativo¹); **ii)** se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A. mediante suscripción de formulario de afiliación, primero el 10 de abril de 1995, posteriormente a través de Colpatria, el 17 de septiembre de 1997 y, de nuevo con Porvenir, el 28 de diciembre de 1998 (fls.29, 30, 32 y 48, 06ContestaciónPorvenir); **iii)** se trasladó horizontalmente a Skandia S.A., el 26 de junio de 2011 (fl.67, 07ContestaciónSkandiaSA) y; **iv)** Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. (Skandia S.A.), le reconoció pensión de vejez a partir del 1º de noviembre de 2012, en modalidad de retiro programado, con una mesada pensional de \$736.600 para el 2013 (fl.118 y 119, 07ContestaciónSkandiaSA).

Para verificar la falta al deber de información al momento del traslado, por parte de la AFP, se recibió interrogatorio de parte de la demandante, quien señaló que se trasladó a Porvenir, porque en ese tiempo ellos fueron a visitarla a la empresa y le dijeron que era un plan nuevo del gobierno en el que podía vincularse a pensiones privadas, pero nunca le dijeron que iba a ser perjudicada, solo le dijeron que el Seguro Social se iba a acabar y le traería perjuicios, mientras que en el privado podría pensionarse mucho más joven. No buscó posteriormente corroborar la información porque confió en lo que le dijo el asesor de la AFP. Cuando se enteró y quiso retornar a Colpensiones, no fue posible. No sabe que es el RAIS y, no le explicaron ningún detalle de cómo sería su pensión. Actualmente se encuentra pensionada por Skandia, a donde se trasladó porque le brindaban una pensión un poco más alta que en Porvenir; pero ello obedeció a que no la dejaron trasladarse a Colpensiones, a causa de ello sufrió depresión e incluso estuvo internada.

¹ GRP-SCH-HL-66554443332211_1732-20200320113204

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal; sin que la suscripción del formulario de afiliación sea suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

Ahora bien, se encuentra probado que la accionante exteriorizó su voluntad inequívoca de permanecer en el RAIS con la solicitud de pensión efectuada el 8 de noviembre de 2012 (fl.92, 07ContestaciónSkandiaSA), por lo que la prestación le fue reconocida por la AFP desde el 1º de noviembre de 2012, en la modalidad de retiro programado.

Resulta pertinente señalar que dentro de los beneficios que prevé la modalidad de retiro programado, se encuentra **i)** pagar al pensionado y a sus beneficiarios a su fallecimiento, una mesada pensional correspondiente al resultado del cálculo actuarial que haga la AFP, por 13 mesadas anuales **ii)** el monto de la mesada durante el pago de retiro programado no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, y **iii)** auxilio funerario.

En este orden de ideas, la Sala se encuentra frente a situaciones jurídicamente consolidadas, referenciadas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 373-2021, que al imposibilitar volver las cosas al mismo estado en que estarían de no haberse producido el acto del traslado de régimen, pues ello conllevaría un desequilibrio del sistema en general y se verían afectadas relaciones jurídicas distintas a la existente

entre el demandante y la AFP Porvenir S.A., sí conllevan a la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora, que acorde a lo explicado por la H. Corporación, deben tasarse en las diferencias económicas causadas entre la pensión reconocida y la que hubiera percibido de nunca haberse trasladado de régimen (CSJ SL3535-2021).

No obstante, la demandada al contestar la demanda, propuso la excepción de prescripción, por lo que deberá pasarse a definir si en el presente asunto operó el fenómeno prescriptivo, respecto de la indemnización de perjuicios reclamada por el accionante.

Al respecto, es pertinente traer a colación la sentencia SL1956 del 16 de agosto de 2023, en la que la Corte Suprema de Justicia, indicó que la acción para reclamar la indemnización por perjuicios causados, como consecuencia de un detrimento patrimonial por el daño causado con ocasión del traslado de régimen, prescribe de conformidad con la norma procesal correspondiente, es decir pasados 3 años de su exigibilidad. Así indicó:

Es cierto que esta Corporación ha sostenido reiterada y pacíficamente que el derecho pensional no prescribe, dado que su carácter de irrenunciable, de tracto sucesivo y vitalicio, de suerte que puede demandarse en cualquier tiempo (CSJ SL, 6 feb. 1996, rad. 8188, reiterada en CSJ SL11428-2016), sin perjuicio de la extinción de las mesadas no reclamadas en tiempo; sin embargo, esa imprescriptibilidad no se aplica a la indemnización de perjuicios por el daño causado con ocasión del traslado de régimen, en tanto es una consecuencia resarcitoria única que se paga por una sola vez, generada por el incumplimiento del deber de asesoría e información a cargo de la AFP, respecto de quien luego del traslado obtuvo la pensión en el RAIS, tampoco, como ahora lo propone la censura, se extiende a la acción consagrada en el art. 151 del CPTSS para reclamarla en juicio.

De allí que, como lo ha enseñado esta Corte, sea a partir del momento en que se conoce ese daño que debe reclamarse su compensación so pena de que se extinga la acción para demandarla judicialmente.

Es un hecho cierto que por regla general tal información se conoce cuando se obtiene la condición de pensionado y a partir de esa fecha es que empieza a correr el plazo extintivo de la acción y consecuentemente de la indemnización. En lo concerniente, en sentencia CSJ SL373-2021 se adoctrinó:

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, **el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.**

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado. (Negrita propia).

De lo dicho, se itera, no es posible asimilar la prescripción de la acción para demandar la indemnización, con el derecho a la pensión, como lo pretende ahora la censura, al asegurar la imprescriptibilidad de aquella, pues el hecho de que la cuantía a pagar a título de resarcimiento del daño se pueda obtener en parte del eventual valor de la mesada al interior del RSPMPD, no cambia su naturaleza indemnizatoria única y tampoco, el término extintivo de la acción consagrado claramente en el art. 151 del CPTSS.

Bajo este entendimiento, como la prestación por vejez de la actora fue reconocida a partir del 1º de noviembre de 2012 y, la indemnización de perjuicios solo fue peticionada con la presentación de la reforma de la demanda, el 25 de marzo de 2021 (fl. 1, 19ReformaDemandada), esto es, cuando había transcurrido un término superior a 3 años, en el sub lite, se configuró el medio exceptivo de prescripción. En consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión consultada.

En el mismo sentido, en lo referente a las pretensiones en contra de la llamada en garantía, al no prosperar las pretensiones de la demanda inicial, quedan sin fundamento las mismas, como lo advirtió el juez de primer grado.

De conformidad con las consideraciones expuestas y surtido el grado jurisdiccional de consulta, esta Colegiatura confirmará la decisión analizada. Sin costas ante su no causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de noviembre de 2023.

SEGUNDO: Sin COSTAS en el grado jurisdiccional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



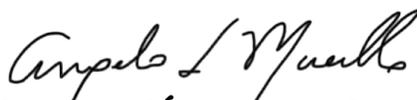
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 009 2019 00778 01.
DEMANDANTE: JOSÉ MARTÍN PÉREZ VERA.
DEMANDADO: SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA
S.A. – ARL SURA., EQUION ENERGÍA
LIMITED Y ECOPETROL S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de octubre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante convocó a juicio a los demandados para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 1° de marzo de 2003 al 30 de abril de 2017, devengando un último salario de \$10'080.000, el cual fue terminado de forma unilateral y sin justa causa por parte de las demandadas, sin el pago de prestaciones sociales e indemnizaciones. En consecuencia, se condene al pago de cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, prima de servicios; indemnización moratoria por no consignación de cesantías; cotizaciones a seguridad social en pensiones; indemnización por despido sin justa causa; sanción moratoria; indexación y; costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que ingresó a laborar en la sociedad B P EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LIMITED el 13 de marzo de 1998, mediante contrato de trabajo escrito, a término fijo, suscrito en la ciudad de Bogotá, y desarrollado en la planta C.P.F.

(Facilidades de Producción) ubicada en el Campo Cusiana, vereda I Aceite, Municipio de Tauramena – Casanare; desempeñando el cargo de Asesor de Sistemas de Gestión; contrato que terminó el día 31 de diciembre de 2002, liquidado legalmente. El 1º de marzo de 2003, fue requerido nuevamente por la sociedad referida para desempeñar similares labores, pero con la empleadora Suramericana Administradora de Riesgos Profesionales y Seguros de Vida S.A. “SURATEP S.A.”, por una duración de 30 días, denominado “*Orden de Compra*”, con renovación mensual de manera consecutiva durante todo el tiempo de su vinculación laboral; la remuneración se cancelaba por horas trabajadas, es decir, 168 horas al mes.

El 15 de julio de 2004, sin que mediara interrupción en la prestación de sus servicios personales, suscribió un nuevo contrato denominado: “*Convenio para la prestación de servicios de prevención de riesgos No. 094*”, con el objeto de prestar a Suratep los servicios de prevención de riesgos profesionales, denominando al actor como “*Distribuidor*”; empero no ejecutó esas funciones, pues sus actividades siguieron siendo las mismas que venía ejecutando desde el año 1998. Entre los años 2003 y 2009, recibió como honorarios la suma mensual de \$5’681.770; entre 2010 y 2015, \$6’384.000 y; entre enero de 2016 y el 30 de abril de 2017, fecha de terminación del vínculo, percibió \$10’080.000 mensuales.

El 15 de febrero de 2011, la sociedad B P Exploration Company Colombia Limited, cambió su nombre por Equion Energía Limited. Las labores desempeñadas en el campo Cusianam en favor de esta última empresa, se prolongaron hasta mediados de 2012. Aduce que durante todo el tiempo de desempeño de sus labores con la ARL SURA, antes Suratep S.A., solo se limitó a la entrega de informes mensuales de actividades, necesarios para la cancelación de sus honorarios, siempre a cargo de la aseguradora.

Aduce que la relación de trabajo durante toda la vigencia del vínculo laboral, se dio con la sociedad Equion Energía Limited, antes B P Exploration Company Colombia Limited; las órdenes de trabajo las recibía de los líderes y de los supervisores de seguridad industrial. A pesar que los

convenios de prestación de servicios se referían a la prestación de servicios de asesoría, jamás desempeñó tal labor, pues su trabajo era operacional, es decir de hacer y cumplir tareas. Siempre desempeñó sus labores en las instalaciones de propiedad de Equion, y con los elementos de trabajo de ésta, como: oficina, escritorio, computadores, teléfono fijo, dirección de correo electrónico y utensilios de papelería; era ésta empresa quien cancelaba los valores correspondientes a su alimentación, alojamiento en el hotel de propiedad de las mismas, el transporte aéreo de ida y regreso entre Yopal - Casanare y Bogotá y, viceversa. El actor jamás realizó labor alguna que no contara con el visto bueno o supervisión de las directivas de las sociedades. El horario de trabajo era de 7:00 a.m. a 7:00 p.m., durante 15 días seguidos, incluyendo sábados, domingos y festivos, con descanso periódico de una semana. La ARL SURA, antes SURATEP S.A., jamás supervisó su trabajo, solo prestó su nombre para la contratación y el pago de los honorarios, pues el servicio era en favor de EQUION ENERGIA LIMITED antes B P EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LIMITED.

A mediados del mes de junio de 2012, y a raíz de la realización de un paro cívico de la comunidad de la región, la sociedad Equion, se vio obligada a cerrar algunas oficinas que tenía en el campamento de Cusiana, y ordenó por esa causa el traslado del actor a la ciudad de Bogotá, en donde se le asignó un puesto de trabajo provisional en las instalaciones de la compañía, dejándolo bajo su responsabilidad, pero sí le proporcionó elementos de trabajo, como computador, y correo de la compañía por medio del cual rendía informes y tenía comunicación directa con sus superiores. El 30 de abril de 2017, recibió llamada telefónica por parte de la señora LEIDY MUÑOZ, para ese entonces funcionaria de la ARL SURA, en la cual le manifestó que la compañía EQUION no autorizaba más órdenes de servicio en su favor, motivo por el cual terminaba su relación laboral.

Considera que las demandadas deben responder solidariamente con las condenas de esta demanda, por cuanto fue la directa beneficiaria de los servicios personales prestados a través de los contratos convenios suscritos con ARL SURA. Así mismo, respecto a ECOPETROL S.A., por cuanto aduce que tiene contrato de asociación en la exploración y

explotación de petróleo con la sociedad EQUION ENERGIA LIMITED, antes B P EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LIMITED, número 0035052 del 1º de marzo de 1992. Agostó reclamación administrativa ante Ecopetrol el 26 de junio de 2019, obteniendo respuesta negativa (fls.474 a 538).

Al contestar la demandada **Ecopetrol S.A.**, se opuso al éxito de las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato de asociación con la sociedad Equion Energía Limited, la negativa de la existencia contractual con el demandante y; manifestó no ser ciertos o no constarle los demás hechos. Propuso la excepción previa de prescripción y la de inepta demanda por falta de requisitos formales y; como excepciones de mérito, las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de solidaridad a cargo de Ecopetrol S.A. y, buena fe. En su defensa, manifestó que la solidaridad se predica respecto de una relación civil o comercial entre contratante y contratista con el cual se pacta la ejecución de una obra o la prestación de unos servicios, siendo que la relación jurídica que existió con Ecopetrol, se dio a través de un contrato de asociación (fls.578 a 586).

Seguros de Vida Suramericana S.A., al dar contestación, rechazó las peticiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó el valor de los honorarios entre el 2010 y el 2017, que una de las obligaciones del demandante era la entrega de informes y la fecha de terminación del convenio. Frente a los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido y pago, buena fe, compensación y prescripción. Adujo en su defensa que jamás existió contrato de trabajo con el demandante, pues se trató de una prestación de servicios en calidad de distribuidor; la empresa nunca ejecutó actos de subordinación respecto del actor, lo que anula la posibilidad de que se impute el incumplimiento de supuestos derechos laborales. Tampoco se dan los presupuestos del artículo 34 para la existencia de responsabilidad solidaria (fls.552 a 560).

Finalmente, **Equion Energía Limited**, da respuesta oponiéndose a las pretensiones del libelo. Aceptó la existencia de una relación laboral con el demandante, culminada el 31 de diciembre de 2002, debidamente liquidada; y manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Propuso como excepciones e fondo las que denominó: cobro de lo no debido por existencia de la solidaridad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, buena fe y, prescripción. Para enervar las peticiones del demandante, expuso que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 13 de marzo de 1998 y el 31 de diciembre de 2002, el cual finalizó de manera válida y legal como bien lo indica el actor; que con posterioridad ningún vínculo contractual sostuvo con el señor Pérez. En cuanto a la compañía Suramericana S.A., le prestaba servicios de prevención y promoción de riesgos a Equion, de manera que aquella disponía de profesionales para el asesoramiento en la gestión de los diferentes riesgos, sin que le consten las condiciones de contratación, ni las relaciones jurídicas que regían tales servicios. Finalmente, no concurren los elementos propios de una relación laboral a la luz de lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del CST, respecto de las diferentes personas jurídicas (fls.631 a 648).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de octubre de 2021, resolvió absolver a las demandadas, declarar probadas las excepciones de inexistencia del contrato de trabajo e inexistencia de las obligaciones reclamadas propuestas por la pasiva en su contestación e, imponer costas al demandante¹.

En lo fundamental, señaló estar acreditado que las labores ejecutadas por el demandante fueron ejercidas con plena autonomía técnica, una organización profesional marcada autodeterminación en la forma en la que la tarea se llevaba a cabo respecto de la ARL. Y que si bien prestó sus servicios en las instalaciones de Equion Energía Ltda ejerciendo la supervisión en riesgos laborales sobre esta compañía dichos servicios fueron prestados en favor de la ARL Sura, por lo que no encontró acreditados los elementos esenciales de la relación laboral.

¹ B8 Folio 928 Audiencia 22oct2021 2da Parte 2019-00778-20211022_151205-Grabación de la reunión

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante apeló lo resuelto, argumentando que está probada de manera documental y testimonial su vinculación con empresa Seguros de Vida Suramericana S.A., durante el tiempo comprendido entre el 1 de marzo de 2003 y el 30 de abril de 2017, fecha en la cual la aquí demandada dio terminación a dicha relación laboral de forma verbal; prestando sus servicios personales en la empresa Equion Energía Limited de forma ininterrumpida y subordinado a las órdenes de sus jefes supervisores, y siendo beneficiario de los elementos de trabajo de ésta empresa para el cumplimiento de su labor, así como alimentación, hospedaje y transporte terrestre y aéreo. Jamás tuvo libertad y autonomía técnica y directiva para la ejecución de las funciones ordenadas por su empleadora, bien sea la sociedad Suramericana S.A. o Equion Energía Limited, para la cual prestaba sus servicios.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que la controversia jurídica en el sub lite se contrae en dilucidar: **i)** si es procedente declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo y, si en consecuencia tiene derecho al pago de las acreencias laborales reclamadas en el libelo introductorio; **ii)** si la demandada Equion Energía Limited fue el verdadero empleador del demandante, durante todo el tiempo pretendido y; **iii)** si las demandadas deben responder solidariamente.

(i) De la existencia del contrato de trabajo.

Arguye el demandante haber estado vinculado con las demandadas Seguros de Vida Suramericana S.A. y/o Equion Energía Limited, mediante contrato de trabajo a término indefinido, del 1º de marzo de 2003 al 30 de abril de 2017, como Asesor de Sistemas de Gestión, desarrollando sus actividades en la planta C.P.F. (Facilidades de Producción) ubicada en el

Campo Cusiana, vereda I Aceite, Municipio de Tauramena – Casanare, propiedad de Equion. Por su parte, arguyen las demandadas que no existió una relación laboral, sino por el contrario, se acordó prestación de servicios en calidad de distribuidor y que las empresas nunca ejecutaron actos de subordinación respecto del actor; así mismo, que Suramericana S.A. le prestaba servicios de prevención y promoción de riesgos a Equion, de manera que era aquella quien disponía de profesionales para el asesoramiento en la gestión de los diferentes riesgos, sin incidencia alguna de Equion.

Pues bien, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

A su vez, establece el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, una presunción legal respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole a quien la alega, la acreditación de la prestación del servicio personal, y a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta.

Ha decantado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la parte demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de

trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación jurídica o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado en sentencias CSJ SL628-2022, CSJ SL3847-2021, CSJ SL2608-2019, CSJ SL2480-2018 y CSJ SL 16528-2016, entre otras.

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no bastan las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecutó el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

En el presente asunto, no es materia de discusión la prestación personal del servicio por parte de José Martín Pérez Vera a Seguros de Vida Suramericana S.A., pues así fue aceptado desde la contestación de la demanda, a través de Convenio para la prestación de servicios de prevención de riesgos (fls.103 a 109), en cuya cláusula primera se estableció como objeto: *“EL DISTRIBUIDOR se obliga para con SURATEP S.A. a prestar los servicios de Prevención de Riesgos Profesionales que incluyen: servicios de Capacitación, de Higiene Industrial, de Seguridad Industrial y de Medicina del Trabajo que son especificados en el anexo No. 1 el cual hace parte integral del presente convenio, bajo sus propios medios pero bajo la coordinación, los parámetros de atención al cliente y de necesidades específicas de prevención que establezca SURATEP S.A.”.*

De conformidad con el certificado de existencia y representación legal que milita a folios 4 a 48, se advierte que el objeto social de Seguros de Vida Suramericana S.A., es el de *“la realización de operaciones de seguro y de reaseguro, bajo las modalidades y los ramos facultados expresamente por la ley en la República de Colombia o de las de cualquier otro país, donde establezca domicilio, sucursal o agencia”.*

De otra parte, los objetos sociales de la empresa Equion Energía Limited, son los de “A – *La explotación, desarrollo investigación, exploración y mercadeo de aceites minerales o petróleo, hidrocarburos de toda clase y productos derivados de los mismos, y B – La exploración, desarrollo, investigación, explotación y mercadeo de minerales, productos mineros y otros productos derivados de los mismos.*” (fls. 49 a 63).

De las pruebas allegadas, analizadas en conjunto, conforme al artículo 61 del Código de Procedimiento del Trabajo, estima la Sala, que en el presente asunto las demandadas logran desvirtuar la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, por lo que no existen elementos de juicio que posibilite la declaración de una relación laboral en el *examine* en la forma como se alegó por la parte actora; pues la prueba recaudada permite colegir que el demandante se desempeñó de manera autónoma o autogestionaria con Seguros de Vida Suramericana S.A. para prestar sus servicios en favor de Equion Energía Limited y otras empresas que, aunque no están determinadas en el plenario, es el mismo demandante quien afirmó en su declaración que prestaba sus servicios a más empresas.

Es así como, de las declaraciones recaudadas, solo se logró acreditar que el demandante fue contratado por Sura para la ejecución del sistema de riesgo a las empresas clientes. Es el propio demandante al absolver su interrogatorio de parte, quien manifestó que en virtud de su vinculación con Sura, asesoraba a los sistemas de gestión de HCE para la empresa, en su momento BP y luego Equion; en cuanto a los informes, indica que solamente era un formato de satisfacción del servicio, del cliente, donde decía que había estado las 168 horas mensuales; que también tenía otras actividades, ayudaba a hacer consultorías, ayudaba a otros compañeros y a otras empresas. Sus actividades eran los sistemas de gestión, que comprenden toda la gestión desde la identificación de peligros, riesgos, procedimientos, capacitaciones; actividades que hacía por órdenes de los supervisores, las que consistían en hacer los informes, el análisis de la accidentalidad, los análisis de los entrenamientos, las verificaciones. Afirma que por sus conocimientos técnicos y profesionales, conoce las obligaciones legales que tiene la ARL Sura con sus afiliados de promover la

prevención de riesgos, conoce la legislación colombiana referente a los riesgos profesionales, elaboraba los programas de gestión de la empresa, los que deben ser desarrollados en conjunto con la compañía a la cual se le va a prestar este servicio; y que dicho trabajo requiere presencialidad.

Manifestó también que el sistema de gestión cubre todo; incluye la identificación de riesgo, la prevención, los procedimientos, el control; y que él estaba involucrado en toda la operación de Equión, porque involucra el tema que se llama HSE, salud, seguridad y medio ambiente; él era una persona con conocimiento grande en eso, por lo que era necesaria su experiencia, era muy importante para desarrollar esos sistemas de gestión. Si bien afirma que debía cumplir un horario de trabajo, refirió que eran 168 horas mensuales, y que tenía siempre un plan de trabajo, así como, que tenía un cronograma de actividades; situación esta que no demuestra la imposición de una jornada laboral, sino precisamente la organización que requiere cualquier proyecto para salir adelante. Asimismo, en lo referente a llamados de atención, afirmó que constantemente le decían que tenía que arreglar algo, y que los supervisores siempre le hacían las solicitudes de hacer ajustes y cambios; debiendo recordar que un contrato de prestación de servicios no deja de serlo por las solicitudes o verificación del cumplimiento correcto del servicio para el que se es contratado, de lo que no puede desprenderse de manera alguna que haya existido algún requerimiento en cumplimiento de su trabajo, que conlleve a inferir que en efecto era subordinado; máxime cuando en este caso, el actor deja claro que era el que coordinaba la realización del sistema de riesgo, precisamente, por su conocimiento técnico y/o profesional en el tema.

Se recibieron las declaraciones de Jorge Eliecer Peñalosa Hernández, María Sofía Onidio Carranza, Raúl Plata Ardila, Elsa María Corredor Becerra, Cesar Aragón Castañeda, Carlos Norberto Garzón, Antonio María Calderón y Cielo García Roso, quienes fueron coincidentes en afirmar que el demandante era asesor integral de HSE, era identificado como asesor de la ARL Sura; sus actividades eran las asociadas con seguridad industrial, tenía que entenderse con la parte ambiental y con salud ocupacional, capacitaciones y, la implementación y desarrollo de los programas de seguridad en las distintas áreas y, que los programas los

hacia en virtud de la afiliación de la Equion a la ARL Sura, quien envió a Pérez Vera para que diera el soporte en la parte de gestión en seguridad industrial.

Conforme todo lo dicho, estima la Sala que las pruebas reseñadas y los razonamientos que las acompañan, resultan suficientes para concluir que los servicios desplegados por Pérez Vera, fueron realizados en el marco de un contrato con estirpe diferente al laboral, que su oficio lo desempeñaba con autonomía e independencia, en virtud del cual, ejercía como Distribuidor, teniendo en cuenta su conocimiento específico, por estudios y experiencia en el campo de seguridad industrial, para la elaboración del sistema de gestión ambiental, para la empresa petrolera, en virtud del convenio realizado con la empresa de seguridad laboral Seguros de Vida Suramericana S.A. – ARL Sura; empresa que, como quedó visto, fue creada precisamente con el objeto de realizar las operaciones de aseguramiento; actividad que, valga resaltar, difieren totalmente del objeto social de la empresa petrolera beneficiaria de este servicio.

En ese orden de ideas, se verifica que el elemento subordinación que es propio de los contratos de trabajo conforme el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, no se presentó en la ejecución de las actividades del demandante, dada la autonomía con que las ejecutó, lo cual desvirtúa la presunción prevista en el artículo 24 del mismo estatuto del trabajo. Así las cosas, en criterio de Sala, las demandadas cumplieron con el deber que les impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues demostraron que el demandante como contratista independiente, prestó a Equion Energía Limited, servicios de manera independiente y autogestionada. En consecuencia, la Sala no cuenta con elementos de convicción que permitan confirmar la existencia de una relación contractual laboral entre las partes, por lo que forzoso resulta confirmar la decisión de primera instancia, que dispuso absolver de todas las pretensiones incoadas en la demanda.

Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de octubre de 2021 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., para en su lugar absolver de las pretensiones incoadas en la demanda.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 015 2021 00121 01
DEMANDANTE: ELMER GONZALEZ OCAMPO
DEMANDADOS: JOSÉ MANUEL MONSALVE HENAO., y OMAIRA RUBIO BELTRÁN

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 31 de agosto de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la existencia de dos contratos de trabajo entre las partes, escritos a término fijo, el primero de ellos iniciando el 15 de enero al 31 de diciembre de 2016 y el segundo contrato desde el 1° de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2017, en el que devengaba \$1'100.000 mensuales durante la vigencia del segundo contrato citado. En consecuencia, se condene a los demandados al pago del subsidio de transporte correspondiente a cada mes laborado; excedente de las cesantías no pagados correspondientes a los años 2016 y 2017, intereses a las cesantías, prima de servicios; el cálculo actuarial por las cotizaciones correspondientes a los periodos reclamados como laborados. Así mismo a pagar lo ultra y extra *petita* y, las costas del proceso.

Adicionalmente, de manera subsidiaria pretende que se condene a los demandados al pago de la INDEXACION o corrección monetaria sobre todas y cada una de las sumas sobre las que se profiera condena.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que fue vinculado laboralmente por los demandados José Manuel Monsalve Henao y Omaira Rubio Beltrán, mediante contratos escritos a término fijo, el primero de ellos a partir del 15 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2016 y el segundo contrato que tuvo inicio el 1º de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2017; desempeñando las funciones de “Administrador vendedor” en el punto de venta ubicado en la carrera 24 No. 10-17 y posteriormente en el local 218 del centro comercial Outlet Factory de las Américas ubicado en la calle 9 No. 62-84 de la ciudad de Bogotá D.C; prestando sus actividades en forma continua en el horario comprendido entre las 10:00 a.m. y las 6:30 p.m., de lunes a domingo siendo el último salario mensual devengado, la suma equivalente a \$1'100.000.

Aduce que no se le pagó el auxilio de transporte y tampoco los recargos dominicales durante la vigencia de los dos contratos de trabajo a término fijo que suscribió con los demandados, también que los demandados omitieron la afiliación continua al Sistema de Seguridad Social Integral destacando la ausencia de pago al subsistema de salud y pensiones, siendo este último en el caso particular del demandante, administrado por Porvenir AFP; así mismo, que al omitir el empleador el tener en cuenta los factores “auxilio de transporte y dominicales”, erró al pagar de forma correcta las cesantías, intereses de las cesantías y primas.

Finalmente, en la narración de los hechos, también expone que solicitó una audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, diligencia que se declaró fracasada por falta de aceptación por parte del hoy demandado José Manuel Monsalve y, que por la misma época en que se llevó a cabo la citación a la diligencia ante el Inspector del Trabajo, el señor Monsalve traspasó sus establecimientos comerciales, uno a nombre de un trabajador y el segundo a su esposa Omaira Rubio Beltrán.

Al dar contestación, la defensa del señor José Manuel Monsalve, se opone a prosperidad de las pretensiones, aclarando que no desconoce la existencia del contrato de trabajo cuyos extremos temporales van del 15 de enero al 31 de diciembre de 2017. Admitió los valores cancelados por concepto de salarios, las funciones desempeñadas, los pagos realizados

por concepto de salarios mensuales, la liquidación del contrato por expiración del periodo pactado y la omisión en torno a la afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral. De los demás hechos dijo que no son ciertos y en lo que corresponde al horario de trabajo, aclaró que éste sería de martes a domingo y por ende el día de descanso correspondería al día lunes de cada semana. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe en el demandado y ausencia de buena fe en el demandante.

En su defensa adujo que cumplió con las obligaciones laborales y nada adeuda al demandante del contrato de trabajo que existió entre las partes durante el año 2017; que la jornada laboral fue concertada por medio escrito señalando como horario de trabajo los días martes a domingo “descansando o siendo remplazado el día lunes por el día domingo”, que tanto las cesantías como las primas fueron canceladas a la finalización del contrato de trabajo y el subsidio de transporte fue pagado de forma periódica y mensual con el pago del salario.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el pago de la seguridad social y parafiscales, señala que no afilió al demandante ni canceló todos y cada uno de los aportes a los diferentes subsistemas, indicando que tal omisión se había presentado por la total negligencia del hoy demandante quien era el “Administrador” y por ende era quien debía realizar los correspondientes aportes a cada subsistema de seguridad social, por cuanto los recursos existían para realizar dichas cotizaciones, pero cuando se le requirió al respecto, señaló que no los realizaba debido a que estaba descontando el valor en efectivo de las ventas del establecimiento de comercio.

Por su parte, la demanda Omaira Rubio Beltrán, presentó contestación a la demanda a través de apoderado y en ella se opone a la prosperidad de todas las pretensiones y frente a los hechos se limitó a indicar que no le constaban aquellos relacionados con la relación laboral reclamada por el señor Elmer González Ocampo y, frente a la compraventa del establecimiento comercial celebrado entre ella y el señor Monsalve

Henao, indicó que la misma tuvo lugar en una fecha en la que no existía reclamación de origen laboral.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de septiembre de 2022, resolvió¹:

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante señor ELMER GONZÁLEZ OCAMPO y el señor demandado JOSÉ MANUEL MONSALVE JOSÉ MANUEL MONSALVE existió un contrato de trabajo a término fijo por el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2017 al 31 de diciembre del 2017, desempeñando el cargo de ADMINISTRADOR- VENDEDOR, devengando un salario de \$1.100.000 incluido el auxilio de transporte, lo anterior conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR al demandado JOSÉ MANUEL MONSALVE al pago a favor del señor demandante lo correspondiente al cálculo actuarial por los aportes en pensión por el periodo comprendido entre 15 de enero de 2017 al 31 de diciembre del 2017 que se deberá pagar ante el fondo PORVENIR teniendo en cuenta para su liquidación una asignación salarial de \$1.100.000 conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERA: ABSOLVER al demandado JOSÉ MANUEL MONSALVE de las demás pretensiones incoadas en su contra en la presente acción y en esos términos declarar probada las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada OMAIRA RUBIO BELTRÁN de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción por el señor demandante.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada JOSÉ MANUEL MONSALVE y a favor del demandante para EL EFECTO SE FIJA COMO AGENCIAS EN DERECHO a su cargo lo correspondiente a un (1) SMLMV para el año 2022 y condenar al señor demandante ELMER GONZALEZ OCAMPO y a favor de la señora OMAIRA RUBIO BELTRÁN en costas y para el efecto se fijan como agencias en derecho lo correspondiente a un (1) SMLMV para el año 2022.

En lo fundamental, señaló que, de las pruebas allegadas y practicadas, no hay duda que entre las partes, sí hubo un vínculo de carácter laboral, regida por un contrato de trabajo a término fijo el cual, incluso fue aceptado por el demandado José Manuel Monsalve Henao cuyos extremos temporales van del 15 de enero al 31 de diciembre de 2017

En lo que tiene que ver con el salario, el mismo demandado había afirmado que remuneraba el servicio del señor González Ocampo en la suma de \$1.100.000, valor que incluso es el que aparece en los documentos aportados por el demandante tales como el contrato de trabajo y hoja adicional enunciada como “Acuerdo de condiciones

¹ 32AudienciaFallo

laborales” visible en los folios 1, 2 y 34 del anexo 03 de la carpeta virtual de la presente demanda, información que es consonante con la liquidación del contratado aportado por el extremo pasivo, PDF que se encuentra incorporado en la carpeta denominada como “21 Anexo2”, con los cuales consideró suficientes para arribar a la conclusión que no se adeudaba cesantías, primas o suma alguna por auxilios de transporte, destacando frente a este último que, al recibir el demandante una remuneración mensual superior al salario mínimo de la época era posible entender que en la suma pactada y vista en las pruebas ya citadas, se podía concluir que tal auxilio ya se encontraba debidamente cancelado. Quedando únicamente pendiente por parte del extremo pasivo, cumplir con la obligación de afiliar y pagar los aportes a pensiones del demandante, por todo el tiempo que perduró la relación laboral.

Respecto a las excepciones, consideró que únicamente estaba llamada a prosperar, la denominada cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación en lo que correspondía al pago de auxilios de transporte, primas y cesantías reclamadas en vista que el documento “Liquidación final de prestaciones sociales”, había sido firmado por las partes que integran el juicio.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante interpuso recurso de apelación, argumentando que no se había realizado por parte del A Quo, un pronunciamiento expreso frente a los días dominicales laborados, máxime cuando no hay constancia de su pago y tampoco existió un acuerdo entre las partes para cambiar el día de descanso; reclama el pago de los subsidios de transporte bajo la premisa que no es procedente que se descuente este rubro del valor que había sido pactado como salario y menos aún, existe prueba de los pagos efectuados por este concepto.

Finalizó su recurso indicando que es necesario que se vincule a la señora Omaira Rubio como responsable de las condenas, dado que ella suscribió en calidad de empleadora, uno de los documentos vértice de las pretensiones de la demanda.

Previo a resolver sobre la admisión del recurso de apelación, el Juez de primera instancia consideró necesario expresar que, en tanto que el extremo activo hace alusión a la ausencia de pronunciamiento frente al concepto denominado “dominicales”, no hay lugar a aclarar la sentencia dado que, de la lectura de las pretensiones condenatorias, ninguna va encaminada a obtener pagos por dicha erogación. Posterior a esta manifestación, finaliza su instancia concediendo el recurso que hoy se dirimirá.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Colegiatura desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social y, en tal sentido, definir si en el presente asunto: **i)** el subsidio de transporte correspondiente a cada mes de la relación laboral existente durante el año 2017, no fue cancelado; **ii)** si las jornadas dominicales laboradas aún son adeudadas dada la inexistencia de pacto o trato frente al cambio del día que sería realmente usado como tiempo de descanso y; **iii)** si la demandada Omaira Rubio Beltrán también debe ser condenada en virtud a ser considerada legítima empleadora del demandante.

i) De la ausencia de pago del subsidio de transporte durante la vigencia de la relación laboral.

Quedó demostrado, sin que fuera objeto de reproche por el recurrente que, entre las partes en litigio, existió un vínculo laboral desarrollado desde el 15 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2017, recayendo la controversia en definir, si el valor pactado como salario mensual incluía o no el “subsidio de transporte”.

Para dirimir este primer punto de la controversia, se tendrán en cuenta las pruebas aportadas al proceso tales como el contrato de trabajo incorporado en los folios 1 y 2 del PDF incorporado en este proceso bajo el nombre “03 Anexos”.

Este contrato individual de trabajo, el cual fue reconocido por el demandado en el interrogatorio de parte que se llevó a cabo en la audiencia celebrada el 31 de agosto de 2022, es prueba suficiente y que genera total convencimiento sobre:

- *La existencia de la relación laboral a término fijo.*
- *Los extremos temporales de la relación laboral.*
- *Las partes que interactúan en calidad de empleador y trabajador.*
- *El tipo y monto del salario pactado por los suscriptores del contrato de trabajo.*

De acuerdo con lo anterior, está plenamente probado que el contrato celebrado entre las partes de esta litis, fue bajo la modalidad de salario ordinario y el valor mensual de éste equivale a *un millón cien mil pesos (\$1'100.000,00)*, sin que en forma alguna se explicitara que en dicho monto estaba incluido el auxilio de transporte al que todo trabajador tiene derecho en Colombia cuando gana menos de dos salarios mínimos mensuales legales vigentes, tal como está consagrado desde el año 1959 con la expedición de la Ley 15 de tal anualidad, destacándose que ni dicha Ley u otra, permiten que, al ser la remuneración pactada superior al salario mínimo y menor a dos mínimos mensuales legales vigentes, pueda entenderse que tal auxilio esté incluido en el monto pactado como suma ordinaria, máxime, cuando en parte alguna del contrato de trabajo se estipule tal condición o parágrafo que permite arribar a tal conclusión.

Y es que, frente a este debate, es decir, si ha sido pagado o no los auxilios de transporte, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral concluyó en la sentencia Radicación No. 72544, Expediente No. SL2169-2019 lo siguiente:

“Entonces, para la Sala de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.º y 5.º de la Ley 15 de 1959, la mencionada prerrogativa tiene naturaleza de un auxilio económico con destinación específica, y se encuentra previsto para aquellos trabajadores que devenguen

hasta 2 veces el salario mínimo legal, valor que fija el Gobierno Nacional a más tardar el 31 de diciembre de cada año.

No obstante, se configuran algunas excepciones frente a la posibilidad de acceder a dicho beneficio, como son: (i) si el trabajador vive en el mismo lugar de trabajo, es decir, cuando el traslado no le implica un costo o mayor esfuerzo, y (ii) si la empresa suministra gratuitamente y de manera completa el servicio de transporte.

En ese sentido, todo trabajador que devengue hasta dos salarios mínimos legales tiene derecho al auxilio de transporte; luego, si este afirma que no le fue reconocido, es al empleador a quien le corresponde probar que sí lo pagó o que aquel no tenía derecho a su reconocimiento. Ello, por cuanto se trata de una negación indefinida que conforme al artículo 167 del Código General del Proceso no requiere demostración y, por tanto, es al empleador a quien se traslada la carga de desvirtuar su supuesto incumplimiento.
(subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior y arribando a las pruebas existentes en el expediente que hoy ocupa la atención, correspondía al demandado probar que sí había pagado los auxilios reclamados, no obstante, no lo hizo.

Se puede decir incluso que, a más de no probar su pago, reconoció la existencia y firma del documento denominado “Acuerdo de condiciones laborales” incorporado a folio 34 del PDF denominado “03 Anexo”, el cual, pese a que fue suscrito el 10 de diciembre de 2016 tiene fuerza probatoria suficiente, no solo por el título que el mismo tiene, esto es “Acuerdo de condiciones laborales”, sino por la aceptación que del mismo hicieron los demandados José Manuel Monsalve y Omaira Rubio (esta última en calidad de testigo). De forma tal que, no es plausible que solo hasta el momento en que se liquida el contrato, se le haga saber al Demandante que durante toda la vigencia de la relación laboral, el auxilio de transporte estuvo incluido en el monto visto en el contrato bajo el título “salario ordinario”, razón por la cual, se revocará el ordinal tercero de la sentencia recurrida y por ende, la absolución impuesta por este ítem para en su lugar condenar a la demandada al pago de **Novcientos noventa y site**

mil seiscientos ochenta pesos (\$997.680,00), que resultan de tomar el valor de Ochenta y tres mil ciento cuarenta pesos (\$83.140,00) estipulado en el Decreto 2210 de 2016 “por el cual se establece el auxilio de transporte” y multiplicarlo por doce meses que fue el tiempo que perduró la relación laboral válidamente probada en la presente litis.

ii) De los dominicales y su correspondiente pago

Reprocha el accionante la ausencia de pronunciamiento puntual por parte del Juez Laboral, en lo que concierne al pago de los dominicales laborados durante el año 2017.

Desde ya, es palmario resaltar el yerro en que incurrió el juzgador de primera instancia, dado que concretó su pronunciamiento frente a tal hecho, argumentando que no había ninguna pretensión de condena que conllevara a materializarse por estos conceptos, dejando de lado que, además de estar contenida tal suplica en las pretensiones declarativas sexta y octava, también lo están en las de condena, pues en todas ellas pide el pago de los “excedentes” de cada prestación reclamada y de forma más clara, en la última pretensión, con la que solicita condena por el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos que resulten probados, que es lo que en efecto ocurre con el denominado pago de jornadas dominicales.

En este sentido, se ha de comenzar por el estudio de las pruebas o ausencias de éstas, que frente a este tópico se tengan, por lo que, se encuentra en el expediente la confesión del demandado, referente a la jornada laboral y horario del señor González Ocampo, puntualmente, dicho extremo pasivo indicó:

(min 27:14) “Lo que pasa es que hicimos un arreglo de que se trabajaba solamente de martes a domingo, los lunes se los daba libre por trabajar el domingo y estaba trabajando durante toda la época 7 horas diarias y los lunes nunca trabajó, le daba todos los lunes libres compensatorio”.

Claramente a las voces del artículo 191 del Código General del Proceso, la confesión, es un medio de prueba el cual consiste en la manifestación que hace una parte sobre hechos que pueden producirle consecuencias jurídicas adversas o que favorezcan a la parte contraria, suceso que es evidente con lo manifestado por el señor José Manuel Monsalve, que se sintetiza en que en efecto el demandante de manera habitual laboraba los días domingo.

Bajo este escenario, debe analizarse la pretensión del demandante, así como la confesión ya referida, en contraste con las disposiciones contenidas en el párrafo segundo del artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual puntualmente indica:

“Se entiende que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos domingos durante el mes calendario. Se entiende que el trabajo dominical es habitual cuando el trabajador labore tres o más domingos durante el mes calendario”.

De la norma transcrita y la confesión ya citada, está acreditado que el demandante durante el año #2017” por él laborado, tuvo siempre su día de descanso remunerado los días lunes y que se manera habitual laboró los días domingo. Por tal razón también debe dirigirse el estudio de la súplica en estudio, bajo la observancia del artículo 181 del Código Sustantivo de Trabajo que establece que el trabajador que labore habitualmente en día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, *sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo.*

De acuerdo con las normas sustantivas citadas, es evidente que durante todo el tiempo de la relación laboral el trabajador tenía acreditado su derecho al pago de los días “domingos” en cuantía igual al 1.75% de su asignación salarial y desde luego, a su día de descanso compensatorio que en este caso lo tomaba los días “lunes”. Así, teniendo en cuenta que el demandante tenía un salario mensual equivalente a \$1´100.000 o \$36.667 diarios y que laboraba 7 horas al día, tenemos que su salario de los días domingo incluido el recargo dominical, ascendía a \$74.167.25, de los

cuales se le adeuda el recargo correspondiente al 75% de una jornada habitual, esto es \$27.500,25 por cada día domingo del año 2017; por lo que, teniendo en cuenta que en el año 2017 hubo un total de 53 domingos, el demandado adeuda un total por diferencias dominicales, equivalente a Un millón cuatrocientos cincuenta y siete mil quinientos trece pesos con veinticinco centavos (\$1´457.513,25).

En ese orden de ideas, consonante con el título anterior, se revocará el ordinal tercero de la sentencia recurrida para condenar también a la pasiva al pago total de **Un millón cuatrocientos cincuenta y siete mil quinientos trece pesos con veinticinco centavos (\$1´457.513,25)** por diferencias entre lo pagado y lo que debía pagarse por los días “domingos” laborados por el señor Elmer González Ocampo.

iii) De la solidaridad en el pago de las condenas por parte de la demandada Omaira Rubio Beltrán.

En el recurso de apelación que presenta la parte demandante, expone que considera que sí debe ser condenada la señora Omaira Rubio Beltrán, teniendo como único sustento para ello, el documento firmado por ella en calidad de “empleadora”, documento aportado a esta causa y que tiene como título el término “Acuerdo de condiciones laborales” celebrado el 10 de diciembre de 2016.

Frente a este tópico, es claro que dicho documento efectivamente establece unas condiciones para celebrar un nexo contractual, las cuales posteriormente fueron plasmadas en un “contrato de trabajo” definitivo y que es la columna principal de este proceso. No obstante, en el contrato de trabajo que finalmente se suscribió, tan solo se indica que el empleador será el señor José Manuel Monsalve Henao y la señora Rubio Beltrán, por alguna razón que no fue ventilada de manera explícita en esta vista judicial, tan solo suscribió el contrato en condición de “testigo”, categoría que no la hace responsable de las condenas que se impartan.

Sin embargo, pese a que de manera concluyente, la señora Rubio Beltrán no ostenta la calidad de empleadora y responsable del pago de

salarios y acreencias reclamadas por el señor Elmer González Ocampo, en criterio de esta Sala de decisión, es comprensible que fuera citada a esta causa ordinaria pues había intervenido de manera protagónica en las pruebas y hechos que aquí se debatieron, por lo que no resulta descabellado que el demandante considerara que su participación merecía atención y análisis en la causa judicial.

Por el anterior razonamiento, si bien no hay pruebas que conduzcan a determinar que es merecedora o responsable del pago de las condenas aquí impuestas, tampoco es plausible que se condene al demandante al pago de costas a favor del extremo pasivo, por cuanto, a juicio de esta Sala, sí era necesaria la intervención de la señora Omaira Rubio para arribar a un estudio integral de las pruebas y por ende obtener la búsqueda de la verdad real y procesal en esta causa judicial.

Por tal razón se revocará la condena en costas impuesta a favor de la señora Omaira Rubio y a cargo del señor Elmer González Ocampo visible en el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia.

Finalmente, pese a que en la presente instancia encontraron prosperidad las pretensiones tendientes al pago de dominicales y auxilio de transporte, no puede gestarse el estudio de otras erogaciones, prestaciones sociales, indemnizaciones, reliquidaciones o cualquier otro concepto, dado que no fueron incluidos en el recurso de apelación que presentó el extremo activo.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 31 de agosto de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar condenar al demandado JOSÉ MANUEL MONSALVE HENAO al pago de:

- Novecientos noventa y siete mil seiscientos ochenta pesos (\$997.680,00), por concepto de auxilios de transporte generados y no cancelados durante el 1º de enero al 31 de diciembre de 2017.
- Un millón cuatrocientos cincuenta y siete mil quinientos trece pesos con veinticinco centavos (\$1.457.513,25) por diferencias entre lo pagado y lo que debía pagarse por cada día domingo laborado por el señor Elmer González Ocampo.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia proferida el 31 de agosto de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar revocar la condena en costas impuesta a favor de la señora Omaira Rubio y a órdenes del señor Elmer González Ocampo.

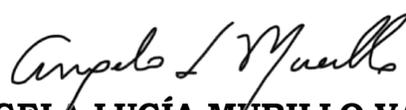
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 17 2021 000226 01.
DEMANDANTE: OLIVER ABREO ACOSTA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de agosto de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento del señor Luis Hernán Moreno Rodríguez, (q.e.p.d.), en los términos de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003; con los incrementos anuales legales, mesadas adicionales; reajuste; indexación; intereses moratorios, lo extra y ultra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que Luis Hernán Moreno Rodríguez (q.e.p.d.), falleció el 21 de agosto de 2004, encontrándose afiliado a Colpensiones al momento de su deceso. Aduce que inició una relación sentimental de convivencia en unión libre desde el 14 de noviembre de 1981 siendo su lugar de domicilio el municipio de Guaduas (Cundinamarca), lugar donde compartieron lecho, techo y mesa de manera ininterrumpida. De tal convivencia, indica que era el señor Moreno

Rodríguez quien sostenía el hogar que conformó con el hoy demandante, cubriendo sus gastos de vivienda, alimento, salud y recreación. Con relación al deceso de su compañero, expuso que el señor Moreno Rodríguez fue víctima del frente Celestino Mantilla de las Autodefensas campesinas del Magdalena medio, razón por la cual el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social reconoció al señor Oliver Abreo como compañero permanente del fallecido señor Moreno Rodríguez, concediéndole incluso, una indemnización solidaria suscitada por el hecho de valencia que cobró la vida de su compañero permanente. El municipio de Guaduas certificó que el causante había laborado para tal entidad desde el 2 de mayo de 2004 al 21 de agosto de 2004. El 7 de enero de 2020, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente, pero al momento de la presentación de la demanda, Colpensiones no había emitido pronunciamiento alguno (fls.11 a 16, archivo PDF denominado “2021-026 con sentencia”).

Al contestar, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la data correspondiente al deceso del causante. Manifestó que los demás hechos no le constan. Propuso las excepciones de mérito de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de la seguridad social del orden público. En su defensa señaló que el señor Moreno Rodríguez falleció sin acreditar los requisitos para el reconocimiento de una pensión de vejez dado que no contaba con 1300 semanas cotizadas al momento de su deceso; que su deceso se dio cuando tenía 49 años de edad por lo que no se acredita el cumplimiento de los presupuestos del artículo 46 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la ley 797 de 2003, como tampoco se acredita por parte del demandante lo previsto en el artículo 47 de la misma norma, esto es acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte, para así determinar la existencia del derecho reclamado (fls.37 a 44, archivo PDF denominado “2021-026 con sentencia”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de agosto de 2022 (Carpeta videos audiencia 02-08-2022 Sentencia), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación y cobro de lo no debido, y DECLARAR PROBADA DE MANERA PARCIAL la excepción de prescripción, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al mes de enero de 2017.

SEGUNDO: DECLARAR que el demandante OLIVER ABREO ACOSTA identificado con la C.C. 79.002.638, en su calidad de compañero permanente del causante Luis Hernán Moreno Rodríguez, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 22 de agosto de 2004.

TERCERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a pagar al demandante señor ABREO ACOSTA, la pensión de sobrevivientes en cuantía del salario mínimo legal mensual a partir del 7 de enero de 2017, junto con los reajustes legales y la mesada adicional de diciembre que se cause.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al demandante la suma de \$60'734.252, por mesadas causadas y no prescritas del 7 de enero de 2017 y el 31 de julio de 2022, y a partir de agosto de 2022 deberá pagar una mesada equivalente al salario mínimo legal mensual vigente de cada año, y en adelante con los reajustes anuales y la mesada adicional de diciembre que se cause, lo anterior, según las razones expuestas.

QUINTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que el retroactivo de mesadas pensionales reconocidas al demandante, descuento, en el porcentaje que corresponda, los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, según lo expuesto en precedencia.

SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al demandante los intereses de mora a la tasa máxima de interés moratorio vigente para el momento en que se efectúe el pago de las mesadas pensionales, los cuales deberán liquidarse a partir del 7 de marzo de 2020, y en adelante, los intereses que se liquiden a la tasa máxima mes por mes sobre cada mesada pensional.

SÉPTIMO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, según las razones expuestas en precedencia.

OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS a la entidad demandada COLPENSIONES, en proporción del 90% demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho por la suma de \$4'000.000 M/Cte.

NOVENO: SE DISPONE LA CONSULTA a favor de COLPENSIONES.

Adicionalmente, previo a conceder el uso de la palabra a las partes para notificarles la sentencia proferida, de manera oficiosa el Juzgador aclaró la sentencia en el sentido de precisar que los intereses se imponen sobre cada una de las mesadas causadas a partir del mes de marzo de 2017, que corresponden a las mesadas no prescritas (min. 46:57 del Video No. 1, a 01:39 del Video No. 2

Como sustento de su decisión, señaló que a la luz de la jurisprudencia, para los casos de fallecimiento de un afiliado no se exigen los 5 años de convivencia, pero sí, que existiera una comunidad debida vigente al momento del fallecimiento del causante y, que estuviese cotizado las 50 semanas durante los 3 años anteriores a la norma, lo que quedó demostrado en el presente asunto.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, pretende que se revoque la sentencia, en lo que corresponde a la condena por intereses moratorios destacando que la obligación de pago de estos solo se causan a partir del tercer mes bajo la interpretación que realiza de las sentencias C-588 de 2003, C-1024 de 2004.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si Oliver Abreo Acosta en calidad de compañero permanente supérstite de Luis Hernán Moreno Rodríguez, (q.e.p.d.), tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su compañero permanente.

Para resolver el problema jurídico debe precisarse que se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que **ij** el señor Luis Hernán Moreno Rodríguez, (q.e.p.d.) falleció el 21 de agosto de 2004, según se lee

en el registro civil de defunción¹; **ii)** se encontraba afiliado a la Administradora de Pensiones Colpensiones y, dejó cotizadas más de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su deceso².

Igualmente se pudo verificar que el demandante, nació el 22 de abril de 1968³, por lo que para la data del deceso del señor Luis Moreno (q.e.p.d.), contaba con 36 años de edad; así mismo, en calidad de compañero permanente supérstite de éste, elevó ante la demandada solicitud de pensión de sobrevivientes, frente a la cual la entidad demandada guardó silencio hasta el momento de la presentación de la demanda⁴.

i) Pensión de sobrevivientes

Conviene precisar que la norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado o pensionado. Así lo adoctrinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterados pronunciamientos, entre otras, en SL10146-2017 reiterada en SL450-2018, en la que puntualizó que:

Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general inmediato, no producen consecuencias retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores (...).

En el presente caso, quedó visto que Luis Hernán Moreno Rodríguez, (q.e.p.d.) falleció el 21 de agosto de 2004, por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con lo previsto los artículos 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que señala en el literal a), que será beneficiario de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero

¹ Expediente Administrativo allegado por Colpensiones //Carpeta: CC-79000048//GEN-RCD-AP-2020_170345-202000107034934.

² Fls.1 a 3 Archivo: HL CC 79000048

³ Exp. Administrativo allegado Colpensiones 20-04-2022\CC-79000048 // GRP-DDI-AF-2020_1703451020010734934

⁴ 011ExpedienteAdmonColpensionesCC79000048 //GRP-FSP-AF-2020_170345-20200107034934

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

Sobre el punto de tiempo mínimo de convivencia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1730 del 2020 reevaluó la posición jurisprudencial que indicaba que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, era de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado; para puntualizar que en tratándose de la pensión de sobrevivientes por la muerte de un afiliado al sistema, no pensionado, acorde con la Ley 797 del 2003, para ser considerado beneficiario en condición de cónyuge o compañero permanente supérstite, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, como en el caso del causante pensionado, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida de cónyuge o compañero y, la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia vigente para el momento del fallecimiento, se da cumplimiento al supuesto previsto en la norma; ello en razón a que, los 5 años de convivencia exigidos por la norma para el caso del fallecido pensionado, busca evitar que se defraude al sistema con uniones conyugales con quien está a punto de fallecer, caso no se asimila al de un afiliado que aún no cumplía los requisitos para acceder a la pensión de vejez (CSJ SL1730-2020, SL3843-2020, SL1905-2021 y SL820-2022).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo *mínimo* de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto *en el literal de la norma analizado*, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de

acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional, precisó:

[...]

En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, *in dubio pro operario*, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado

que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto.

Al amparo de las anteriores reflexiones, pasa la Colegiatura a analizar si el demandante en calidad de compañero permanente supérstite acredita los requisitos para recibir la prestación de sobrevivencia.

Para el efecto, el demandante allegó: declaración extrajuicio del 11 de septiembre de 2019, rendida por él ante la Notaría Única del Círculo de Guaduas, así como declaraciones extraprocesales rendidas en esa misma fecha por Elcy Judith Alfonso Pava y Flor María Beltrán Sacristán, ante la Notaría Única del Círculo de Guaduas, que dan fe de la unión marital y dependencia económica de la pareja⁵.

Adicional a los documentos incorporados al proceso, se recibieron los testimonios de Elcy Judith Alfonso Pava (audio 2 min 0:10 a audio 2. min 19:16) y Flor María Bernal Sacristán (audio 3. min 0:20 a audio 3. min 16:50 de la audiencia celebrada el 27 de enero de 2022), quienes ratificaron sus declaraciones extraprocesales. Además, la señora Alfonso Pava adujo que conocía al demandante de toda la vida por cuanto en un municipio pequeño se conocen todas las familias; destacó que empezó a tener un trato más cercano con el demandante a partir de 1993 cuando él comenzó a trabajar como docente en la misma institución educativa ubicada en el municipio contiguo de “Guaduoero”; que sabe que Oliver inicialmente vivía con sus padres y ayudaba en un negocio de leche a una de sus tías; que posteriormente inició Oliver y Luis Moreno (q.e.p.d) comenzaron una relación marital y que ella fue siempre muy cercana a esta pareja formada entre 1983 y 1985; destaca que al igual que a Oliver, a

⁵ Documento PDF denominado 2021-026 CON SENTENCIA.

Luis Moreno también lo conoció de toda la vida, máxime cuando la familia de él “Los Moreno”, eran una familia prestante y querida en el municipio; que sabía que Luis trabajaba en la Alcaldía y que llevaba a cabo negocios de ganadería en compañía de su padre, actividades que desarrolló hasta el día de su deceso; que le consta que la pareja conformada por Oliver y Luis, vivieron en un apartamento pequeño de dos habitaciones cerca a la plaza de Ferias del municipio; que dada la cercanía con Oliver Abreu, ella visitaba con regularidad su apartamento, por lo que le consta que era Luis quien asumía la mayor parte de gastos de ese hogar pues el salario de Oliver no era muy alto y solo podía alcanzarle para pagar sus estudios universitarios y ayudarle en algunas oportunidades a su mamá y hermanos; que en los más de 20 años que los vio juntos, nunca supo que se hubieran separado; informó que asistió al sepelio de Luis Moreno, asistieron Oliver y las familias tanto de él como de Luis, además de muchas amistades del pueblo; cuando se le indagó por el conocimiento que pudiera tener respecto a la relación de Oliver y Luis con sus respectivas familias, expuso que supo que éstas al inicio de esas relaciones mostraron oposición pero que con el tiempo lo aceptaron; que veía y le consta que la pareja conformada por el demandante y el señor Moreno siempre se procuró cuidado y apoyo mutuo; que al fallecer Luis, la familia de éste le dio a Oliver el apartamento y local que el causante había comprado en el tiempo que había convivido con Oliver.

Flor María Bernal Sacristán, amiga del demandante y del causante, manifestó conocer a Oliver Abreu Acosta desde 1980, época en la que fueron compañeros de trabajo; que primero trabajaron para la dirección de núcleo del departamento y posteriormente él entró como docente a una institución educativa, por lo que simultáneamente optó por dar inicio a sus estudios en licenciatura; que Oliver para ese entonces vivía en el barrio Plaza de ferias y en una salida al parque, el demandante le presentó a Luis Moreno como su pareja sentimental; no obstante aclara que ya ella conocía a Luis porque él era una persona conocida en el municipio; que los veía con frecuencia y con regularidad la invitaban a la finca de la familia Moreno; que le consta que eran una pareja y que estaban en una relación seria que perduró hasta el día que el señor Moreno perdió la vida; que ella incluso recuerda que la muerte de Luis fue muy sonada en el municipio y

que incluso ella escuchó los disparos porque la casa de ella, de Oliver y Luis están muy cerca una de la otra; retomando con aspectos de la relación y vida en comunidad de los señores Oliver y Luis, informó que era usual encontrarse con Luis mercando en la plaza pero desconocía si él asumía la totalidad de los gastos; que lo que sí sabe y le consta es que el apartamento era de Luis debido a que en una conversación relacionada a qué tenía cada uno, él así lo informó; que la pareja nunca se separó o distanció, que siempre vivieron juntos en el mismo apartamento y que sabía que las familias sabían del compromiso existente entre ellos dos pues de hecho, era un asunto conocido por todo el mundo en el municipio.

Del análisis de la prueba documental y testimonial, bajo el criterio de la sana crítica, se puede establecer que Oliver Abreo Acosta, acreditó haber convivir con el causante desde la década del 80, de manera permanente y hasta su deceso; que planearon un proyecto de vida juntos con vocación de permanencia, el cual se estaba materializando entre otras con la cohabitación ininterrumpida bajo el mismo techo en el municipio de Guaduas, en el apartamento que tenían; además que se brindaban apoyo y socorro mutuo, pues según la totalidad de los testimonios, el señor Moreno (q.e.p.d) sufragaba y estaba pendiente del señor Oliver, en un principio porque este último se encontraba estudiando y después por su rol de pareja.

Bajo este panorama, estima la Sala que el demandante demostró que estructuró con el causante un núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, por tanto, es dable reconocer la prestación deprecada en consonancia con lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias CSJ SL 5270-2021, CSJ SL 2820-2021, CSJ SL 2222-2021, CSJ SL 1905-2021, CSJ SL 489-2021, CSJ SL 4606-2020, CSJ SL 3785-2020.

No resulta necesario realizar un mayor análisis frente a la circunstancia relacionada al sexo del causante y del demandante, por cuanto no hubo ninguna controversia en tal sentido entre la parte actora y demandada, a más de no haber razón para que exista la misma dado que desde la Ley 100 de 1993 modificada por la 797 de 2003 y el amplio

análisis jurisprudencial que la Corte Suprema de Justicia, ya lo han decantado, concluyendo en que el estudio debe corresponder únicamente al cumplimiento de requisitos del artículo 47 de la mencionada Ley 100.

En consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia en cuanto condenó al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de Oliver Abreo Acosta, a partir del 22 de agosto de 2004, data en que falleció Luis Hernán Moreno Rodríguez, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, cifra que se extrae de la revisión de las semanas cotizadas, IBL e instrucción contenida para definir el monto de la mesada pensional contenido en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993.

Prescripción

En el presente asunto, tal como fue reseñado en primera instancia, ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción de las mesadas no reclamadas oportunamente como quiera que el derecho se causó el 22 de agosto de 2004, pero la prestación fue reclamada hasta el mes de enero del 2020, por lo que frente a todas las mesadas causadas antes de enero de 2017 la acción de cobro se encuentra prescrita, esto en aplicación puntual del artículo 151 del CPT y SS.

Intereses moratorios

Sobre el particular asunto que es estudiado no solo en virtud del recurso presentado por la parte demandada sino con ocasión al grado jurisdiccional de Consulta, debe apreciarse que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispone que 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 efectúe el pago.

Así mismo, tratándose del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el inciso final del parágrafo 1º de la ley 717 de 2001, señala

que los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a dos (2) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

Paralelamente, la jurisprudencia del máximo Órgano de cierre esta jurisdicción, ha puntualizado que los únicos casos en los cuales no proceden los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es cuando está en discusión una “*controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014)*” o cuando la pensión se niega con fundamento “*en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación y, posteriormente, se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial*” (CSJ SL508-2020).

Bajo el uso de las reglas jurisprudenciales descritas, se tiene que en el presente asunto se configuraría la segunda de las hipótesis planteadas por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, de no ser porque COLPENSIONES nunca se pronunció frente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada, no lo hizo en los dos meses siguientes a enero de 2020 cuando el demandante presentó su reclamación y tampoco lo hizo en el tiempo previo a la notificación de la presente acción ordinaria ni mucho menos en tiempos posteriores, por ende, al no estar frente a una negativa en el reconocimiento del derecho por parte de la administradora, generada por la falta de acreditación de tiempos mínimos de convivencia acaecida en el presupuesto de la jurisprudencia anteriormente citada, de manera excepcional procede la reclamación de los intereses moratorios vistos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, contabilizando estos a partir del 7 de marzo de 2020 y desde luego, causados a partir de las mesadas no prescritas.

No se causan costas en el grado jurisdiccional de consulta.

VI. DECISIÓN

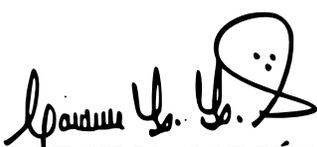
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de agosto de 2022.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ACLARO VOTO


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

Con salvamento parcial de voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 030 2019 00615 01.
DEMANDANTE: FLOR MARIA CASTILLO ORDUÑA
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y MERCEDES VEGA DE FRANCO

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de agosto de 2022; igualmente, el grado jurisdiccional de consulta a su favor y en favor de la demandante.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare como única beneficiaria de la sustitución pensional causada con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente Marcos Eduardo Franco Sarmiento (q.e.p.d.); y que la señora Mercedes Vega de Franco, no es beneficiaria. En consecuencia, se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a reconocer y pagar la sustitución pensional a su favor, a partir del 14 de junio de 2016; los intereses moratorios o, en subsidio la indexación de las mesadas pensionales adeudadas. Asimismo, se condene a la Sra. Mercedes Vega de Franco, a retornar a Colpensiones, las sumas recibidas con ocasión de la sustitución pensional que le fuera reconocida. finalmente, se condene en costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el señor Marcos Eduardo Franco Sarmiento (q.e.p.d.), falleció el 14 de junio de 2016. Que

convivió con el causante de manera permanente, continua e ininterrumpida, por espacio de 6 años, desde el 9 de abril de 2010 hasta la fecha de fallecimiento; tiempo durante el cual compartieron techo, lecho y mesa, conformando una familia; además, se encontraba afiliada en la E.P.S. SANITAS, como beneficiaria de su compañero permanente, a quien siempre acompañó al médico; incluso el día 9 de mayo de 2016, asistieron por urgencias al Hospital de Madrid, Cundinamarca, donde fue remitido al Hospital Universitario Nacional de Colombia, por fallas cardíacas, complicaciones al respirar, con tos crónica y simple deglute la expectoración; el 14 de junio de 2016, asisten de nuevo a urgencias del mismo hospital, pero en esta ocasión se encontraba sin signos vitales. El último domicilio del causante fue en el municipio de Madrid Cundinamarca, en la calle 9 No. 8-04 Torre 6 Apto 204.

Mediante resolución No. 022493 del 26 de septiembre de 2001, el ISS le reconoció pensión de vejez al señor Franco Sarmiento, en cuantía de \$1'472.243, a partir del 7 de marzo de 2001. El 19 de julio de 2016, la demandante solicitó a Colpensiones la pensión de sobrevivientes a causa del fallecimiento de su compañero permanente, pero le fue negada por Resolución GNR 315559 del 31 de agosto de 2016, en la que le reconoció la sustitución pensional a la señora Mercedes Vega de Franco; decisión contra la cual presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, resueltos por Resolución GNR 315559 del 26 de octubre de 2016, confirmando la decisión inicial. Aduce que, en la investigación realizada por Colpensiones, no tuvieron en cuenta el tiempo de convivencia real y, que nunca existió una convivencia posterior o simultánea del de cujus con la señora Vega de Franco¹.

Al contestar, **Colpensiones** se opuso a la condena en costas y manifestó inhibirse al resultado de las demás pretensiones. Aceptó la data de deceso de Franco Sarmiento, la pensión de vejez reconocida en vida al causante, la petición de la pensión de sobrevivientes por la demandante, la resolución que la negó y reconoció en favor de Mercedes Vega de Franco, los recursos interpuestos, y la resolución que confirmó la decisión inicial. Manifestó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Propuso

¹ fls.2 a 8, 01ExpedienteDigitalizado

las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, buena fe y, las demás declarables oficiosamente. En su defensa señaló que el Juez es llamado a dirimir el conflicto de beneficiarias².

Por su parte, la señora **Mercedes Vega de Franco**, se opuso a las pretensiones de la demanda. Aceptó la data de fallecimiento del causante, la resolución que le reconoció en vida la pensión de vejez, la solicitud de la pensión de sobrevivientes por parte de la demandante, la resolución que le otorgó la sustitución de la prestación, los recursos interpuestos y, el acto administrativo que confirmó la decisión de reconocimiento. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó: Ausencia de requisitos para acceder a la sustitución pensional, temeridad o mala fe de la demandante y, conducta oportunista. Argumentó que el requisito común e inexcusable del derecho a la pensión de sobrevivientes, cuando se trata de la compañera permanente, es la convivencia durante un tiempo mínimo de 5 años anteriores al fallecimiento del causante, presupuesto que no acredita la demandante, como quiera que a la fecha del acaecimiento sólo tenía 3 años y medio, los que además no fueron de forma continua, habida cuenta la interrupción del periodo de 4 meses en el que el señor se fue a vivir con su hermana³.

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

La señora Mercedes Vega de Franco, presentó *demanda de reconvencción* contra Colpensiones y contra la demandante, señora Flor María Castillo Orduña, a través de la cual pretende que se niegue la sustitución pensional del causante Marcos Eduardo Franco Sarmiento (q.e.p.d.) a la demandante; que se declare a Mercedes Vega de Franco como única beneficiaria legítima de la sustitución pensional; se deje sin efectos los actos administrativos SUB 150219, SUB 155270, SUB 304457 y SUB 304703, todos del 2019, que desconocieron su calidad de cónyuge supérstite; se ordene a Colpensiones a liquidar y pagar a su favor la

² 02ContestacionDemandaColpensiones

³ fls.101 a 111 y 133 a 136, 01ExpedienteDigitalizado

sustitución pensional, el valor correspondiente a las mesadas pensionales a partir del 1 de junio de 2019, con las mesadas adicionales, reajustes, intereses moratorios; costas y agencias en derecho y, lo ultra y extra *petita*.

Como fundamento de sus pretensiones expuso, en síntesis, que contrajo matrimonio católico con el causante el día 27 de julio de 1963, unión de la cual fueron procreados 4 hijos, de nombre Luz Adriana, Juan Pablo, Marfa Alejandra, y Sayda Paola Franco Vega. El señor Marcos Eduardo Franco Sarmiento (q.e.p.d.) se encontraba pensionado por vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales, falleció el 14 de junio de 2016; por lo que la señora Vega de Franco, el 1 de julio de 2016, solicitó la sustitución pensional en calidad de cónyuge beneficiaria, la que le fue reconocida mediante Resolución GNR 258140 del 31 de agosto de 2016 y, le niega el derecho a la señora Castillo Orduña, por no cumplir con el requisito mínimo de 5 años de convivencia inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante; decisión contra la cual, ésta última interpuso recurso de reposición. En consecuencia, Colpensiones dió apertura a investigación administrativa, que culminó mediante Auto 519-19 del 5 de abril de 2019.

En junio de 2019 Colpensiones, de manera unilateral y sin mediar previo consentimiento, le suspendió el pago de la mesada pensional; mediante Resolución SUB 155270 del 17 de junio de 2019 Radicado No. 2019_7952458_92, se le ordenó reintegrar la suma de \$128'517.006 por concepto de retroactivo, mesadas pensionales y aportes en salud, correspondiente a los periodos del 1 de julio de 2016 al 30 de mayo de 2019, a favor de Colpensiones; decisión contra la cual interpuso recurso de reposición, en subsidio apelación, los que fueron desatados de manera negativa.

Aduce que la señora Flor María Castillo Orduña, solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional, allegando documentos que consignan como fecha de inicio de la convivencia el 16 de noviembre de 2012, tiempos que no arrojan una convivencia superior a los 3 años y medio, lo que coincide con lo manifestado por la demandada y el causante,

en las declaraciones rendidas al interior del proceso de fijación de cuota alimentaria, conocido por el Juzgado Séptimo de Familia de Descongestión; además; afirma que la supuesta convivencia de la señora Castillo Orduña con el causante, fue interrumpida por un espacio de 4 meses, toda vez que el de cujus, en el mes de enero de 2014 se fue a vivir a casa de su hermana, hasta el 20 de abril de 2014⁴.

Al dar respuesta a la demanda de reconvencción, **Colpensiones** rechazó las pretensiones referentes a las costas, agencias en derecho y de más condenas en uso de las facultades ultra y extra *petita* y, refirió inhibirse al resultado de las demás peticiones formuladas. En cuanto a los hechos admitió el reconocimiento de la pensión de vejez al señor Franco Sarmiento, su fecha de fallecimiento, la solicitud de la sustitución pensional, la Resolución de reconocimiento a la señora Vega de Franco y negativa a la señora Castillo Orduña, los recursos presentados por esta última, la investigación administrativa adelantada, la decisión de suspender el pago de la mesada, los actos administrativos que ordenaron la revocatoria de la prestación y el reintegro de los dineros y, los recursos interpuestos contra estas decisiones, desatados de forma negativa. indicó no constarle los demás. propuso las excepciones de fondo de compensación, inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre las mesadas pensionales y otros, buena fe y, las declarables de manera oficiosa. En su defensa señaló que la presente prestación debe ser dirimida por la jurisdicción⁵.

Finalmente, **la señora Flor María Castillo Orduña**, dio contestación, rechazando la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos admitió el reconocimiento de la pensión de vejez del causante, el vínculo matrimonial con la señora Vega de Franco, la data de deceso del de cujus, el acto administrativo que resolvió sobre la sustitución pensional, los recursos interpuestos, la investigación administrativa adelantada por Colpensiones, las decisiones de revocar el reconocimiento de la prestación y reintegrar los dineros cancelados, los recursos

⁴ fls.139 a 161, 01ExpedienteDigitalizado

⁵ 09ContestacionDemandaReconvenccionColpensiones

interpuestos y su decisión negativa. Propuso como excepciones de mérito la que denominó: cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley por parte de la Sra. Flor María Castillo Orduña para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes. Para enervar las pretensiones de reconversión, la señora Vega De Franco no convivió con el fallecido durante los 5 años continuos con anterioridad a la muerte del causante, conforme la ley 797 de 2003; además que con posterioridad a la separación entre los cónyuges, no existió lapsos de ayuda mutua ni de socorro entre estos⁶.

I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de agosto de 2022, resolvió⁷:

PRIMERO: DECLARAR que la señora Mercedes Vega de Franco, identificada con C.C. No. 41.326.219 en su condición de cónyuge supérstite, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes dejada por el causante señor Marcos Eduardo Franco Sarmiento, prestación que deberá ser reconocida a partir del 1o de junio del año 2019, en un porcentaje equivalente al 100% del valor de la mesada pensional, que ascendía para el año 2019 a la suma de \$3'402.874 y por 14 mesadas anuales, esto por reunir los requisitos establecidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y, conforme a lo expuesto en las consideraciones elaboradas por el despacho.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, representada legalmente por el doctor Juan Miguel Villanora, o por quien haga sus veces, a pagar a la demandante señora Mercedes Vega de Franco, la pensión de sobrevivientes en su calidad de cónyuge supérstite del causante señor Marcos Eduardo Franco Sarmiento, a partir del día 1o de junio del año 2019, en un porcentaje equivalente al 100% del valor de la mesada pensional, reconocida mediante la Resolución número 22493 del año 2001, con los sucesivos aumentos legales año a año y las mesadas adicionales de junio y diciembre.

TERCERO: CONDENAR a la demanda Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer a la señora Mercedes Vega de Franco como retroactivo generado desde el 1o de junio del año 2019 al 31 de julio del año 2022 inclusive, un valor que asciende a la suma de \$160'649.198.

CUARTO: AUTORIZAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a descontar del retroactivo indicado las sumas correspondientes por concepto de aportes a la Seguridad Social en salud de esta pensionada.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra, entendiéndose las elevadas por la señora Flor María Castillo Orduña como demandante principal y la de los intereses moratorios reclamados por la demandante en reconversión.

SEXTO: CONDENAR en costas en esta instancia a la demandante señora Flor María Castillo Orduña. Por secretaría liquidense e inclúyanse como agencias en derecho, la suma de \$50.000 a favor de cada una de las demandadas, esto es

⁶ 12ContestacionDemandaReconversionFlorMariaCastilloOrduña

⁷ 27Audiencia17Agosto2021

Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y demandante Mercedes Vega de Franco y, a cargo de la señora Flor María Castillo Orduña.

SÉPTIMO: Sin condena en costas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

OCTAVO: En caso de no interponerse recurso alguno contra la presente decisión, se considera el grado jurisdiccional de consulta a favor Colpensiones y a favor de la parte demandante señora Flor María Castillo Orduña, por lo que se ordena remitir el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para lo de ley.

Como sustento de su decisión, señaló que se pudo constatar de manera clara que la demandante en reconvención, señora Mercedes Vega de Franco, contrajo matrimonio con Marcos Eduardo Franco Sarmiento (q.e.p.d.), el día 27 de julio del año 1963 y convivieron compartiendo el mismo techo, lecho y mesa, por más de 49 años, hasta el año 2012, es decir por un periodo superior a 5 años, por lo que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión. Por el contrario, frente a la señora Flor María Castillo Orduña, en calidad de compañera permanente, se logró establecer que el causante sí convivió con ella, compartiendo lugar de residencia y que estuvieron juntos hasta la fecha del fallecimiento del causante, pero solo a partir del año 2012, esto es, por un lapso inferior a los 5 años anteriores a la muerte del pensionado.

II. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones pretende se revoque la sentencia, señalando que la ley determina expresamente que la convivencia tiene que ser por más de 5 años anteriores al fallecimiento y, tal como se evidenció en el presente proceso, quedó claro que la convivencia únicamente fue hasta 3 años y medio antes de esa data; por lo tanto, si bien hubo una convivencia superior a los 5 años en cualquier tiempo, no es menos cierto que la ley no determina esa situación, sino que ello lo determina la jurisprudencia. Conforme al principio de legalidad, ninguna de las dos demandantes tendría derecho a que se le reconozca una pensión de sobreviviente.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia

adversa a la demandante inicial Flor María Castillo Orduña y, a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio también en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si Mercedes Vega de Franco en calidad de cónyuge supérstite y/o Flor María Castillo Orduña en condición de compañera permanente supérstite, tienen derecho a sustituir la pensión que en vida disfrutaba Marcos Eduardo Franco Sarmiento (q.e.p.d.).

Para resolver el problema jurídico debe precisarse que se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que mediante Resolución n.º 22493 del 2001, el ISS reconoció al señor Marcos Eduardo Franco Sarmiento (q.e.p.d.) pensión de vejez, a partir del 7 de marzo de esa anualidad \$2'996.132⁸.

Conviene precisar que la norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la que se encuentra vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado o pensionado. Así lo ha adoctrinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, entre otras, en sentencia SL10146-2017, reiterada en SL450-2018, en la que indicó:

Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general inmediato, no producen consecuencias retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores

En el presente caso, Marcos Eduardo Franco Sarmiento (q.e.p.d.) falleció el 14 de junio de 2016, según consta en registro civil de defunción de folio 11, por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con lo previsto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el

⁸ fls.162, 01ExpedienteDigitalizado

artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que señala que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca. A su vez, el literal a) del artículo 47 ibídem, indica que será beneficiario de la pensión de sobrevivientes 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 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 que convivió con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.**

Dispone el inciso 2º del literal b) de la norma en comento que, 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, esta se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Al amparo de las anteriores reflexiones, pasa la Colegiatura a analizar si la demandante en reconvención en calidad de cónyuge supérstite y/o la demandante inicial, en calidad de compañera permanente supérstite, acreditan los requisitos para sustituir la pensión.

En este orden de ideas, si bien la ley concede dicho beneficio tanto a la cónyuge como a la compañera permanente, para determinar quién tiene derecho, es necesario establecer, en primer lugar, la convivencia efectiva con el causante al momento de su fallecimiento, además de la vida marital, ello por lo menos durante cinco años continuos, con anterioridad al deceso.

Para el efecto, la señora Mercedes Vega de Franco allegó: registro civil de matrimonio celebrado con Marcos Eduardo Franco Sarmiento (q.e.p.d.) el 27 de julio de 1963 (fl.163), certificado de matrimonio (fl.164); registros civiles de los hijos de la pareja, de nombre Luz Adriana, Juan Pablo, María Alejandra y Sayda Paola Franco Vega, que dan cuenta de su

nacimiento el 15 de mayo de 1964, 6 de abril de 1968, 11 de abril de 1969 y 28 de junio de 1979, respectivamente (fls.165 a 168); así como, declaración extraprocésal rendida por ella ante la Notaría 16 del Circulo de Bogotá, en la que da cuenta de su convivencia con el de cuius desde la fecha de su matrimonio, (fls.169 a 170)⁹.

Pues bien, la promotora de este juicio, acredita la calidad de cónyuge supérstite, con sociedad conyugal vigente a la fecha de fallecimiento. No obstante, es ella misma quien afirma desde la demanda, que convivió con el de cuius de manera ininterrumpida bajo el mismo techo, solo hasta el 16 de noviembre de 2012, fecha en que cesó la convivencia como cónyuges.

Sobre este punto, ha dejado sentado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que, mientras los compañeros permanentes deben demostrar el cumplimiento del requisito expresamente establecido en la norma, a favor del **cónyuge separado de hecho, con vínculo matrimonial vigente**, se acepta que los cinco años mínimos de convivencia puedan ser en cualquier tiempo, sin que sea necesario probar que durante ese lapso se conservó entre estos un vínculo afectivo, pues los deberes de la pareja subsisten, al margen de si se allanaron a ellos o no (CSJ SL4346-2015, SL6990-2016, SL1399 y SL1880 ambas de 2018, SL359-2021).

A este respecto, tiene adoctrinado la Alta Corporación que, para obtener la pensión de sobrevivientes, quien alega la calidad de cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separación de hecho, el único requisito que debe acreditar es el de la convivencia efectiva durante los aludidos cinco años en cualquier tiempo, lo que tiene como finalidad proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional, materializando el principio fundamental de la solidaridad, que se predica de quien acompañó al causante en una etapa de su vida y con quien hasta el momento de su muerte mantuvo el vínculo matrimonial vigente (CSJ SL1399-2018, reiterada en decisiones CSJ SL3785-2020, CSJ

⁹ 01ExpedienteDigitalizado

SL4477-2020, CSJ SL4499-2020, CSJ SL3693-2021, CSJ SL4920-2021, CSJ SL5069-2021, CSJ SL3246-2022, y CSJ SL3581-2022).

Bajo este entendimiento, ha de tomarse en consideración la real convivencia de la pareja, por cinco años en cualquier tiempo.

A solicitud de esta parte, se recibieron los testimonios de **Blanca Cecilia Franco De Rodríguez** y Luis Ernesto Leal Pinilla. La primera, hermana del causante, manifestó que Mercedes Vega de Franco se casó con su hermano y duraron casi 50 años viviendo, hasta finales del año 2012, cuando él abandonó el hogar, después la llamó y le dijo que se había ido con la señora Flor María, con quien vivió hasta la fecha de su fallecimiento, de manera interrumpida, pues a principios del año 2014 y hasta abril del mismo año, estuvo viviendo con la declarante. Mercedes y Marcos Eduardo no se divorciaron.

Luis Ernesto Leal Pinilla, dijo conocer desde hace aproximadamente 35 – 40 años a la señora Mercedes Vega y al de cujus; que era un matrimonio común y corriente, tenían sus hijos, a veces se invitaban a reuniones; supe que ellos convivieron muchos años y después se separaron porque el señor Franco tuvo una relación extra matrimonial. Sabe que el matrimonio vendió la casa como en el año 2006, 2007 y compraron un apartamento por esa misma cuadra, en un conjunto residencial, después se trasladaron para allá y después supo que el señor se fue del apartamento; cree que duraron como 4 o 5 años viviendo en ese apartamento y tiene entendido que la señora con la que él convivía, le compró un apartamento, en Mosquera o en Funza, a donde se fue a vivir. Después, supo también que el señor murió, como en el año 2016. Tuvo conocimiento que el señor Franco convivió durante cuatro meses con una de sus hermanas, porque la señora de él (*Flor María*), se fue a vivir a Funza o a Mosquera, y varias veces lo sacó del apartamento; eso se lo comentaron.

De otra parte, fue allegada al expediente declaración extraproceso del 2 de octubre de 2018, rendida por Blanca Cecilia Franco de Rodríguez, hermana del de cujus, ante la Notaría 46 del Círculo de Bogotá, en la que

dijo constarle que su hermano contrajo matrimonio con la señora Vega de Franco el 27 de julio de 1963, fecha desde la que convivieron de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa, hasta el 16 de noviembre de 2012, cuando aquel se fue de la casa y; que entre enero y abril de 2014, vivió con la declarante durante 4 meses, por cuanto su compañera lo echó de la casa (fl.277)¹⁰.

Obra certificación expedida por la EPS Sanitas, que data del 23 de septiembre de 2013, en donde figura como beneficiaria del occiso entre el 1º de marzo de 2002 y el 11 de septiembre de 2013, retirada por motivo de separación conyugal (fl.185)¹¹.

Al analizar en conjunto los medios probatorios señalados, emerge con claridad que la demandante en reconvención Mercedes Vega de Franco, logró demostrar que convivió con el causante de manera permanente al menos desde que contrajeron matrimonio, el 27 de julio de 1963, y hasta el 16 de noviembre de 2012, cuando se fue del apartamento que compartía con ésta.

Bajo este panorama, resulta evidente que la accionante en reconvención cumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues demostró que en calidad de cónyuge convivió con el pensionado durante al menos cinco años en cualquier tiempo. En consecuencia, tal como acertadamente concluyó la *a quo* tiene derecho a sustituir la pensión que en vida disfrutó Marcos Eduardo Franco Sarmiento (q.e.p.d.).

Ahora bien, respecto de la señora Flor María Castillo Orduña, quien alegó su calidad de compañera permanente supérstite del causante, a su solicitud, se recibieron los testimonios de María Del Carmen Mesa Calderón, Héctor José Bogotá Ortiz y Celedid María Pineda Montero.

¹⁰ 01ExpedienteDigitalizado

¹¹ Ibídem

María del Carmen Mesa Calderón, dijo conocer a la señora Flor María Castillo Orduña, porque fue inquilina en la casa de su esposo, en el barrio Nariño Sur, localidad San Cristóbal, ella vivió allá del 2010 hasta el 2014, con el señor Marcos y con el nieto Juan David, ellos eran esposos, tenían unión libre. El canon de arrendamiento lo pagaba el señor Marcos, él era quien solventaba los gastos. Ellos se fueron de esa casa porque compraron un apartamento en Madrid Cundinamarca. No sabe que la convivencia se hubiera interrumpido y no le conoció otra pareja a ninguno de los dos.

Héctor José Bogotá Ortiz, indicó haber sido amigo del señor Marcos Eduardo Franco Sarmiento, desde el año 2010, quien le presentó a la señora Flor María, también en el año 2010, como su esposa, eso fue como entre marzo o abril; él le comentó que ellos convivían, en el barrio Nariño Sur; ella se dedicaba a cuidarlo a él; vivían con un niño que era el nieto de doña Flor. Vivían en arriendo. Ahí vivieron hasta el año 2014, y de ahí el testigo los trasladó para Madrid Cundinamarca, para un conjunto que se llama Hacienda los Alcaparros. No sabe que don Marcos Eduardo hubiera sido casado o si tenía hijos o familia. No sabe que la pareja se separara en algún momento, ni que el señor Franco se fuera a vivir a casa de alguna de sus hermanas.

Celedid María Pineda Montero, dijo conocer a la señora Flor María en el año 2001, porque eran vecinas; ella vivía sola, en el año 2007 se fue a vivir en el Barrio Nariño, primero sola, después le presentó a don Marcos, que se fue a vivir con ella en marzo del año 2010; allá vivían en un apartamento. Vivían de la pensión del causante. Como a los 4 años se fueron a vivir a Madrid, a un apartamento que ella sacó; después de eso no volvió a verse con la pareja, pero tenían contacto telefónico. No tuvo conocimiento que el señor Franco tuviera una relación con la señora Mercedes y procrearan hijos.

La señora Castillo Orduña además aportó: (i) copia del carné de afiliación a salud en la EPS Sanitas, donde aparece como afiliada desde el 16 de enero de 2014, al parecer como beneficiaria del causante, así como el formulario de afiliación donde la incluye se incluye en calidad de

compañera (fls.12 y 51); (ii) epicrisis del señor Franco Sarmiento, por hospitalización entre el 9 y el 18 de mayo de 2016, en donde refiere estado civil: unión libre (fls.14 a 17); (iii) certificación del Conjunto Residencial Hacienda Los Alcaparros 1, de Madrid, Cundinamarca, en la que se expone que la señora Flor María Castillo Orduña y el señor Marcos Eduardo Franco Sarmiento (q.e.p.d.), eran residentes de la torre 6, apartamento 204, desde el 13 de agosto de 2014, en donde el causante falleció (fl.18); (iv) declaraciones extraprocesales rendidas ante la Notaría 54 del Círculo de Bogotá, en septiembre de 2016, por Jorge Enrique Méndez Guerrero, Ligia Oliva Samudio Beltrán y Gloria Beltrán García, quienes informan haber conocido a la pareja conformada por Castillo Orduña y Franco Sarmiento y constarles que convivieron juntos desde el 9 de abril de 2010 (fls.18 a 20) y v) fotos de quienes al parecer son la pareja referida (fl.25)¹².

Al proceso también fueron allegadas declaraciones extraprocesales rendidas por la señora Flor María Castillo Orduña y el causante, ante la Notaría 54 del Círculo de Bogotá, en las que declaran convivir en unión marital de hecho, bajo el mismo techo, de manera permanente e ininterrumpida; la primera del 2 de enero de 2013, en la que dicen que la convivencia inició desde 6 meses atrás; (fl.253 a 254) y la segunda, data del 13 de enero de 2014, en la que afirman que la convivencia inició 1 año y medio antes (fl. 255); es decir, para ambos casos, desde **julio de 2012**.

En igual sentido se aportó declaración rendida por la señora Castillo Orduña el 24 de junio de 2016, ante la Notaría Única de Madrid, en la que declara haber convivido con el de cujus desde el **16 de noviembre de 2012**, hasta el día en que falleció (fl.256 a 257). En el mismo sentido, se aportaron las declaraciones de María Esther Posada González, Gloria Mercedes Sosa Peña, Héctor Jairo Castañeda Garzón y María Margarita Bautista de Castañeda, ante la misma Notaría, en la que declaran haber conocido de vista, trato y comunicación por más de 4 años al señor Franco Sarmiento (q.e.p.d.) y saber que convivió en forma permanente e ininterrumpida, en unión marital de hecho con la señora Castillo Orduña, desde el **16 de noviembre de 2012** (fl.259 a 265).

¹² 01ExpedienteDigitalizado

Adicionalmente, se aportó acta de audiencia pública adelantada el 10 de marzo de 2014, ante el Juzgado Séptimo de Familia de Descongestión de Bogotá, en el proceso de fijación de cuota alimentaria, radicado bajo el número 2013- 00489, en donde se recibió declaración del señor Marcos Eduardo Franco Sarmiento (q.e.p.d.), en la que manifiesta haberse ido del hogar conformado con la señora Vega, **el 16 de noviembre de 2012**. En la misma audiencia se recibió la declaración de la señora Castillo Orduña, quien en esa oportunidad indicó haber conocido al causante el **4 de julio de 2012, y convivir con él desde el 16 de noviembre de ese mismo año** (fls.269 a 276)¹³.

De las pruebas allegadas, analizadas en conjunto, bajo el criterio de la sana crítica, no se puede colegir el cumplimiento de los requisitos reseñados en la normatividad que regula la materia, por la señora Flor María Castillo Orduña.

En efecto, aun cuando logró demostrar que convivió con el causante por un tiempo, lo cierto es que no logró demostrar dicho requisito dentro de los 5 años anteriores a su deceso. Es así como, las múltiples declaraciones procesales y extraprocesales, realizadas con anterioridad al deceso, incluso por el mismo de cujus y la señora Castillo Ordeña, informan haber iniciado su convivencia solo hasta el 16 de noviembre de 2012, esto es, 3 años y medio con anterioridad al acaecimiento.

Y aun cuando, existen otras declaraciones post mortem, así como tres testigos traídos por la señora Flor María al interior de este asunto, en los que se indica que la unión inició desde abril de 2010, estas afirmaciones pierden su valor probatorio, en tanto, por un lado, las extra proceso no fueron ratificadas dentro de este proceso por quienes las suscribieron, dado que no comparecieron a rendir su testimonio pese a haber sido decretadas y, de otra parte, ofrece mayor credibilidad la tesis de haberse iniciado la convivencia en noviembre de 2012, al provenir del dicho de las propias partes involucradas; máxime si se tiene en cuenta,

¹³ Ídem

que resultan coincidentes con la totalidad de la valoración del acervo probatorio.

Nótese, que en el caso del testimonio de Héctor José Bogotá Ortiz, llama la atención de la Sala, el hecho de tener clara la dirección en la que convivía la pareja, pero al indagarse sobre su propia residencia de aquel tiempo, no recuerda cual era; aunado a que indicó haber sido gran amigo del causante, pero desconocer si tuvo matrimonio, hijos, o familia anterior. Y en el caso de la declarante Celedid María Pineda Montero, resultó muy insistente en que la pareja comenzó a convivir en marzo del año 2010 y tener clara la fecha por cuanto la testigo cumple años en esa data y fueron juntos a celebrarlo, pero del dicho de la demandante en este proceso, la convivencia inició el 9 de abril de 2010. Careciendo por lo anterior de suficiente fuerza probatoria para demostrar la tesis de esta demandante.

Aunado a lo anterior, de la Epicrisis del 18 de mayo de 2016, en el aparte de respuesta a interconsulta de fecha: 11/05/2016, se anota: *“El paciente está casado con Mercedes desde hace más de 50 años, tiene 4 hijos de entre 37 y 52 años y 11 nietos. Con esa familia no tiene relación, esta “separado de cuerpo” de ella desde hace alrededor de 18 años **y no viven juntos desde hace 4.**”* (fl.15); datos que se tomaron un mes antes del fallecimiento.

De esta manera, no logra la demandante Flor María Castillo Orduña acreditar que la convivencia con el causante haya ocurrido al menos antes de noviembre de 2012; sin que pueda tampoco hablarse de una convivencia simultánea, pues la misma accionante fue enfática en decir que no existió tal y, que se fueron a vivir juntos, cuando dejó de vivir con la señora Mercedes Vega de Franco.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la accionante Flor María Castillo Orduña no cumplió el deber que impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no aportó los medios probatorios que lleven a la certeza de que, en calidad de

compañera permanente, convivió con el pensionado, al menos durante los cinco años inmediatamente anteriores a su deceso.

En consecuencia, tal como concluyó el a quo, no tiene derecho a sustituir la pensión que en vida le fue reconocida a Marcos Eduardo Franco Sarmiento (q.e.p.d.); por lo que se confirmará la decisión de primera instancia, en tanto absolvió respecto de esta demandante y reconoció la sustitución pensional únicamente en favor de Mercedes Vega de Franco, cónyuge supérstite, sin detenerse en la cuantía, como quiera que se trata de una sustitución pensional y tal asunto no fue controvertido por la interesada.

De la prescripción

Estima la Sala que no hay lugar a declarar la prescripción de mesada alguna a la demandante como quiera que el derecho se causó el 14 de junio de 2016, data en que falleció Franco Sarmiento, la accionante reclamó administrativamente el 1º de julio de 2016, la entidad le reconoció la sustitución mediante Resolución GNR 258140 del 31 de agosto de 2016 (fl.173 a 176); empero, fue revocada por acto administrativo SUB 150219 del 12 de junio de 2019, decisión contra la que interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, el 31 de julio de 2019 (fl.224 a 228); y la demanda fue presentada el 3 de septiembre de 2019 (fl. 91), esto es, dentro del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



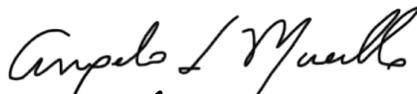
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GABAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 039 2017 00715 01
DEMANDANTE: ALEJANDRO CRUZ RUBIANO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de agosto 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante presentó demanda ordinaria laboral, con el fin que se deje parcialmente sin efectos el dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por Colpensiones, respecto de la fecha de estructuración de su estado de invalidez y, que en realidad se dio a partir del 28 de febrero de 2011. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de invalidez, desde el 28 de febrero de 2011, fecha en que realizó su última cotización como dependiente; los intereses moratorios; la indexación; las costas y; lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo afiliado a Colpensiones para los riesgos de IVM, cotizando un total de 570.57 semanas. El 1º de febrero de 2006, le fue diagnosticado “diabetes mellitus”; diagnóstico confirmado el 16 de enero de 2007, el 7 de febrero de 2008, el 4 de enero de 2011 y el 2 de abril de 2011. Aduce que sufre de hipertensión arterial. Mediante dictamen No. 2016168930JJ del 9 de agosto de 2016, Colpensiones le determinó una pérdida de la capacidad

laboral del 68.93%, de origen común, con fecha de estructuración 18 de julio de 2016, informándose que las enfermedades que presenta son de carácter degenerativo. Por Resoluciones GNR 390429 de 2016 y GNR 28775 de 2017 Colpensiones le negó la pensión por invalidez. El último aporte realizado como trabajador dependiente de Codispetrol Ltda., fue el 28 de febrero de 2011, habiendo cotizado 1.037 días, equivalentes a 148.14 semanas, dentro de los 3 años anteriores a esa data. El 18 de septiembre de 2017, solicitó la revocatoria de los actos administrativos referidos, pero le fue negada (fls.4 a 23)¹.

La demandada al responder, se opuso al éxito de las pretensiones. Aceptó las cotizaciones del actor, la calificación de pérdida de capacidad laboral, la fecha de estructuración, el origen de las enfermedades, los actos administrativos que negaron la prestación por invalidez, la revocatoria directa y, su decisión negativa. Formuló las excepciones de mérito de inexistencia del derecho reclamado, buena fe, prescripción y, las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses argumentó que el demandante no cuenta con las 50 semanas requeridas para acceder al beneficio pensional, dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Asimismo, que de conformidad con el criterio imperante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa tiene una duración determinada en el tiempo, dado su carácter exceptivo y temporal, sin que en el presente asunto, el afiliado cumpla los requisitos necesarios para su aplicación (fl.2 a 6)².

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de agosto 2022, resolvió³:

PRIMERO: Declarar que ALEJANDRO CRUZ RUBIANO es beneficiario de una pensión de invalidez, reconocida a la luz del artículo 39 de Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, por haber cumplido los requisitos de la excepción contemplada para las enfermedades degenerativas, la cual deberá ser pagada por COLPENSIONES.

¹ 01ExpedienteDigitalFolio1A170

² 03ExpedienteDigitalFolio72A183

³ 41Audiencia20220823//01GrabacionAudiencia20220823SentenciaAlejandroCruz

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a ALEJANDRO CRUZ RUBIANO de forma vitalicia, las mesadas correspondientes a la pensión de invalidez a partir del 18 de julio de 2016, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, con valor inicial de \$689.455, a razón de 13 mesadas por cada anualidad, prestación a la que se deberá aplicar los respectivos ajustes anuales, conforme a lo dicho en la parte considerativa.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a ALEJANDRO CRUZ RUBIANO, el retroactivo de las mesadas pensionales causado desde el 18 de julio de 2016 y hasta la fecha en que se incluya en nómina el presente reconocimiento pensional, que a julio de 2022 asciende a la suma de \$65.169.745,83

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a ALEJANDRO CRUZ RUBIANO, la indexación de las mesadas reconocidas a partir del 18 de julio de 2016, fecha en la que se hizo exigible la mesada pensional, y sobre cada mensualidad causada con posterioridad, conforme a la parte motiva de la sentencia.

QUINTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES que del valor del retroactivo pensional realice los descuentos referentes a los aportes al sistema general de seguridad social en salud.

SEXTO: DECLARAR PROBADA la excepción de INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO sobre los intereses moratorios reclamados por el demandante y NO probados los demás conforme a la parte motiva de la sentencia.

SÉPTIMO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandada.

NOVENO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa a COLPENSIONES.

Como sustento de su decisión, señaló que la enfermedad que padece el demandante es crónica y degenerativa, por lo que, de conformidad con la jurisprudencia, es posible reconocer la prestación teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de la última cotización efectuada al sistema general de pensiones; razón por la cual, parte del supuesto que el actor en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, efectuó cotizaciones hasta el mes de febrero de 2011, y en este sentido encontró procedente reconocer la pensión de invalidez, sin lugar a modificar la fecha de estructuración.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante presentó recurso de apelación, en el que en síntesis adujo que teniendo en cuenta la interpretación que hace el despacho y la Corte Suprema de Justicia, en múltiples sentencias, es claro que la prestación debe ser reconocida

también desde el 28 de febrero del 2011 y, en ese sentido, se ordene el reconocimiento de la respectiva mesada 14.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala dilucidar si al actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Pensión de invalidez

Se encuentra demostrado que mediante dictamen de 9 de agosto de 2016 (fl.38 a 42), Colpensiones determinó que el actor padece una pérdida de capacidad laboral del 68.93%, estructurada el 18 de julio de 2016, de origen común, y a través de Resolución N° GNR 390429 del 26 de diciembre de 2016, le fue negada la prestación al no acreditar 50 semanas en los 3 años anteriores al estado de invalidez; decisión recurrida y confirmada mediante Resolución 28775 del 24 de enero de 2017 (fl.44 a 48). Contra estos actos administrativos, presentó revocatoria directa, la cual fue resuelta de manera negativa por Resolución SUB 209361 del 27 de septiembre de 2017 (fls. 55 a 60).

En materia pensional la norma aplicable a cada caso es la vigente al momento en que se consuman los supuestos fácticos requeridos para el reconocimiento de la prestación. Tratándose de pensión de invalidez, el precepto aplicable será aquel vigente en la fecha de estructuración, momento a partir del cual surge la posibilidad de solicitar el reconocimiento y pago de la prestación (CSJ SL797-2013, 13 nov. 2013, rad. 42648, en la que se reiteró la CSJ SL, 30 abr 2013, rad 45815).

En el presente caso, como quiera que la invalidez del demandante se estructuró el 18 de julio de 2016 (fl. 38 a 42) debe aplicarse el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, ya que es la disposición vigente a dicha data, la cual establece como requisitos para obtener la prestación invalidez, la acreditación del 50% o más de pérdida de la capacidad laboral y 50 semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Así las cosas, se cumple el primer requisito por cuanto al demandante le fue calificada una PCL del 68.93%, no obstante, solo cotizó 4.29 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez como se verifica del reporte de folios 25 a 27 de la demanda y del archivo 51 del 02CdAnexosFolio71. Por tanto, el actor no acredita los requisitos para acceder a la prestación reclamada al amparo de la norma vigente al momento de la estructuración de la invalidez.

Ahora bien, el demandante expone en el proceso que la patología que lo aqueja es crónica, congénita y degenerativa, y que cotizó como dependiente, hasta cuando sus fuerzas se lo permitieron, esto es, hasta el 28 de febrero de 2011, pues debido a sus patologías y achaques de salud a partir de esa fecha no pudo continuar prestando su fuerza productiva y menos realizar cotizaciones al sistema y, que las cotizaciones efectuadas en marzo de 2015, ocurrió en un vano intento de reintegrarse a un entorno laboral (interrogatorio de parte).

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que respecto de las personas que padecen enfermedades congénitas, crónicas, degenerativas o, las ocasionadas por secuelas tardías al diagnóstico, es válido contabilizar las semanas aportadas **con posterioridad** a la fecha de estructuración de la invalidez, siempre que se demuestre que el afiliado continuaba con capacidad para desarrollar un determinado rol o trabajo.

En sentencia CSJ SL3275-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL5023-2021 la Sala de Casación Laboral adoctrinó:

Ahora bien, en aras de evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal, es necesario, en cada caso, ponderar varias aristas del asunto a dilucidar, tales como el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, su historia laboral, entre otras, pues precisamente en razón a que el afiliado puede trabajar y, producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, es necesario corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida.

Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones efectuadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del interesado, y no, que se hicieron con el único fin de defraudar al sistema de seguridad social.

Debe advertirse que **lo anterior no implica que sea válido alterar la fecha de estructuración de invalidez que hayan definido las autoridades médicas competentes, sin razón justificativa alguna o sin medio probatorio que así lo permita.** De lo que se trata, es de llevar a cabo un análisis que incluye el supuesto fáctico que regula la normativa aplicable al asunto, a fin de determinar el momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las semanas legalmente exigidas.

En resumen, **se deben analizar las condiciones del solicitante, así como la existencia de una capacidad laboral residual, para de esta manera establecer el punto de partida para realizar el conteo de aportes que imponga la ley.** (Negrillas de la Sala)

Pues bien, en el asunto bajo estudio, la fecha de estructuración de la invalidez corresponde al 18 de julio de 2016, sin que el demandante haya demostrado por ningún medio que había lugar a modificar esa data, pues aunque aseguró que a partir del 28 de febrero de 2011 no pudo continuar prestando su fuerza productiva y menos realizar cotizaciones al sistema, de las pruebas allegadas al proceso, no es posible deducir que en efecto no haya continuado laborando a causa de la enfermedad que padece, como erradamente lo encontró la *a quo*.

Importa señalar que el Juzgado de conocimiento ni siquiera encontró precedente modificar la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del accionante; sino por el contrario, concluyó que no había lugar a ello, aunque, dispuso el reconocimiento de la prestación teniendo en cuenta que el actor completaba más de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su última cotización ocurrida el 28 de febrero de 2011, en atención al criterio de “*capacidad laboral residual*”.

Al respecto, debe precisarse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha explicado la figura de capacidad laboral residual, para el caso puntual de personas con enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, como la posibilidad de que *“a pesar de fijarse en forma retroactiva la fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado sus capacidades funcionales y productivas, al punto de continuar con su vinculación laboral y que haya realizado los correspondientes aportes al Sistema de Seguridad Social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez”* (Sentencia T-604 del 2014).

Lo anterior, no significa otra cosa que, la posibilidad de que pese a haberse determinado una fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, la persona pueda continuar ejerciendo una actividad laboral de manera posterior, realizando los correspondientes aportes a seguridad social, los que necesariamente deben tenerse como válidos y con los cuales puede alcanzar el reconocimiento de su pensión de invalidez; empero, de manera alguna, puede tenerse de manera contraria.

Nótese, que la capacidad laboral residual, se contempla como la posibilidad de continuar trabajando de manera posterior, en el entendido de que existen enfermedades cuyas consecuencias no dejan a la persona limitada totalmente para mantenerse activa y proveerse sus gastos de manera inmediata; pero no puede entenderse que sea igual de manera retroactiva, en tanto se desconoce si la persona dejó de laborar por otros motivos; es así como la jurisprudencia no establece que la fecha de estructuración se pueda retrotraer a la fecha de la última cotización, como lo entendió la *a quo*.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, Sentencia SL 5023-2021, lo siguiente:

...existen situaciones específicas, como en las enfermedades congénitas o, aquellas calificadas como enfermedades crónicas o degenerativas; o la establecida por esta Sala, ocasionada por secuelas que se manifiesten de manera ulterior al diagnóstico de la enfermedad (CSJ SL4178-2020), que le permiten a la persona mantener su capacidad laboral, y que al actuar como trabajador activo lo obliga a realizar los respectivos aportes para

cubrir inclusive los riegos de invalidez y muerte que ofrece el sistema; cotizaciones éstas que resultan ser plenamente válidas, y con las cuales puede alcanzar el reconocimiento inclusive de una pensión de vejez.

Y es precisamente en el caso puntual de personas con enfermedades congénitas, crónicas, degenerativas o, las ocasionadas por secuelas tardías al diagnóstico de la enfermedad, que la posición mayoritaria de esta Sala, habilita la contabilización de las semanas aportadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez (SL3275-2019).

Así las cosas, tratándose exclusivamente de personas con enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas y, secuelas tardías, **el funcionario judicial debe ponderar varias aristas del asunto a definir, entre otras, el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, su historia laboral, la continuidad de las cotizaciones y la fecha en que se declaró la pérdida permanente de capacidad laboral del 50% o superior por parte de la entidad calificadora habilitada legalmente para tales efectos. Y únicamente a partir de dicho estudio global, debe el funcionario judicial determinar si la fecha de estructuración fijada en el correspondiente dictamen coincide con el momento en que el afiliado perdió la capacidad laboral en el 50% o más, o si, eventualmente a la data en que así se declaró, ello no era viable por cuanto el afiliado continuaba con capacidad para desarrollar un determinado rol o trabajo.** (Negrillas de la Sala).

De conformidad con el anterior aparte jurisprudencial, para modificar la fecha de estructuración de la invalidez, no resulta suficiente con invocar el criterio pacífico respecto de la capacidad laboral residual, pues es necesario evaluar dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, historia laboral, la continuidad de las cotizaciones y la fecha en que se declaró la pérdida permanente de la capacidad laboral, todo de manera conjunta, para llegar a tal conclusión; lo que en criterio de este Tribunal, no basta con afirmar que el demandante padece de Diabetes Mellitus, incluso desde 2006.

Nótese que de la historia clínica del demandante correspondiente de 2016 a 2019⁴, se tiene que, en efecto se trata de un paciente con diagnóstico de *diabetes II* desde febrero de 2006. Para el dictamen de PCL se trajo a colación el concepto de medicina interna del 18 de julio de 2016, en el que refiere: *“Paciente con antecedentes de diabetes mellitus tipo 2 diagnosticado hace 5 años con pobre adherencia al manejo médico previo al ingreso; con cuadro de dolor y eritema en la base del 2 dedo pie derecho asociado a dolor progresivo, con pie diabético Wagner IV con necrosis del II artejo pie derecho se manejó con antibiótico; el doppler mostró oclusio total*

⁴ 12CdAnexosFolio250

de la arteria pedia desde el antepié, obstrucción del 50-74% de la arteria peronera, tibial anterior anterior y posterior a nivel de cuello de pie; por el compromiso de tejidos blancos y malos lechos distales fue llevado a amputación supracondilea 14/7/2016 de MID; egresa para rehabilitación...”.

De las pruebas allegadas, no comparte esta Sala el criterio la falladora de primer grado, respecto de que la pérdida de la capacidad laboral inició en la fecha para la cual se dio su último aporte y, en consecuencia proceder a estudiar la pensión de invalidez reclamada con fundamento en esa data; pues de sus evaluaciones, se obtiene que en efecto se trata de una enfermedad progresiva, pero que, con posterioridad al 28 de febrero de 2011, continuaba con capacidad para trabajar; sin que exista prueba en el plenario de lo contrario. En efecto, en la sustentación del dictamen pericial llevado a cabo el 9 de agosto de 2016, se indica que se trata de: *“PACIENTE DE SEXO MASCULINO DE 52 AÑOS; BACHILLER INCOMPLETO; QUIEN SE HA DESEMPEÑADO COMO MECÁNICO AUTOMOTRIZ Y CONDUCTOR POR MÁS DE 30 AÑOS HASTA HACE 3 MESES ...”* (fl.41); de lo que se extrae que el señor Cruz Rubiano, continuó ejerciendo labores hasta ese mismo año 2016, pese a que no obran semanas de cotización.

Al dar su concepto basado en la historia clínica, el testigo técnico, médico Sixto Alfonso Páramo Quintero, indicó que en efecto al actor le fue diagnosticada la enfermedad de diabetes en febrero de 2006, empero ello no significa que desde ese momento se diera el estado de invalidez; si bien el 14 de julio del 2016, le practicaron la amputación, ello es el último procedimiento al que se llega, por lo que tampoco se puede decir que sea desde esa fecha que se dio el estado invalidante; y aun cuando aduce que la pérdida de la capacidad laboral tuvo que ser con anterioridad a la amputación, también indica que no puede establecerse con certeza cuando se perdió el 50% de capacidad laboral material, y sus conclusiones resultan en establecer que ello ocurrió cuando no pudo cotizar más, lo que nos aleja de un concepto médico científico en este sentido.

De conformidad con las consideraciones expuestas, no resulta viable conceder la prestación pretendida en la demanda, teniendo en cuenta la fecha de la última cotización, máxime cuando no se procedió a modificarse la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, siendo válida la plasmada en el dictamen, esto es 18 de julio de 2016 y, en este sentido, al encontrar que el demandante no efectuó cotización alguna en los 3 años anteriores, no hay lugar a reconocer la pensión de invalidez pretendida.

En consecuencia, la Sala revocará la decisión analizada, para en su lugar, absolver a la demandada de las pretensiones incoadas. Dadas las resultas de este asunto, la Sala se releva del estudio del recurso de apelación elevado por la parte actora.

Costas de primera instancia a cargo del demandante. No se causan en este grado de jurisdicción.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

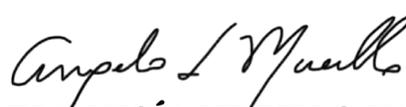
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 23 de agosto 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones incoadas.

SEGUNDO: COSTAS de primera instancia a cargo del demandante. No se causan en la instancia ni en el grado de jurisdicción.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada