

República de Colombia



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

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE - ALBERTO OYAGA MACHADO
- CONTRA - FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintiséis (26) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **ALBERTO OYAGA MACHADO**, se **declare** que las afiliaciones a las AFP PROTECCIÓN y HORIZONTE hoy PORVENIR son invalidas por incumplir con las exigencias de traslado consagradas en el Decreto 692 de 1994 o en subsidio de lo anterior, se **declare** la nulidad de dichas afiliaciones, por configurarse una violación al consentimiento informado que le derivó un grave perjuicio. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** a COLPENSIONES lo reincorpore como afiliado al régimen de prima media con prestación definida, desde el momento en que se produjo nulo o invalido el traslado de régimen y a PROTECCIÓN, traslade a aquella, la totalidad de los saldos según lo previsto en el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, lo que resulte

probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 4 y 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 a 9), señaló que nació el 24 de mayo de 1955 e ingresó a laborar a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN el 1° de mayo de 1996, afiliándose al ISS. Refiere que el 26 de febrero de 1997 se trasladó a PROTECCIÓN y el 22 de abril de 2002 a HORIZONTE hoy PORVENIR. Sostiene que entre la fecha de afiliación al Instituto y la de PROTECCIÓN, transcurrieron menos de 3 años. Aduce que el artículo 17 del Decreto 692 de 1994 consagra que no será válida la vinculación que se efectúe por fuera de los términos legales, por lo que el traslado efectuado el 26 de febrero de 1997, no se realizó dentro de los términos legales de ahí que sea nulo, siendo la única afiliación válida la que realizó al SEGURO SOCIAL en mayo de 1996. Afirma que adicional a lo anterior, tanto el fondo como la administradora omitieron el deber de informarle las consecuencias jurídicas y económicas que podía ocasionar el traslado, pues el daño ocasionado con ello se materializa en la amplia diferencia entre la pensión que le correspondería en uno y otro régimen, quedando a expuesto a recibir una pensión irrisoria ante la falta de asesoría. Finalmente, indica que el 23 de junio de 2015 elevó reclamación ante las accionadas, quienes respondieron negativamente su solicitud.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el introductorio (fls. 111 a 119), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 4, 6, 9 y 10 y niega y no le constan los demás. Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

A su turno, **PORVENIR** contestó la demanda (fls. 139 a 154), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 6, 7 y 21 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de mérito las de inexistencia de la

obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación.

De otro lado, **PROTECCIÓN** contestó el libelo (fls. 131 a 146), oponiéndose a sus pretensiones. Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 6 y 23 y niega y no le constan los demás. Presentó las excepciones de fondo de falta de legitimación en la causa por pasiva, declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, incumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 3800 de 2003, en concordancia con el Decreto 3995 de 2008, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 4 de mayo de 2018 (CD – fl. 187), **declaró** la nulidad del traslado del demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de **PROTECCIÓN**, así como el posterior cambio a **PORVENIR**, **declaró** válidamente vinculado al actor al régimen de prima media administrado por **COLPENSIONES**, **condenó** a **PORVENIR** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos generados en su cuenta de ahorro individual, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que cuando una persona venia afiliada a los riesgos de IVM y posteriormente a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones se traslade al RAIS, lo podía hacer antes que trascurrieran los 3 años de permanencia a que hace referencia el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Refiere que para la fecha de solicitud de traslado al RAIS efectuada por el actor, éste llevaba más de 3 años afiliado al régimen de prima media con prestación definida, lo que quiere decir que no se encontraba dentro de la prohibición inmersa en el referido Decreto, por lo que sobre ese punto el traslado era viable, pues la afiliación inicial del demandante al

RPM se dio desde el 15 de abril de 1993 y no en el año 1996, pues el diligenciamiento del formulario en esa data no tiene efectos de selección inicial del régimen.

En cuanto a la nulidad del traslado por vicios en el consentimiento, sostiene que las demandadas, solo efectuaron afirmaciones indefinidas sobre la validez de la afiliación del accionante y el comportamiento de sus asesores al brindarle la información a éste, sin allegar prueba sobre las implicaciones que tiene el traslado de régimen pensional, ni del ofrecimiento o condiciones en que se efectuó el mismo o un cuadro comparativo de las pensiones entre ambos regímenes, de donde se colige que no cumplieron con el deber legal que tenían de entregar una información veraz de la verdadera situación que tenía el accionante para escoger las premisas del mejor régimen para obtener una pensión. Ahora si bien el acto de afiliación estuvo presidido de un objeto y causa lícita, al igual que el demandante tenía capacidad legal para suscribirlo, lo cierto es que si se ve afectado por el dolo con el que actuó el fondo de pensiones y que afectó los intereses del actor, al no suministrarle la debida información, pues la carga de la prueba en estos casos como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, corresponde a la demandada, quien no probó que el asesoramiento efectuado a éste, fue adecuado y completo, tan así, que no señaló las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se efectuó la afiliación; concluyendo que las demandadas faltaron a su deber de información y por ende el traslado de régimen del demandante se torna nulo.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que si bien está de acuerdo con la consecuencia jurídica expuesta en la parte resolutive de la sentencia, debe modificarse los argumentos que sirvieron de base para llegar a la misma, toda vez que la pretensión principal iba encaminada a declarar la nulidad por un aspecto netamente normativo como lo es el no haber trascurrido los tres años, pues indica que está en desacuerdo con haber descartado y por ende absuelto de la

pretensión declarativa principal, así no haya quedado en la parte resolutive; luego el motivo del recurso es para que salgan abantes los argumentos expuestos sobre tal aspecto, sin modificar la parte resolutive de la sentencia.

Refiere que la afiliación no puede equipararse a la selección de régimen, pues ésta última se da con la expedición de la Ley 100 de 1993, luego la referida selección solo podía ocurrir a partir de ésta Ley y no antes, sin que la misma tenga efectos retroactivos, como así lo indicó la Corte suprema de Justicia en sentencia del 5 de octubre de 2010, radicado: 39772. Sostiene que cotizó al Instituto hasta el 31 de enero de 1994, de ahí que al 1° de abril de 1994 cuando inicia el sistema general de pensiones, se encontraba inactivo y seleccionó el régimen el régimen de prima media el 16 de mayo de 1996, por lo que para el año 1997 cuando se traslada al RAIS no habían transcurrido los tres años a que hace referencia el Decreto 692 de 1994 el cual no habla de vinculación sino de selección del régimen, por lo que bajo ese entendido el traslado sería inexistente o nulo, es decir, no produjo efecto alguno.

Finalmente, insiste en que no pretende que se revoque ninguno de los apartes de parte resolutive de la sentencia, sino que se analice la parte motiva que indujo a esa declaratoria de nulidad.

A su turno, **COLPENSIONES apeló la decisión**, señalando que se omitió la prohibición contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la cual indica que el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, toda vez que en este caso el demandante, cumplía el status pensional en el año 2017 y elevó la reclamación administrativa en junio de 2015 esto es, cuanto tenía 60 años de edad; luego al no faltarle 10 años de edad para pensionarse se encuentra dentro la prohibición ya mencionada. Aduce que el actor una vez se trasladó de régimen, efectuó una vinculación con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, lo cual da a concluir que aceptó las condiciones y no solicitó el retorno al régimen de prima media, de ahí que el traslado sea válido al no presentarse vicios en

el consentimiento. Asegura que no se hizo una valoración en cuanto a la capacidad académica del demandante cuando si se efectuó respecto de los asesores de la AFP para concluir que no le brindaron la suficiente información, ya que en el interrogatorio de parte, el accionante señaló que es Juez Penal y que conoce temas relacionados con laboral y civil, sumado a que también señaló que al momento del traslado le dijeron que podía pensionarse a los 50 años de edad, por lo que podía haber efectuado el cambio en ese momento, ya que para ese entonces no se encontraba inmerso en la aludida prohibición.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver lo pertinente, en lo que hace referencia al **recurso de apelación presentado por la parte actora**, encuentra la Sala que a la misma no le asiste interés para recurrir, pues si bien el a quo no accedió a la pretensión declarativa principal pero sí a la subsidiaria, lo cierto es que las condenas derivadas de una y otra iban encaminadas a la nulidad de la afiliación al RAIS, independientemente de los motivos que adujo el demandante para sustentar una y otra pretensión, tan así, que en la alzada hace énfasis a que se debe dejar incólume la parte resolutive de la sentencia, pues ésta resultó favorable a sus intereses; luego al no plasmar el juzgador de primer grado absolución alguna a las demandadas respecto de la pretensión declarativa principal, se entiende que se accedió a las pretensiones de la demanda, pues no sobra recordar que la parte resolutive de la decisión es la que vincula, pues así lo establece el artículo 280 del CGP en concordancia con el aparte final del inciso primero del artículo 306 ibídem. Bajo ese entendido, si la intención del demandante era obtener un pronunciamiento expreso sobre esa pretensión en la parte resolutive de la providencia, debió solicitar la adición de la misma.

Así las cosas y en la medida que no existe interés para recurrir por parte del demandante, se **rechaza de plano** el recurso de apelación presentado por éste y en consecuencia, la Sala se abstiene de pronunciarse al respecto.

Conforme a los antecedentes dados en precedencia y dado el **recurso de apelación presentado por COLPENSIONES, junto con el grado jurisdiccional de consulta que le asiste a la misma**, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de la AFP PROTECCIÓN y su posterior vinculación a PORVENIR es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee el actor en su cuenta de ahorro individual y si esta está obligada a recibirlos y tenerlo como como afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

De otro lado, es del caso precisar que si bien es cierto en la demanda se solicitó también la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de

anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor ALBERTO OYAGA MACHADO el 26 de febrero de 1997 (fl. 147), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN y posteriormente el 22 de abril de 2002 se vinculó a HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 155), encontrándose afiliado en la actualidad a ésta, efectuando cotizaciones en el RAIS desde agosto de 1996 a la fecha (fls. 156 a 203). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 4 de febrero de 1976 hasta el 31 de julio de 1996 (fl. 120).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN obrante a folio 147 se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiario del régimen de transición y menos aún tenía una expectativa legítima, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención y el salario base a tener en cuenta para la liquidación del bono

pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, junto con los aportes voluntarios, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma; luego estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Asesoría de la cual adoleció también HORIZONTE hoy PORVENIR, pues ésta tampoco demostró que cuando el actor se cambió a ella, le hubiere informado los aspectos en comento, tan así, que tampoco se evidencia que le haya indicado que podía trasladarse hasta antes de cumplir la edad para pensionarse.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PROTECCIÓN, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de no ser beneficiario del régimen de transición, incluida la firma del formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento.

Ahora si bien el actor en su interrogatorio señaló que una de las circunstancias que lo motivó a trasladarse, fue el hecho que el asesor del fondo le indicó que podía pensionarse a los 50 años de edad, los cuales cumplió en el año 2000, a lo que COLPENSIONES manifiesta que en ese momento se hubiera podido cambiar de régimen en la medida que aún le faltaban más de 10 años para pensionarse, lo cierto es que si no lo hizo fue debido precisamente a la falta de información que sobre ese aspecto omitió el fondo, pues de haberlo hecho, lo más

probable era el que el demandante se hubiere trasladado; situación que evidencia una vez más la falta al deber legal de información, el cual, se reitera, también fue omitido en su momento por HORIZONTE. Sin que el hecho de ostentar la calidad de Juez Penal de por cierto que conocía de tal circunstancia, pues su grado de escolaridad y el cargo que ocupa no es impedimento para que los fondos cumplieran con su obligación, pues de haberlo hecho, el actor no estaría aduciendo la falta de información.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

En igual sentido, dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste a COLPENSIONES, habrá de ordenarse a PROTECCION la devolución a ésta de las sumas descontadas al accionante por concepto de gastos de administración y comisiones, durante su permanencia en dicho fondo, toda vez que con esos rubros junto con lo devuelto por PORVENIR, el

ente de seguridad social cubrirá las prestaciones a que haya lugar, conforme se indicó en precedencia.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia apelada en el sentido de indicar que lo que se declara es la ineficacia y no la nulidad del traslado de régimen, al igual que se adicionará, en cuanto a que se **ORDENARÁ** a PROTECCION la devolución a COLPENSIONES de las sumas descontadas al accionante por concepto de gastos de administración y comisiones, durante su permanencia en dicho fondo.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo de COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada, en el sentido **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere el demandante del régimen de prima media al de ahorro individual

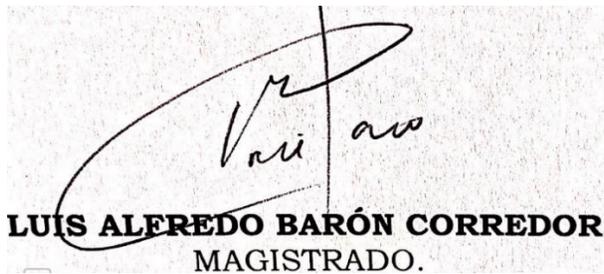
y no la nulidad del mismo, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la providencia del 4 de mayo de 2018, en el sentido de **ORDENAR** a PROTECCION la devolución a COLPENSIONES de las sumas descontadas al accionante por concepto de gastos de administración y comisiones, durante su permanencia en dicho fondo.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás el proveído impugnado.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



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

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE - PEDRO ANTONIO SIERRA
IBAÑEZ contra UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
PENSIONES DE CUNDINAMARCA - UAEP**

En Bogotá D. C. a los veintiséis (26) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **PEDRO ANTONIO SIERRA IBAÑEZ JAVIER FERNÁNDEZ**, se **condene** a la demandada a reliquidar la pensión de jubilación que le fue reconocida por esta, teniendo en cuenta todos los factores devengados antes de ser beneficiario de la prestación, tales como asignación básica, subsidio de transporte, prima de alimentación, sobresueldo 20%, prima de antigüedad 5%, prima anual, prima de navidad y prima de vacaciones, desde el 28 de diciembre de 1995 hasta la ejecutoria de la sentencia, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 17 a 21).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 21), señaló que mediante resolución 000452 del 2 de abril de 1996, el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA le reconoció la pensión jubilación y que el 28 de abril de 2015 solicitó la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA – UAEPC contestó la demanda (fls. 272 a 276), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, los acepta en su totalidad. Propuso como excepción de mérito la de falta de objeto de la demanda.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de junio de 2018 (CD – fl. 377), **condenó** a la demandada a reliquidar la pensión convencional otorgada al demandante, en cuantía inicial a 28 de diciembre de 1995 de \$295.143,81, al cual para 2018 asciende a \$1.585.680,71, junto con el pago de las diferencias pensionales a 31 de mayo de 2018, las cuales ascienden a \$4.963.138,80, sin perjuicio de las que se sigan causando hasta la inclusión en nómina, las cuales deberán indexarse al momento en que se efectúe su pago, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a la accionada, fijando como agencias en derecho la suma de \$500.000.

Fundamentó su decisión, indicando que si bien las pretensiones de la demanda no son claras, debe hacerse una interpretación de la misma, entendiendo que lo pretendido radica en que en la indexación de la primera mesada pensional incluyendo los factores que alega el actor, lo que generaría el pago de unas diferencias pensionales. Refiere que revisada la convención colectiva de trabajo 1993 – 1994 sobre la cual se le otorgó la prestación al demandante, la misma establece que la

pensión se reconocerá sobre el 75% del promedio salarial devengado en el último año de servicios, a lo que el actor devengó la suma de \$376.475, incluidas las doceavas partes de la prima de navidad y demás emolumentos cuyo 75% según la Resolución de reconocimiento, asciende a \$285.356, otorgándose la pensión desde el 28 de diciembre de 1995. Sostiene que de conformidad con el artículo 91 de la referida convención el cual no fue derogado por la convención de 1995 – 1996, los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión son los allí enumerados, por lo que analizada la certificación de folios 307 a 308, se extrae que según la norma convencional ese año anterior va desde el 27 de diciembre de 1994 hasta el 28 de diciembre de 1995 y si bien la aludida certificación no hace alusión a lo devengado para diciembre de 1994, en el plenario obra expediente administrativo allegado por la demandada donde aparecen los formatos CLEB y en los que se denota lo devengado para ese periodo; de ahí que acredite que devengó en el último año de servicios la suma de \$4.722.300,90 la cual dividida en 12 meses arroja un IBL de \$393.525,08, al cual se le aplica el 75%, para una mesada pensional de \$295.143,81 y la pensión reconocida fue de \$282.356, lo que permite establecer una diferencia pensional a su favor y en consecuencia, hay lugar a reliquidar la prestación.

En cuanto a la indexación de la primera mesada pensional que se reclama en los fundamentos de derecho de la demanda, señal que no hay lugar a la misma, toda vez que la pensión se otorgó desde el 28 de diciembre de 1995, fecha en la que el actor renunció a su cargo, lo que permite establecer que no transcurrió un término considerable entre la fecha de terminación de la relación laboral y la que se le reconoció la pensión, en tanto ambas fueron el mismo día.

APELACIÓN

La parte demandada interpuso recurso de apelación, manifestando que hay falta de objeto en la demanda, toda vez que al peticionario se le envió una comunicación indicándole que debía completar la

documentación que se exigía por parte de la entidad para resolver de fondo la petición de reliquidación de la pensión, la cual se envió a la dirección que aparece en la guía de envío.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si se encuentra probada la excepción de falta de objeto de la demanda propuesta por la demandada, bajo el entendido que la petición de reliquidación de la pensión presentada por el actor se entiende desistida, por no allegar los documentos solicitados por la entidad para ello y en caso afirmativo, establecer si a causa de ello no hay lugar a reliquidar la prestación.

Así mismo, se advierte que aunque el a quo indicó en la sentencia apelada que procedía el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UAEPC, lo cierto ello tal circunstancia no es así, toda vez que la accionada es una entidad administrativa del orden Departamental con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, creada mediante Decreto Ordenanza Número 0261 de 2012, por lo que al ser un ente departamental y no del orden nacional o la Nación, es por lo que no procede a su favor el grado jurisdiccional de consulta establecido en el artículo 69 del CPL.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del actor, lo cual fue aceptado por la demandada y que es corroborado con la copia de la Resolución 00452 del 2 de abril de 1996 (fls. 2 y 3), mediante la cual la UAEPC le reconoce la pensión de jubilación convencional, en cuantía de \$282.356, a partir del 28 de diciembre de 1995.

Falta de objeto de la demanda

Argumenta la accionada su excepción (fl. 275), en el hecho que se presentó un desistimiento por parte del accionante, lo que imposibilitó a la entidad realizar un estudio técnico de la reliquidación, sin que en ningún momento se le haya negado la posibilidad de solicitar la misma o exista un pronunciamiento de fondo que conduzca al rechazo de las pretensiones, pues el actor ha tenido la oportunidad de presentar sus pedimentos claro está, cumpliendo con los requisitos y documentación mínima que se establece para este tipo de trámites; de ahí que si hubiera perfeccionado la solicitud cumpliendo con lo requerido, tal vez haya logrado la reliquidación si el estudio técnico así lo hubiese establecido, por lo que no es concebible que presente una demanda frente a una situación hipotética de rechazo que al día de hoy no se ha demostrado.

Al respecto, se tiene que el 27 de abril de 2015 (fls. 4 y 5), el actor solicitó a la demandada la reliquidación de la pensión incluyendo todos los factores salariales que la entidad no tuvo en cuenta para liquidar la prestación con la correspondiente indexación; a lo que la accionada el 3 de julio de 2015 (fl. 277), le contestó que debía allegar una serie de documentos a fin de iniciar el estudio de la solicitud.

De lo anterior se colige que si bien el actor no allegó los documentos solicitados por la entidad para el estudio de la reliquidación pretendida, ello no implica un desistimiento de la misma y menos aún constituye un impedimento para que acuda la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral a pedir la misma, máxime cuando los documentos solicitados por la Unidad se encuentran en el expediente administrativo allegado por ésta, tales como la cédula de ciudadanía, certificación de factores salariales y formatos CLEB (fls. 34 a 210); luego no es de recibo que se de por hecho el demandante desistió de la petición cuando la documental solicitada se encontraba en poder del mismo ente, quien de manera injustificada dilató el estudio de la reliquidación, exigiendo de documentos y requisitos que no se requieren para este tipo de solicitudes más aun, cuando se insiste, la Unidad contaba con todos los elementos suficientes para pronunciarse de fondo sobre la solicitud.

Aunado a ello, debe precisarse que de conformidad con el artículo 6° del CPL, “*Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta*”; de donde se colige, que con la sola solicitud de reliquidación elevada por el actor a la Unidad, quedó habilitado para acudir a la jurisdicción a buscar la reliquidación de la prestación, independientemente de la respuesta que al respecto le haya dado la entidad, pues la norma es clara para iniciar las acciones contenciosas en contra de las entidades allí descritas, basta únicamente con que el demandante demuestre que agotó la reclamación administrativa, la cual se entiende agotada con la presentación del escrito pidiendo la reliquidación y la respuesta que sobre el mismo le dio la Unidad.

Así las cosas, como quiera que no se encuentra probada la excepción propuesta por la demandada y en la medida que este no presentó reparo alguno en cuanto a la reliquidación de la prestación y el monto de la misma, es por lo que la Sala se abstiene de pronunciarse al respecto por las razones expuestas inicialmente; motivo por el cual y sin más consideraciones se **CONFIRMARÁ** la decisión recurrida.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo de la UAEPC.

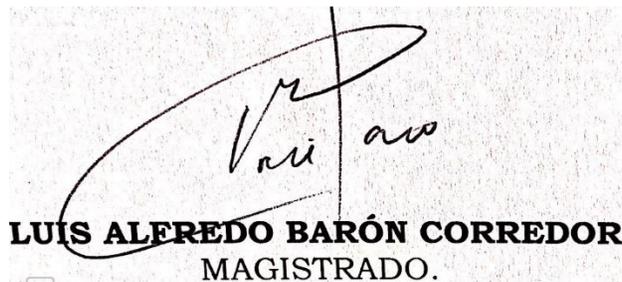
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

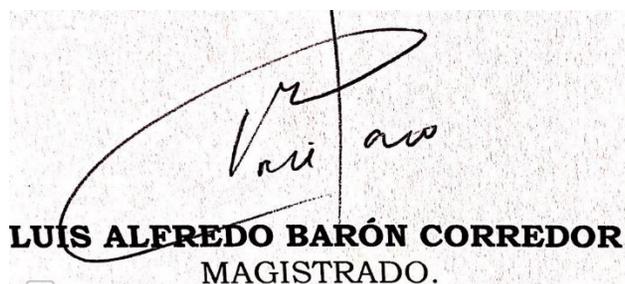


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la UAEPC, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



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

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE - ELSA RODRÍGUEZ
RODRÍGUEZ contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintiséis (26) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ELSA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, se **declare** la nulidad del traslado inicial del régimen de prima media al de ahorro individual. Como consecuencia de lo anterior, se **ordene** su retorno a COLPENSIONES y a PORVENIR la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en su cuenta de ahorro individual, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados, así mismo, se **ordene** a COLPENSIONES tramitar el recaudo de dichos dineros y activar la afiliación como trabajadora dependiente del BANCO POPULAR (fls. 37 a 41).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 33 a 36), señaló que nació el 6 de octubre de 1961 y se afilió para los riesgos de IVM el 22 de abril de 1988. Refiere que se afilió a PORVENIR en marzo de 1997, sin que dicha entidad al momento de la afiliación le suministrara un cálculo que le permitiera establecer la diferencia entre el valor de la mesada pensional que obtendría en el régimen de prima media y en el de ahorro individual, como tampoco le informó que el valor de la pensión dependía de la modalidad de retiro programado y que el monto de la mesada estaba sujeto a los rendimientos del capital y el costo de la venta del bono pensional para una pensión anticipada. Sostiene que la accionada no le indicó que para pensionarse antes de los 57 años era obligatorio acogerse a la modalidad de retiro anticipado que implicaba la venta del bono pensional en el mercado secundario y que para pensionarse con una mesada superior al salario mínimo se vería forzada a cotizar más años que los exigidos en el régimen de prima media, al igual que no le mencionó sobre las consecuencias y efectos futuros del traslado de régimen y también, que de su ahorro se le descontaría el 1.5% por concepto de administración. Expone que el 5 de agosto de 2016 radicó la solicitud del traslado de régimen, el cual le fue negado por la AFP. Finalmente, señala que el 25 de agosto de 2016 le solicitó a COLPENSIONES la activación de la afiliación, a lo que ésta también la negó.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el introductorio (fls. 63 a 67), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 3 y 16 a 18 y no le constan los demás. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buen fe y presunción de los actos administrativos.

A su turno, **PORVENIR** contestó la demanda (fls. 79 a 87), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 14 y 15 y niega y no le constan los

demás. Formuló las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 27 de abril de 2018 (CD – fl. 109), **declaró** la nulidad absoluta al régimen de ahorro individual con solidaridad realizada por la actora a PORVENIR el 2 de junio de 1998, **condenó** a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, entre otros, **ordenó** a COLPENSIONES a recibir de la AFP, todos los valores que ésta recibió con motivo de la afiliación, **declaró** no probada la excepción de prescripción, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que en estos casos, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que se debe declarar la nulidad cuando no exista prueba real y veraz de la información que los fondos han suministrado a sus afiliados al momento del traslado. Refiere que no es responsabilidad de los fondos si las personas afiliadas a RAIS obtienen una mesada pensional inferior a la que le correspondería en el régimen de prima media, pues ello fue establecido por el legislador al determinar la forma en que se calcula este tipo de pensiones, sumado a que para esa época los fondos no estaba obligados a efectuar ninguna proyección, sin embargo, sostiene que acogiéndose al precedente jurisprudencial, se evidencia que el fondo no informó a la actora respecto de la forma en se obtendría la pensión y las consecuencias que conllevaba su decisión de traslado; por lo que dispuso la nulidad del mismo.

APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, manifestando que según el formulario de afiliación, la actora se afilió a PORVENIR el 2 de

junio de 1998, por lo que el traslado tiene plena validez y la simple afirmación del vicio en el consentimiento, no se evidencia, toda vez que plasmó su firma en el formulario de manera libre y voluntaria. Sostiene que según el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, después de un año de la vigencia de la misma, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez y en la medida que la demandante nació el 6 de octubre de 1961, en la actualidad cuenta con más de 54 años de edad, de ahí que no pueda accederse al traslado de régimen, como también por el hecho de no ser la demandante, beneficiaria del régimen de transición.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP PORVENIR es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, de ahí que los argumentos expuestos en este último evento por COLPENSIONES, no encuentren sustento alguno.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora ELSA RODRÍGUEZ el 2 de junio de 1998 (fl. 88), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR, encontrándose afiliada en la actualidad a ésta, empero, aparece efectuando cotizaciones en el RAIS desde marzo de 1997 a la fecha (fls. 92 a 94). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 22 de abril de 1988 hasta el 28 de febrero de 1997 (fls. 68 y 69).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 88 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido

la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición y menos aún tenía una expectativa legítima, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, junto con los aportes voluntarios, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de no ser beneficiaria del régimen de transición o afiliarse a varias AFP, incluida la firma del formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989)

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia apelada en el sentido de indicar que lo que se declara es la ineficacia y no la nulidad del traslado de régimen.

COSTAS

En esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada, en el sentido **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciera la demandante del régimen de prima media al de ahorro individual y no la nulidad del mismo, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído impugnado.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



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

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – EDGAR HERNANDO PRADA
HERNÁNDEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintiséis (26) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **EDGAR HERNÁNDO PARRA ÁLVAREZ**, se **condene** a la demandada al pago del retroactivo de las mesadas causadas entre el 1° de septiembre de 2014 y el 1° de agosto de 2016, junto con las mesadas adicionales, intereses moratorios y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 2), señaló que nació el 26 de octubre de 1954 y mediante Resolución GNR 207101 del 14 de julio de 2016, COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de agosto de 201. Refiere que cotizó un total de 1.029 semanas sumando el tiempo público, efectuando su último aporte el 31

de agosto de 2014. Finalmente, expone que el 13 de marzo de 2017 solicitó a la demandada el pago del retroactivo, sin obtener respuesta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 22 a 31), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, niega los contenidos en los numerales 5 y 6 y acepta los demás. Propuso como excepciones de mérito de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, improcedencia de los intereses moratorios y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 25 de julio de 2018 (CD – fl. 48), **condenó** a COLPENSIONES a pagar al demandante la suma de \$15.769.394 por concepto del retroactivo causado entre el 26 de octubre de 2014 y el 31 de julio de 2016, **autorizó** a la demandada a realizar los respectivos descuentos en salud, **condenó** a la accionada al pago indexado de las sumas adeudadas, **declaró** probada la excepción de improcedencia de los intereses moratorios y no probadas las demás y **condenó** en costas a la entidad en la suma de \$500.000.

Fundamentó su decisión, indicando que según el reporte de semanas cotizadas del actor, éste cotizó hasta el 31 de agosto de 2014 y cumplió 60 años de edad el 26 de octubre de la misma anualidad. Refiere que la demandada reconoció la pensión desde el 1° de agosto de 2016, bajo el entendido que no se registró la novedad de retiro con el empleador COOPCONSTRUIR CTA para el periodo de julio de 2012, sin embargo, esa circunstancia no fue óbice para que COLPENSIONES recibiera una cotización en el ciclo de agosto de 2014 a la empresa MISIÓN EMPRESARIAL SERVICIOS TENPORALES quien si reportó la novedad de retiro, siendo este el último de los empleadores, evidenciándose que el ente de seguridad social exige requisitos que no contempla la Ley y

los interpreta en su propio beneficio y en contra de los intereses del pensionado, cuando ya habían transcurrido 2 años desde que la empresa COOPCONSTRUIR dejara de efectuar cotizaciones y si bien no reportó la novedad de retiro, la Administradora recibe una nueva cotización, exigiendo el retiro de la anterior sin justificación jurídica alguna, máxime si la obligación de reportar la novedad es del empleador y no del afiliado, por lo que la pensión debió reconocerse desde el 26 de octubre de 2014 cuando el accionante cumplió los 60 años de edad y se encontraba desafiliado del sistema general de pensiones.

Frente a la excepción de prescripción, indica que el demandante solicitó el reconocimiento del retroactivo el 13 de marzo de 2017, lo cual interrumpió el término de prescripción por una sola vez y en la medida que la demanda se presentó dentro de los 3 años siguientes, no operó el fenómeno de la prescripción; de ahí que se condene a la demandada al pago del retroactivo causado entre el 26 de octubre de 2014 y el 31 de julio de 2016, sobre el cual deberán efectuarse los descuentos por concepto de seguridad social en salud.

Sobre los intereses moratorios, afirma que estos no proceden por cuanto la pensión del actor fue reconocida bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988 y no de la Ley 100 de 1993, sin embargo, se ordenará la indexación de las sumas adeudadas.

APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, manifestando que de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, para el disfrute de la pensión es necesaria la desafiliación del sistema, ya que la norma exige que se debe tener en cuenta hasta la última semana cotizada, al igual que para el reconocimiento de la pensión es necesario el retiro del sistema, sin que se evidencia que se hubiere reportado la novedad de retiro con el empleador COOPCONSTRUIR CTA la cual es necesaria para el otorgamiento de la prestación a partir del cumplimiento de los

requisitos; de ahí que se hubiere concedido a corte de nómina; sin que sea de recibo la condena impuesta por concepto de retroactivo.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si al demandante le asiste derecho al retroactivo de las mesadas causadas entre el 26 de octubre de 2014 y el 31 de julio de 2016, indexadas al momento de su pago.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor EDGAR HERNANDO PRADA HERNÁNDEZ lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la copia de la Resolución GNR 207101 del 14 de julio de 2016 (fls. 6 a 10), mediante la cual COLPENSIONES le reconoce la pensión de vejez de conformidad con la Ley 71 de 1988 en cuantía de \$689.455 a partir del 1° de agosto de 2016.

Retroactivo

A folios 32 a 34, aparece copia de la historia laboral del actor, donde se evidencia que éste efectuó cotizaciones al sistema de manera interrumpida desde el 6 de junio de 1977 hasta el 31 de agosto de 2014, además del tiempo de servicio prestado al MINISTERIO DE DEFENSA; encontrándose a portas de cumplir los requisitos para acceder a la pensión, pues contaba con 1.029 semanas y le faltaban 26 días para cumplir 60 años de edad (26 de octubre de 1954 - fl. 7).

Sobre el tema, la jurisprudencia ha considerado que cuando no resulta claro de las pruebas aportadas el momento en el cual el afiliado se retira del sistema, se deben evaluar las circunstancias que rodean cada evento, como así lo indicó el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral entre otras en la sentencia del 1°

de febrero de 2011, radicado: 38776, reiterada entre otras, en proveído del 6 de abril de 2016 radicado: 47236.

En ese orden de ideas, de las pruebas obrantes en el expediente se evidencia que COLPENSIONES le otorgó la prestación al accionante a corte de nómina, negando el retroactivo bajo el entendido que no acredita la novedad de retiro con el empleador COOPCONSTRUIR CTA para el ciclo de julio de 2012, al encontrarse ese periodo dentro de los 4 años anteriores a la última cotización realizada, de conformidad con la Circular interna 01 de 2012 (fls. 6 a 10).

Analizado el reporte de semanas del demandante, encuentra la Sala que si bien para esa data aportó con el citado empleador con quien en efecto, no le aparece registrada la novedad de retiro del sistema, lo cierto es que para el mes de agosto de 2014, aportó con el patrono MISIÓN EMPRESARIAL S.A. quien sí reportó la aludida novedad al mes siguiente; luego la accionada no tenía por qué exigir el aludido reporte, cuando era evidente que la falta de cotización con la empresa por más de 2 años evidenciaba su retiro de la misma, máxime, si con posterioridad cotizó con otro empleador; sumado al hecho que la entidad mediante una circular dispuso el cumplimiento de requisitos adicionales a los contemplados en los artículo 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 para acceder al disfrute de la pensión, en tanto tales disposiciones no exigen el retiro del sistema con todos patronos con todos los patronos con quienes cotizó dentro de los 4 años anteriores a la última cotización.

Conforme a ello, se tendrá como fecha de disfrute de la pensión el **26 de octubre de 2014** esto es, a partir del cumplimiento de los 60 años de edad.

Prescripción

Al respecto, observa la Sala que el actor solicitó el 15 de junio de 2016 la pensión (fl. 6), a lo que COLPENSIONES el 14 de julio de la misma

anualidad, otorgó la misma; presentando el accionante la demanda el 17 de abril de 2017 (fl. 15); sin que entre la fecha de otorgamiento y la radicación del libelo, haya transcurrido el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL; por lo que dicho medio exceptivo no está llamado a prosperar.

De suerte, que el demandante tiene derecho al pago del retroactivo por las mesadas causadas entre el **26 de octubre de 2009 y el 31 de julio de 2016**, como quiera que la entidad de seguridad social desde el 1° de agosto de la misma anualidad le viene cancelando la pensión (Resolución GNR 207101 del 14 de julio de 2016 – fls. 6 a 10).

Retroactivo que asciende a la suma de **\$15.172.667** que comprende: 4 días y 3 mesadas para el año 2012 en razón de \$622.939 cada una, 13 mesadas para el año 2015 por valor de \$645.739 cada una y 7 mesadas para 2016 de \$689.455 cada una; por lo que sobre este punto se modificará la sentencia apelada en la medida que el cálculo efectuado por la Sala resultó inferior al otorgado por este.

Así mismo, como lo indicó el a quo, la accionada deberá descontar de la suma en comento, lo relativo a los aportes al sistema de seguridad social en salud; al igual que el retroactivo deberá ser indexado al momento de su pago, con base en la fórmula expuesta para ello por la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ EL ORDINAL PRIMERO** de la sentencia apelada, en lo que al valor del retroactivo se refiere.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo de COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO

**JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR
AUTORIDAD DE LA LEY,**

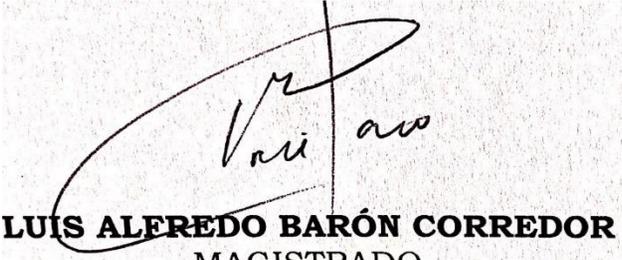
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada en el sentido de **CONDENAR a COLPENSIONES** a pagar al demandante la suma de **\$15.172.667** por concepto del retroactivo de las mesadas causadas entre el 26 de octubre de 2014 y el 31 de julio de 2016, conforme a lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído impugnado.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

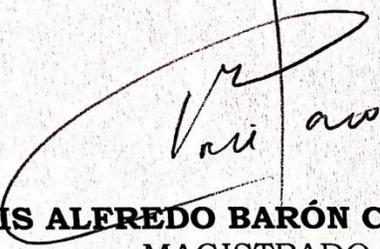


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



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

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – NORBERTO TANGARIFE contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintiséis (26) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **NORBERTO TANGARIFE**, se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por su esposa, a partir del 1° de noviembre de 2004, indexados hasta que se efectúe su pago, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso (fl. 10).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 11), señaló que convive con la señora ANA DEBORA MEJÍA desde hace 30 años, con quien contrajo matrimonio el 16 de octubre de 2006, además de ser su beneficiaria en salud y depende económicamente de él. Refiere que mediante Resolución 032839 de 2004 el ISS le reconoció la pensión de vejez 020380 le fue reconocida la pensión de vejez y que solicitó el

reconocimiento de los incrementos por personas a cargo, agotando así la reclamación administrativa ante COLPENSIONES.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 22 a 29), en la que se opuso a sus pretensiones. Sobre los hechos, no le constan los contenidos en los numerales 2 y 7 y acepta los demás. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, inexistencia de cobro de intereses moratorios, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 30 de julio de 2018 (CD – fl. 51), **condenó** a COLPENSIONES a pagar al demandante el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, por 14 mesadas al año, a partir del 24 de noviembre de 2013 y hasta que subsistan las causas que le dieron origen al mismo, cuyo retroactivo a 30 de junio de 2018 asciende a \$6.264.244 el cual deberá ser indexado al momento de su pago, **declaró** probada parcialmente la excepción de prescripción, probada la de no pago de intereses moratorios y no probadas las demás excepciones y **condenó** en costas a la demandada, fijando como agencias en derecho la suma de \$500.000.

Fundamentó su decisión indicando que, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, los incrementos por personas a cargo mantuvieron su vigencia aun después de la expedición de la Ley 100 de 1993 y solo aplica a quienes se les otorgó la pensión con base en el Decreto 758 de 1990, ya sea pro derecho propio o en virtud del régimen de transición. Sostiene que de los testimonios recepcionados y la documental aportada al proceso, se observa que la cónyuge del actor depende económicamente de este, acreditándose los requisitos para acceder a los mencionados incrementos. Finalmente, en lo atinente a la excepción de prescripción, refiere que acoge el criterio de la Corte Constitucional en múltiples fallos

de tutela, en los que indica los incrementos causados y no reclamados en tiempo prescriben, sin que ello afecte el derecho que le asiste a los mismos.

APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, manifestando que es necesario que se dé aplicabilidad a lo dispuesto en el Auto 320 de 2018, a través del cual la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró la nulidad la sentencia que el despacho inicialmente acogía y si bien el demandante es beneficiario del régimen de transición, es necesario precisar que para estos solo se conservó lo relativo a la edad, tiempo de servicio y semanas cotizadas establecido para el régimen anterior, lo que indica que los incrementos no forman parte del reconocimiento pensional y menos del IBL con el que se calcula la prestación.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se encuentran vigentes y en caso afirmativo, establecer si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para acceder a éstos.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor NORBERTO TANGARIFE, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la copia de la Resolución 032839 del 25 de octubre de 2004 (fl. 5), mediante la cual el ISS hoy COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía de \$358.000, a partir del 1° de noviembre de 2004.

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

“Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

(...)

“Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993.”

(...)

“De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.”

Al respecto es importante precisar, que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y en lo relativo a cuándo empieza a operar**, la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

“7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexecuibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”

(...)

“9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones”.

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

“... 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional...”

“Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo.”

De suerte, que al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento**, lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

“Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

“Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes” (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que

si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (Subraya la Corte).

Destacándose nitidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como **elemento integrador**: pues en este caso, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica“(C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y “para interpretar las leyes”, pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia sino

que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

“ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. *Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

- 1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***
- 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces*

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

En ese orden de ideas, se tiene que el actor adquirió el derecho a la pensión el **1° de noviembre de 2004** data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994 esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 de ahí que el actor no tenga derecho a los mismos.

En tales condiciones y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la decisión de primera instancia y en su lugar, se **ABSOLVERÁ** a la demandada de las pretensiones de la demanda.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo del demandante, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **ABSOLVER** a COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

Aclara voto

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante, la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



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

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EULISES MOGOLLÓN ORTÍZ
contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintiséis (26) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **EULISES MOGOLLÓN ORTÍZ**, se **declare** la nulidad del traslado de régimen que hizo del ISS hoy COLPENSIONES a PORVENIR y que la entidad a la cual se encuentra legalmente afiliada es COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** a las demandadas realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen, junto con el traslado de PORVENIR a COLPENSIONES, de la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual y a ésta última, a recibirlo en esa administradora sin solución de continuidad, lo que resulte probado ultra y extra petita, al igual que se les **condene** al pago de las costas y gastos del proceso (fls. 77 y 78).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 78 y 79), señaló que nació el 9 de octubre de 1954. Refiere que se afilió al sistema general de pensiones el 13 de julio de 1984, cotizando al régimen de prima media con prestación definida 820 semanas, a través de varios empleadores. Sostiene que el 1° de mayo de 2000, encontrándose vinculado laboralmente con el SENA se trasladó al RAIS a través de PORVENIR, cuya decisión no estuvo precedida de la suficiente ilustración pro parte del fondo, por lo que no existió tal consentimiento de voluntariedad y libertad. Afirma que la nulidad de su traslado es viable en virtud de los pronunciamientos efectuados sobre el tema por la Corte Suprema de Justicia, dada la indebida y nula información que le suministró la AFP, para convencerlo que se trasladara de régimen, evidenciándose el engaño del que fue objeto. Indica que al 30 de abril de 2017 ha cotizado a los dos regímenes 1.694 semanas. Señala que PORVENIR le debió infirmar antes del 9 de octubre de 2006 sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión. Manifiesta que el 24 de octubre de 2016 la AFP le entregó una simulación de pensión de vejez en el RAIS, la cual arrojó para el 2017, fecha en la que cumpliría 63 años de edad, una mesada pensional de \$1.230.700. Finalmente, aduce que el 15 de diciembre de 2016 elevó derecho de petición a las demandadas, solicitando el traslado de régimen.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 97 a 100), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1°, 2° y 11 y no le constan los demás. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

A su turno, **PORVENIR** contestó el introductorio (fls. 110 a 118), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos acepta los contenidos en los numerales 1° y 8 a 10 y niega y no le constan los demás. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia del algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de junio de 2018 (CD – fl. 153), **declaró** la nulidad de la vinculación del actor a PORVENIR y por ende su vinculación al RAIS y en consecuencia, **ordena** su regreso automático sin solución de continuidad a COLPENSIONES, **condenó** a ésta a recibir y restablecer la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, **condenó** a PORVENIR a entregar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del accionante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin descontar los gastos o cuotas de administración en que haya podido incurrir, **condenó** a COLPENSIONES a que una vez ingresen tales valores, actualice la información en su historia laboral, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a PORVENIR incluyendo como agencias en derecho al suma de \$600.000.

Fundamentó su decisión, indicando que de conformidad con el artículo 1502 del CC, se deben cumplir unos requisitos para la validez de los actos, al igual que el artículo 1508 de dicha disposición, contempla los vicios en el consentimiento, siendo nulo el acto que presente alguno de los vicios allí establecidos. Refiere que el demandante en su interrogatorio señaló que la asesoría para su

traslado de régimen la realizó una promotora de PORVENIR, quien le indicó que se podía pensionar con una mesada mejor a la que le podría otorgar el ISS el cual iba a desaparecer y que por ello, accedió a cambiarse, al igual que indicó que no se le dijo nada de cómo se calcularía su pensión y sobre que rubros estaría conformada la misma, como también se dio cuenta tiempo después que se le efectuaban unas deducciones de su cuenta pero no sabía porque. Sostiene que de lo dicho por el actor, no se evidencia que la AFP le haya suministrado la suficiente información. Afirma que la carga de la prueba se invierte en estos casos, luego es el fondo quien tiene la obligación de documentar que le dio la información al actor y si bien la mayoría de las sentencias de la Corte hacen referencia a personas que eran beneficiarias del régimen de transición, no se señala por dicha Corporación, que esa información deba existir solo para las personas beneficiarias del régimen de transición, pues lo que se busca en este caso, es determinar si al señor Ulises al momento de su vinculación a PORVENIR, tuvo la información debida y si bien en la contestación de la demanda la entidad indica que le brindó información, no probó específicamente cual fue la que le suministró, pese a que para esa época no estuviera obligada a efectuar proyecciones pero si debió indicarle aunque sea, las incidencias del traslado o un comparativo entre un régimen y otro y si se tiene en cuenta que de conformidad a la simulación que se hizo por parte de PORVENIR al demandante, en el que no se hizo un comparativo con el régimen de prima media sino que simplemente se calcula a mesada pensional que tendría de los 62 a 65 años; luego al tener en cuenta el IBL que tomó la AFP para esa momento y se aplica el porcentaje máximo que se puede obtener conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que es del 80%, se estaría hablando de una pensión superior a \$2.000.000, siendo la del fondo inferior, existiendo un menoscabo en la decisión que tomó el accionante en el año 2000. Refiere que no se le indicó que su pensión dependía de un capital acumulado junto con los rendimientos de éste, como tampoco se le dijo que todo el valor de la cotización iría a la cuenta de ahorro individual, pues parte de ello estaba destinado a las aseguradoras para efectos de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, de ahí que no se acredite

por parte de la accionada que se le haya dado la suficiente información, incumpliendo a administradora con el deber que le asiste, incurriendo en un engaño por omisión que vicia la afiliación del actor a ésta, tornándose nula.

CONSULTA

COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación, por ende la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si en virtud de la nulidad del traslado que efectuó el demandante a la AFP PORVENIR en mayo de 2000 declarada por el a quo en la sentencia de primera instancia y sobre la cual, sea de paso advertir, no se presentó reparo alguno por las partes; COLPENSIONES está obligada a activar la afiliación del actor al régimen de ahorro individual, actualizar la historia laboral y a recibir por parte de la AFP los aportes y rendimientos que aquel posea en cuenta de ahorro individual, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debió abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989

del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019, por lo que en ese sentido, se modificará la sentencia objeto de consulta.

Consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen

En lo que respecta a COLPENSIONES dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste, es claro para la Sala que la aludida ineficacia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, ésta última en la que indicó:

“Esta declaración trae como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media administrado por el I.S.S., habida cuenta de tratarse de un afiliado que desde antes del traslado de régimen había cumplido con requisitos mínimos para acceder a un derecho pensional.

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado como lo indicó el a quo, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de los dineros, rendimientos y demás rubros que integran la cuenta de ahorro individual de la demandante con los cuales,

el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales rubros y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior, como se dijo en precedencia, se **MODIFICARÁ EL ORDINAL PRIMERO** de la sentencia objeto de consulta, únicamente en el sentido de indicar que lo que se declara es la ineficacia y no la nulidad del traslado de régimen.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

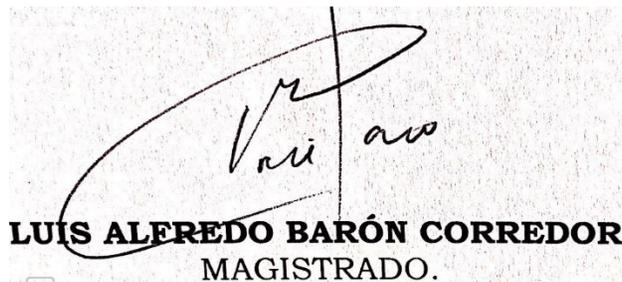
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia consultada, únicamente en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere el demandante del régimen de prima media al de

ahorro individual y no la nulidad del mismo, conforme las razones expuestas en esta providencia.

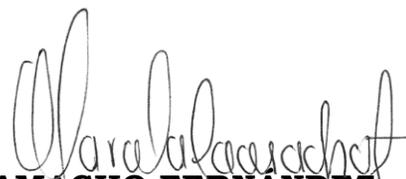
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



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

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE - JOSÉ ARQUÍMEDES VILLOTA PAREDES - CONTRA - FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veintiséis (26) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JOSÉ ARQUÍMEDES VILLOTA PAREDES**, se **declare** la nulidad del traslado de régimen que realizó el 1° de marzo de 1999 del ISS a PROTECCIÓN o ineficacia de la afiliación que hizo al RAIS a través de PROTECCIÓN y luego a COLFONDOS. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** a PROTECCIÓN y a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, así mismo, se **ordene** a COLPENSIONES realice las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado y recibirlo en esa administradora sin solución de continuidad, al igual que se les **condene** al pago de las costas y gastos del proceso (fls. 3 y 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 y 5), señaló que nació el 30 de agosto de 1955 y se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 8 de julio de 1986, cotizando al régimen de prima media 292.57 semanas. Refiere que el 1° de marzo de 1999, encontrándose vinculado con el empleador HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS se trasladó al RAIS a través de PROTECCIÓN, cuya decisión no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo. Sostiene ha cotizado ininterrumpidamente a través de diversos fondos en el RAIS un total de 930 semanas, siendo COLFONDOS la última entidad a la que aportó. COLFONJ 14 de febrero de 1957 y cotizó al ISS hoy COLPENSIONES un total de 635 semanas, aportando al sistema general de pensiones en los dos regímenes a 31 de enero de 2017, 1.182,57 semanas. Menciona que las AFP demandadas debieron informarle antes del 30 de agosto de 2007, sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión. Expone que el 10 y 13 de febrero de 2017, solicitó a COLFONDOS y a COLPENSIONES la nulidad y traslado de régimen respectivamente, de conformidad con lo expuesto sobre el tema por la Corte Suprema de Justicia.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el introductorio (fls. 62 a 70), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2 y 9 y no le constan los demás. Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, improcedencia de la declaratoria de nulidad del contrato de traslado pretendida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y compensación.

A su turno, **PROTECCIÓN** contestó la demanda (fls. 105 a 115), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 3 y niega y no le constan los demás.

Formuló las excepciones de mérito de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación.

De otro lado, **COLFONDOS** contestó el libelo (fls. 128 a 134), oponiéndose a sus pretensiones. Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 2 y 10 y niega y no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al RAIS con COLFONDOS, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación e inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho,

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de junio de 2018 (CD – fl. 188), **absolvió** a las demandadas de las pretensiones de la demanda, **declaró** probada la excepción de inexistencia de la obligación y **condenó** en costas al demandante, señalando como agencias en derecho al suma de \$200.000.

Fundamentó su decisión, indicando que no es objeto de debate que el demandante el 1° de marzo de 1999, se trasladó de régimen a través de la AFP PROTECCIÓN, el cual fue un hecho voluntario del ciudadano en tanto estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades entre ellos, además de cumplir con los elementos para la validez del acto, pues el actor era mayor de edad y por ende capaz, la causa y el objeto con legales, como tampoco existe error, fuerza o dolo ya que ninguna de esas circunstancias fue acreditada. Sostiene que si bien el demandante alega que no se le dio la debida información, del interrogatorio de parte rendido por éste no se demuestra tal situación, sin que el error de derecho constituya un vicio en el consentimiento. Aduce que en el presente caso fue el demandante quien voluntariamente decidió trasladarse a PROTECCIÓN y ésta le explicó los beneficios que acarrearía el traslado como lo señala la Ley, pues se debe olvidar que

esta situación acaeció en el mes de marzo de 1999, sin que para esa época exista una certeza sobre el futuro pensional del accionante, más aun cuando no se le puede catalogar al RAIS como un régimen totalmente nefasto, ya que como el de prima media, presenta ventajas y desventajas y en ese sentido, solo quien decide afiliarse está en plena capacidad de definir si se acomoda o no a su futuro pensional, sumado a que al ser mayor de edad sabia o presumía que su decisión al elegir el fondo era consciente y maduro de lo que estaba haciendo y eventualmente al no tener toda la información, la Ley le permite que antes de cumplir los 10 años para pensionarse pudiera trasladarse, como lo señala el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual hizo solo hasta febrero de 2017. Concluyendo que el demandante permaneció en el RAIS por más de 17 años tiempo más que suficiente para que el mismo se informara sobre el funcionamiento del sistema y por ende, discernir si llenaba o no sus expectativas.

Expresa que la decisión de traslado de régimen es legal amparada por los principios de la buena fe de quienes intervienen en ese acto, del cual no puede desecharse por el hecho que aportas de adquirir la pensión, solicite el traslado, pues corre con el riesgo de desfinanciar el sistema. Aduce que el accionante conocía el régimen al cual estaba cotizando y por ende, no puede endilgar nulidad del traslado por falta de información, como quiera que la Ley le permitió ejercer no solo el derecho de retracto sino también el traslado en la forma antes anotada.

Finalmente, manifiesta que el demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante no cumplía con 15 años de cotizaciones como lo establece la Corte Constitucional para poderse trasladar en caso de ser beneficiario del régimen de transición.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que las demandadas incumplieron el deber del deber consejo que les ha impuesto la Ley y la jurisprudencia, en virtud a que en los traslados de

régimen y entre fondo de pensiones, nunca se le informó las ventajas y desventajas que conllevaba su decisión, sin que las AFP accionadas demostraran lo contrario, tan así, que en su interrogatorio de parte señaló que fue presionado a vincularse a PROTECCIÓN pues para vincularse laboralmente tenía que afiliarse a ésta, al punto que el fondo tenía una oficina en las instalaciones de la entidad pública en la que laboraba; luego esa presión y falta de información, permite concluir que fue objeto de engaño, junto con el incumplimiento del buen consejo por parte de las demandadas.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de la AFP PROTECCIÓN es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee el actor en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, de ahí que los argumentos expuestos en este último evento por el a quo, no encuentren sustento alguno.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor JOSÉ ARQUÍMEDES VILLOTA PAREDES el 1° de marzo de 1999 (fl. 116), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN y posteriormente el 8 de mayo de 2000 se vinculó a COLFONDOS (fl. 136), encontrándose afiliado en la actualidad a ésta, efectuando cotizaciones en el RAIS desde marzo de 1999 a la fecha (fls. 123, 124 y 143 a 166). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 8 de julio de 1986 hasta el 28 de febrero de 1999 (fl. 75).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN obrante a folio 116 se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección

del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiario del régimen de transición y menos aún tenía una expectativa legítima, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención y el salario base a tener en cuenta para la liquidación del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, junto con los aportes voluntarios, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma; luego estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Asesoría de la cual adoleció también COLFONDOS, pues ésta tampoco demostró que cuando el actor se afilió a ella, le hubiere informado los aspectos en comento, tan así, que tampoco se evidencia que le haya indicado que podía trasladarse hasta antes de cumplir la edad para pensionarse.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PROTECCIÓN, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de no ser beneficiario del régimen de transición, incluida la firma del formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

En igual sentido, habrá de ordenarse a PROTECCION la devolución a ésta de las sumas descontadas al accionante por concepto de gastos de administración y comisiones, durante su permanencia en dicho fondo, toda vez que con esos rubros junto con lo devuelto por PORVENIR, el ente de seguridad social cubrirá las prestaciones a que haya lugar, conforme se indicó en precedencia.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales

del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y en su lugar, se **DECLARARÁ** la ineficacia del traslado que hizo el actor del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN, con las consecuencias que ello implica.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de PROTECCIÓN, COLFONDOS Y COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere el demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **COLFONDOS S.A.** que es el fondo en el que actor se encuentra afiliado en la actualidad, a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

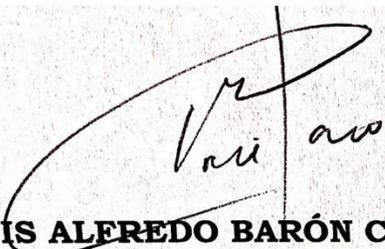
TERCERO: ORDENAR a **PROTECCION** la devolución a COLPENSIONES de las sumas descontadas al accionante por concepto de gastos de administración y comisiones, durante su permanencia en dicho fondo.

CUARTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que una vez reciba de COLFONDOS los emolumentos indicados en el ordinal anterior, reactive la afiliación del accionante al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de PROTECCIÓN, COLFONDOS Y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

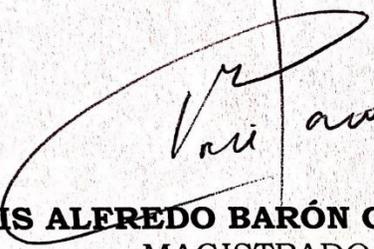


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN, COLFONDOS y COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



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

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE - ALFREDO ESPINOSA RESTREPO contra FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veintiséis (26) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **ALFREDO ESPINOSA RESTREPO**, se **declare** la nulidad o ineficacia de la afiliación que hizo al RAIS a través de PROTECCIÓN. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** a dicha AFP, traslade a COLPENSIONES los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en aquel fondo, lo que resulte probado ultra y extra petita, junto con el pago de las costas del proceso incluidas agencias en derecho. En subsidio de lo anterior, se **ordene** a PROTECCIÓN el pago de una mesada pensional, igual o equivalente a la que hubiese recibido en COLPENSIONES (fl. 57).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 a 7), señaló que nació el 14 de febrero de 1957 y cotizó al ISS hoy COLPENSIONES un total de 635 semanas. Refiere que el 14 de julio de 1995 se trasladó del ISS a PROTECCIÓN, debido a que la asesoría efectuada por dicho fondo se basó en ofrecerle una mesada más alta al momento de llegar a la pensión de vejez, adicional a que le dijeron que el Instituto se iba a acabar y que esos tiempos los podía perder, sin embargo, no se le efectuó ningún estudio previo, refiere que en dos oportunidades solicitó simulaciones pensionales a fin de trasladarse, hasta que en el 1° de diciembre de 2005 le dieron un cálculo en el cual le aseguraban una pensión con el 85% del IBL, al igual que le proyectaron una diferencia pensional entre los dos regímenes del 7% y un bono pensional calculado con un salario base de \$951.312. Sostiene que en el año 2009 le remitieron una información relacionada con el cálculo de su pensión y una diferencia con el ISS que no resultaba significativa, por lo que decidió continuar en la AFP. Expone que en abril de 2017 volvió a consultar a PROTECCIÓN su simulación pensional, al cual arrojó una diferencia superior a la informada en los cálculos previos, correspondiente al 63.52% del valor en cada uno de los regímenes, pues le indican que tendría una mesada pensional de \$5.323.402 frente a \$8.204.819 que obtendría en COLPENSIONES y que el valor del bono pensional a junio de 1992 era de \$665.070. Manifiesta que las proyecciones mediante las cuales tomó la determinación de quedarse en la AFP contienen errores que lo llevaron a tomar una decisión equivocada, pues no se tuvo en cuenta el incremento del IPC y tomó el salario como si todos los años posteriores devengara lo mismo. Aduce que existe un perjuicio muy alto, ya que al momento del traslado no se hizo un estudio responsable, por lo que existe un vicio en el consentimiento ya que fue engañado, dado que creyó en la promesa de un mayor beneficio pensional. Finalmente, señala que solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, el cual le fue negado por ésta el 25 de mayo de 2017.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el introductorio (fls. 64 a 74), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 5 y 29 y no le constan los demás. Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

A su turno, **PROTECCIÓN** contestó la demanda (fls. 96 a 102), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2, 5, 12, 13 y 17 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de mérito las de declaración libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe y reasesoría en el mes de diciembre de 2005 y enero de 2009 por parte de **PROTECCIÓN**

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 12 de junio de 2018 (CD – fl. 148), **declaró** la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y con ello la afiliación realizada el 14 de julio de 1995 a la AFP **PROTECCIÓN**, **ordenó** al fondo autorizar el traslado del demandante al régimen de prima media y enviar a **COLPENSIONES** el valor de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual a ésta, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales, junto con sus respectivos intereses o rendimientos, **ordenó** a **COLPENSIONES** aceptar el traslado del actor junto con los respectivos aportes, **conminó** a **COLPENSIONES** a determinar si existen diferencias entre lo ahorrado en el RAIS y lo que hubiere ahorrado en el RPM, para que éstos dineros sean aportados por **PROTECCIÓN**, **condenó** en costas a **PROTECCIÓN** fijando como agencias en derecho la suma equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y **declaró** no probadas las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación.

Fundamentó su decisión, indicando que el deber de asesoría que se suscita en estos casos, es la que se brindó al momento del traslado de régimen, en este caso para el 14 julio de 1995, pues si bien en el presente asunto se efectuaron unas reasesorías en los años 2005 y 2009, tal aspecto no conlleva a que se tenga por suplida la carga de la prueba referente al año 1995, pues tales documentos dan cuenta de una controversia distinta a la que se debe resolver en el presente asunto que no es otra que la asesoría que debía brindarse por parte de PROTECCIÓN al momento del traslado de régimen. Refiere que la accionada solo allegó la solicitud de vinculación, con la reseña que la selección del régimen es libre, espontánea y sin presiones, luego debe entenderse que esa es la única prueba que se tiene respecto de la información que se suministró en ese momento, al igual que el demandante en su interrogatorio, refiere que no recuerda si era requisito como tal, la densidad de un capital para efectos de obtener un monto de la mesada pensional determinado; sin que exista otro elemento adicional del cual se pueda inferir la asesoría dada en 1995.

Señala que las asesorías que se dieron en 2005 y 2009, surgieron como consecuencia de determinar cuáles eran los montos de la mesada pensional y la integración de historia laboral a efectos del bono pensional, lo cual no tiene incidencia para 1995, sin que para deprecarse la nulidad de la afiliación deba presentarse una disminución de la mesada pensional, toda vez que lo que expresa la Corte Suprema de Justicia en estos casos, es que lo que se ampara es la calidad de la información que se da al momento del traslado.

Finalmente, afirma que no es necesario que el afiliado sea beneficiario del régimen de transición para que opere la nulidad de la afiliación, ya que la transición opera de manera independiente al derecho de elección del régimen pensional; concluyendo que se debe ordenar el traslado por parte de PROTECCIÓN, de los dineros que posee el actor en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, al igual que en caso de existir una diferencia, ésta deberá ser cubierta por la AFP.

APELACIÓN

PROTECCIÓN interpuso recurso de apelación, manifestando que la parte actora en los hechos de la demanda indicó que solicitó dos reasesorías a efectos que le calcularan una proyección comparada de la pensión en los dos regímenes y que su descontento radica en que el valor de la mesada pensional en el año 2009 tenía inclusive una diferencia muy pequeña indicando que al no ser muy significativa decidió continuar en el fondo; luego desde allí ya sabía que existía una diferencia y si continuaba en la entidad, su mesada iba a ser inferior a la que obtendría en el régimen de prima media. Sostiene que el Juez no valoró en debida forma el interrogatorio del demandante, ya que al ponérsele de presente el folio 49 fue evasivo, por cuanto se le indicó que el 5 de enero de 2009 esto es, con más de 10 años de anticipación para cumplir la edad para pensionarse en el régimen de prima media, su mesada pensional con el cálculo del bono pensional con un IBC a 30 de junio de 1992 de \$665.070 sería del 65.15%, en cambio en el ISS su mesada sería del 71.9% y sin embargo, fue insistente en señalar que esa no fue la información brindada ya que **PROTECCIÓN** contaba con un documento que decía que el IBC para la liquidación del bono pensional era superior; por lo que se debe tener como un indicio frente a la falta de la verdad en la manifestación escrita en ese folio y aceptada por el demandante y que posiblemente podía tener una mesada inferior en el RAIS, sin que el fondo tuviera en sus manos documento alguno que certificara que el IBC a junio de 1992 era la ya informada por el Instituto quien es el que debe reportar el salario a esa fecha. Refiere que resulta relevante el hecho que el demandante hubiera sido beneficiario del régimen de transición, toda vez que al no ostentar tal calidad, no hace parte de ese especialísimo grupo cobijado por la Ley y las altas cortes en cuanto a que de haberse causado algún derecho al momento del traslado, ahí sí debe declararse la nulidad de la afiliación y en ese sentido tiene la carga de la prueba en demostrar el perjuicio que se le causó al momento del traslado al RAIS por haberse brindado una indebida asesoría. Afirma que la información que se le suministró se encuentra probada con la documental allegada al proceso por la misma parte actora. Aduce que la Corte ha expuesto que la

diferente asesoría brindada al afiliado se debe tener en cuenta no solo desde el momento de la afiliación misma, sino durante todo el trayecto de su vinculación al RAIS y hasta el disfrute de la pensión, de ahí que con la información dada desde el 8 de enero de 2009, el fondo le indicó clara y oportunamente que le era más beneficioso una mesada en el régimen de prima media que en el de ahorro individual. Sobre la excepción de prescripción, señala que en este caso no se está discutiendo el derecho pensional pues se sabe que va obtener la pensión en cualquiera de los dos regímenes, sin embargo, debe tenerse en cuenta la fecha en que se enteró que le era más beneficioso continuar en el régimen de prima media y lo cierto es que con la información brindada el 8 de enero de 2009 y haberse presentado la demanda el 15 de junio de 2017, se ha superado con creces el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL, para que se iniciara la acción ordinaria tendiente a declarar la nulidad de la vinculación al RAIS. Asegura que para la época del traslado, no era obligación legal tener soporte físico para demostrar la información brindada. Finalmente, solicita se revoque el aparte en el que se dispone que debe pagar una posible diferencia entre lo ahorrado en el RAIS y lo que hubiere ahorrado en el régimen de prima media, ya que si se va a declarar la nulidad de una afiliación, ha de entenderse que se trata de dos regímenes diferentes, como tampoco existe una obligación legal o jurisprudencial que determine que al declararse esa nulidad le corresponda al RAIS sufragar ese capital, ya que ambos sistemas funcionan de una forma distinta, sumado a que ello no se pidió en la demanda.

A su turno, **COLPENSIONES apeló la decisión**, señalando que la AFP PROTECCIÓN cumplió con su deber legal de brindar la información completa y si bien no se hizo en el año 1995 cuando el demandante firmó el formulario, lo cierto es que posteriormente si cumplió con ese deber de informar en tiempo y por ende, tuvo la oportunidad de trasladarse a COLPENSIONES lo cual, no sucedió y como tampoco es beneficiario del régimen de transición, tampoco es dable acceder a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de la AFP PROTECCIÓN es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee el actor en su cuenta de ahorro individual, al igual si el fondo está obligado a sufragar de su propio peculio, las diferencias que surjan entre lo ahorrado en el mismo y lo que debió ahorrar en el régimen de prima media con prestación definida.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el

afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, de ahí que los argumentos expuestos en este último evento por las demandadas, no encuentren sustento alguno.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor ALFREDO ESPINOSA RESTREPO el 4 de julio de 1995 (fl. 103), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN, encontrándose afiliado en la actualidad a ésta, efectuando cotizaciones en el RAIS desde agosto de 1995 a la fecha (fls. 133 a 137). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 8 de junio de 1978 hasta el 31 de julio de 1995 (fl. 76).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 103 se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiario del régimen de transición y menos aún tenía una expectativa legítima, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención y el salario base a tener en cuenta para la liquidación del bono

pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, junto con los aportes voluntarios, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Ahora, si bien para el 8 de enero de 2009 PROTECCIÓN le efectuó una reasesoría en el que se indica que el valor de la mesada pensional sería de \$5.195.337 en caso de tomar el salario del bono en la suma de \$951.312 y de \$4.410.1145 de tener un salario de \$665.070, frente a \$5.099.166 que sería la que le correspondería de haber continuado en el ISS (fl. 118 anverso), lo cierto es que no se probó que la accionada le haya indicado a actor cuál de las dos mesadas calculadas era la correcta, pues nótese que en el primer cálculo es superior a la del régimen de prima media, sin que le explicara porque la diferencia tomada respecto de los valores del salario a 30 de junio de 1992 a efectos de calcular el bono el pensional, induciéndolo en error, pues es lógico que al tomar la primera mesada calculada le era más beneficioso quedarse en la AFP; sumado a hecho que en el formato de reasesoría pensional que acompaña la referida liquidación (fl. 118), se dejó en blanco el acápite en el que el afiliado aparentemente es consiente que tiene hasta cierta fecha para tomar la decisión de trasladarse. Situación

ésta que claramente deja ver no solo el error del fue objeto al momento de efectuarse la proyección de la mesada, sino la falta de información en cuanto a que tenía hasta antes de cumplir los 52 años de edad para regresar al régimen de prima media.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PROTECCIÓN, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de no ser beneficiario del régimen de transición, incluida la firma del formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

Finalmente, en lo atinente a que PROTECCIÓN dado el caso, debe sufragar de su propio peculio alguna diferencia ente lo ahorrado en el RAIS y lo que se debió ahorrar en el régimen de prima media, se

revocará la condena impuesta sobre este punto, toda vez que la ineficacia del traslado implica únicamente la devolución de los rubros descritos en el aparte anterior, sin que el mismo incluya algún tipo de diferencia, máxime cuando en el régimen de prima media no puede hablarse de ahorro en la medida que la forma de financiación de la pensión en ésta, difiere de la del RAIS, pues en aquella no se habla de capital ahorrado.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia apelada en el sentido de indicar que lo que se declara es la ineficacia y no la nulidad del traslado de régimen y se **REVOCARÁ** lo relativo a la devolución de una posible diferencia entre lo ahorrado en ambos regímenes.

COSTAS

En esta instancia a cargo de PROTECCIÓN y COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada, en el sentido **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que

hiciera el demandante del régimen de prima media al de ahorro individual y no la nulidad del mismo, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR EL ORDINAL CUARTO y en su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas de conminar y devolver las posibles diferencias que surjan entre lo ahorrado en ambos regímenes.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás el proveído impugnado.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN y COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE - CAROLINA DEL PILAR TAPIA GARZÓN contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veintiséis (26) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **CAROLINA DEL PILAR TAPIA GARZÓN**, se **declare** ineficaz o nulo el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad efectuado el 10 de julio de 2011 a través de la AFP HORIZONTE, junto con el posterior traslado a PORVENIR y su consecuente regreso automático a COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, se **ordene** a PORVENIR la anulación de la afiliación y traslade todos los saldos tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión entre otros, más los rendimientos, frutos e intereses, se **ordene** a COLPENSIONES reciba tales rubros de la AFP, lo que resulte probado ultra y extra petita y el pago de las costas y agencias en derecho (fls. 4 anverso y 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 y 4), señaló que nació el 22 de agosto de y laboró en entidades del sector privado de forma discontinua desde el 1° de marzo de 1982 a la fecha, afiliándose al ISS en dicha data, cotizando en ambos regímenes 1.587 semanas. Refiere que se afilió a la AFP HORIZONTE el 10 de julio de 2001, sin que se le haya dado una ilustración suficiente, dándole a conocer las alternativas con sus beneficios e inconvenientes, como tampoco se le indicó las particularidades de la modalidad de pensión que iba a recibir, no le mencionó que tenía la posibilidad de regresar el régimen de prima media con prestación definida. Sostiene que no se le explicó en qué consistía pensionarse con anticipación ni la rentabilidad, sin que a la fecha de presentación de la demanda, le hayan dado a conocer la diferencia de obtener el derecho a la pensión en ambos regímenes. Menciona que PORVENIR guardó silencio sobre la fusión por absorción de la AFP HORIZONTE, por lo que continuó recibiendo los aportes sin darle una adecuada asesoría. Finalmente, expone que a la fecha de presentación de la demanda, la pensión que reconoce PORVENIR es inferior a la de COLPENSIONES, lo cual no le fue informado en su oportunidad, por lo que elevó la respectiva reclamación ante las accionadas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el introductorio (fls. 49 a 58), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 5 y no le constan los demás. Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

A su turno, **PORVENIR** contestó la demanda (fls. 85 a 92), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 6, 7, 26.2 y 30 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena

fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 2 de mayo de 2018 (CD – fl. 130), **absolvió** a las demandadas de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la demandante, incluyendo como agencias en derecho, medio salario mínimo legal mensual vigente.

Fundamentó su decisión, indicando que no se demostró dentro del expediente que la demandante fuera una persona incapaz, al igual que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, era suficiente la firma del formulario para la selección del régimen, el cual, según lo consignado en dicho documento se hizo de manera libre, espontánea y sin presiones, además de indicarse en él, que recibió toda la asesoría necesaria para tomar la decisión. Refiere que en el interrogatorio absuelto por la demandante, señaló que es administradora de empresas y para la época del traslado, laboraba en el BANCO COLPATRIA en la oficina de personal y que leyó el formulario al momento de firmarlo, coligiendo el Juzgado que la actora entendió lo que estaba leyendo y si bien manifiesta que firmó bajo presión en la medida que todos los empleados del Banco tenían que estar afiliados al fondo, lo cierto es que también señaló que no existía sanción alguna porque no lo hicieran, quedando desvirtuada tal manifestación. Sostiene que no existió ninguna presión en la afiliación, pues la misma demandante según lo narrado por los testigos, hizo que 5 familiares de ella también se afiliaran al fondo, sumado al hecho que se encontraba laborando en la entidad bancaria desde 1983 y la afiliación al RAIS lo fue en el año 2001, lo que evidencia que efectivamente, no existió presión de parte de su empleador para el traslado de régimen. Afirma, que el fondo no estaba obligado a informarle sobre las implicaciones del traslado en la medida que no era beneficiaria del régimen de transición ni acreditaba los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los términos de la

Ley 100 de 1993. Manifiesta que la accionante efectuaba aportes voluntarios, lo que denota que sí recibió información, pese a que indique que lo hizo porque un compañero le aconsejó porque ese dinero estaba exento de renta; luego en el presente caso no se puede hablar de una persona ingenua en conocimientos relacionados con el tema pensional. Aduce que todos los fondos de pensiones efectuaron una publicación en enero de 2004, en la que le informaron a todos los afiliados la posibilidad que tenían de trasladarse al régimen de prima media y el término que tenían para ello, data ésta para la cual a la demandante aun le faltaban más de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, de ahí que haya podido hacer uso de eso para retornar al ISS hoy COLPENSIONES. Asegura que las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia sobre el tema no aplican al presente caso, toda vez que allí se habla de personas beneficiarias del régimen de transición, sin que la demandante como se indicó, posea tal calidad, por lo que al no encontrarse vicio alguno en el consentimiento, absuelve a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que el régimen de transición era una mera expectativa, luego lo que se debe mirar es lo que sucedió al momento del traslado, como operó el mismo y en los hechos de la demanda se dejó claro que HORIZONTE hoy PORVENIR no le brindó asesoría, pues no se encuentra prueba de ello y si bien el despacho dice que hay una publicación en un diario de enero de 2004, ello se hizo a nivel general, pero no hay prueba que se le haya hecho llegar esa comunicación y que tampoco con esa mínima información tuvo asesoría o que estuviera suscrita al tiempo como para tener esa información como cierta. Afirma que si bien la demandante firmó el formulario, si existe un vicio en tanto se le debió infirmar aunque fuera el derecho de retracto al que tenía derecho, junto con el contrato de adhesión que venía con el formulario el cual es solo una leyenda impresa. Aduce que el hecho de ser una persona profesional no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aun cuando la carga la tenía el fondo

quien solo se limitó a aportar una publicación de data de años después, de ahí que tuvieran la obligación de informarle, sin que el hecho de firmar el formulario de manera libre y espontánea, pruebe que se le dieron a conocer las diferencias entre los regímenes, pues esa leyenda del formulario era algo que el mismo por disposición legal debía traer y no quiere decir que se le haya asesorado para tomar una decisión.

Refiere que la proyección que se le hizo de la pensión es del año 2017, cuando debió efectuarse al momento del traslado en el 2001 y en la respuesta dada a la solicitud de nulidad, ahí si el fondo le explica con detalle que se podía trasladar antes de cumplir los 10 años de la edad para pensionarse, cuando debió hacerlo en su momento, máxime si el formulario no trae ningún anexo del cual se infiera la aparente información que se le dio.

Sostiene que si bien efectuó aportes voluntarios ello lo fue en el año 2005, tiempo después de la afiliación lo cual nada tiene que ver con las pensiones obligatorias y el hecho de no ser beneficiaria del régimen de transición, no tiene que ver con la obligación del fondo de asesorarla al momento de la afiliación, máxime si para ese entonces tenía 989 semanas cotizadas, luego la entidad debió advertirle que estaba próxima a cumplir con el número de semanas requerido por la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de vejez.

Finalmente, afirma que desde la expedición de la Ley 100 de 1993, estaba la obligación de los fondos de suministrar información, lo cual no se suple con el formulario el cual solo contiene cláusulas ambiguas, pues no expresa la forma en el que le iba a administrar el dinero.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR es ineficaz por falta de

información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es

necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, de ahí que los argumentos expuestos en este último evento por el a quo, no encuentren sustento alguno.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora CAROLINA DEL PILAR TAPIA GARZÓN el 10 de julio de 2001 (fl. 88), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, encontrándose afiliada en la actualidad a ésta, efectuando cotizaciones en el RAIS desde agosto de 2001 a la fecha (fls. 102 a 109). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 1° de marzo de 1982 al 31 de julio de 2001 (fls. 65 y 66).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 94 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen especialmente del de transición en caso de ser beneficiaria del mismo, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición lo que de plano desdibuja lo dicho en el formulario y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos, tan así que debió indicarle que estaba a 7 semanas (993 semanas cotizadas al ISS), para cumplir las 1000 semanas que exigía la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión y bajo ese entendido, solo le faltaba acreditar la edad, luego

era lógico que con ese número de semanas la pensión en prima media le sería más favorable.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Ahora, si bien la demandante efectuó aportes voluntarios, tal situación no subsana la falta de información por el contrario, deja ver que solo se le explicó lo relativo a las ventajas del régimen, tan así que la misma actora señala que eso junto con la posibilidad de pensionarse de manera anticipada, fue lo que la motivo a decirle a cinco de sus familiares que se afiliaran al fondo, como tampoco el hecho de ser una persona profesional, implique conocimiento en el tema, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con el tema, habida cuenta que el deber de información data independientemente del grado de escolaridad y conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de no ser beneficiaria del régimen de transición, incluida la firma del formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí

que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

De otro lado, en lo atinente a la publicación que milita a folio 120 efectuada en enero de 2004, la misma se hizo 3 años después de la afiliación de la accionante a la AFP; publicación ésta que sea de paso advertir se efectuó a nivel nacional, sin que se demuestre que la información allí contenida se le dio a conocer a la demandante de manera puntual esto es, la posibilidad de regresar al régimen de prima media si le faltaban más de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, pues ello debió hacerlo de manera personal en la medida que se trataba de su futuro pensional o por lo menos, asegurarse que la actora tuvo conocimiento de la misma.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989)

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y en su lugar, se **DECLARARÁ** la ineficacia del traslado que hizo la actora del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, con las consecuencias que ello implica.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere la demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado

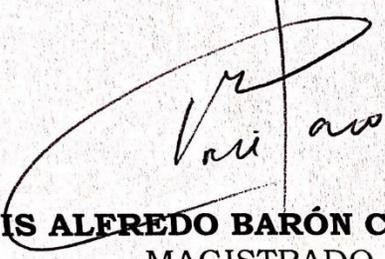
a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que una vez reciba de la AFP los emolumentos indicados en el ordinal anterior, reactive la afiliación de la accionante al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de PORVENIR Y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

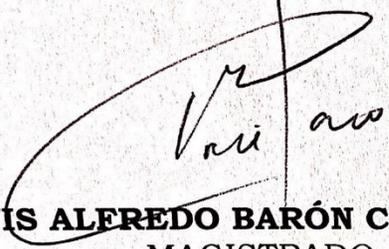


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



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

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE - SALATIEL GIL GIL contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintiséis (26) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **SALATIEL GIL GIL**, se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por su compañera permanente, a partir del 1° de abril de 2004, por 14 mensualidades al año, indexados al momento de su pago, más las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 y 4), señaló que mediante resolución 029977 de 2004 le fue reconocida la pensión de vejez, con fundamento en el Decreto 758 de 1990, a partir del 1° de octubre de 2004. Refiere que es casado y convive con la señora ERIKA ELIZABETH MURILLO JIMÉNEZ desde hace más de 20 años, quien siempre se ha dedicado al hogar, depende económicamente de él y no

percibe pensión. Finalmente, sostiene que el 26 de febrero de 2014 surtió el trámite de la reclamación administrativa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 20 a 24), en la que se opuso a sus pretensiones. Sobre los hechos, no le consta los contenidos en los numerales 10 a 13 y acepta los demás. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos e inexistencia de la obligación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 30 de julio de 2018 (CD – fl. 40), **declaró** probada la excepción de prescripción, **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demandada, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que al ser pensionado el actor con base en el Decreto 758 de 1990, le es aplicable el artículo 21 de dicha normatividad, como así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, en tanto la misma se encuentra vigente para los pensionados por régimen de transición. Refiere que de la testimonial recepcionada, se logra establecer el cumplimiento de los requisitos dispuestos en ese artículo para la procedencia de los incrementos pensionales. Sostiene que al estudiar la excepción de prescripción, se observa que dicha Corporación ha sostenido que éstos se encuentran sometidos al fenómeno de la prescripción completa del derecho; por lo que al habersele reconocido la pensión al accionante en el año 2004, el mismo tenía hasta el 23 de noviembre de 2017 para efectos de interrumpir o suspender la prescripción, lo cual solo devino hasta el 27 de febrero de 2012, es decir, transcurrido el término trienal de que trata el artículo 488 del CST, motivo por el cual se declara probada la aludida excepción.

CONSULTA

La parte demandante no interpuso recurso de apelación por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se encuentran vigentes y en caso afirmativo, establecer si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para acceder a éstos y en caso tal, analizar si los mismos no se encuentran prescritos.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor SALATIEL GIL GIL, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la Resolución 029977 del 22 de septiembre de 2004 (fl. 8), mediante la cual el ISS hoy COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía de \$358.000, a partir del 1° de octubre de 2004.

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

“Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de

1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

(...)

“Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993.”

(...)

“De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.”

Al respecto es importante precisar, que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y en lo relativo a cuándo empieza a operar**, la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se

complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

“7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexecuibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”

(...)

“9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones”.

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

“... 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional...”

“Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo.”

De suerte, que al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento**, lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

“Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

"Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes" (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (Subraya la Corte).

Destacándose nitidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como **elemento integrador**: pues en este caso, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica“(C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y “para interpretar las leyes”, pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

“ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. *Las sentencias*

proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

*1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

En ese orden de ideas, se tiene que el actor adquirió el derecho a la pensión el **1° de octubre de 2004** data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994 esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 de ahí que el actor no tenga derecho a los mismos.

En tales condiciones y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** decisión de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA

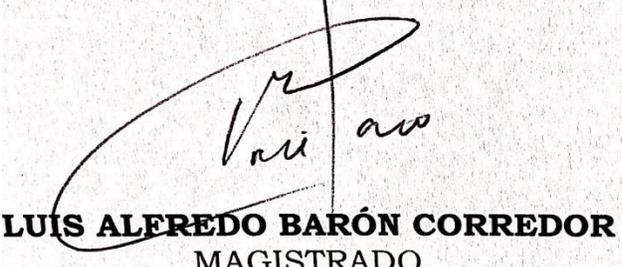
EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
Aclara voto

República de Colombia



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

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE - ORANGEL RAFAEL DAZA JIMÉNEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veintiséis (26) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **ORANGEL RAFAEL DAZA JIMÉNEZ**, se **declare** que es beneficiario del régimen de transición. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de invalidez, teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados durante toda la vida laboral, teniendo en cuenta que cotizó más de 700 semanas como lo disponen, los artículos 12 del Decreto 758 de 1990 y 21 de la Ley 100 de 1993, aplicando una tasa de reemplazo del 54%, junto con los reajustes legales, intereses moratorios, indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 3 y 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 y 5), señaló que para el 1° de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad y se afilió por

primera vez al ISS en el año 1982, cotizando a este un total de 700 semanas, al igual que la última cotización la efectuó en diciembre de 1995. Refiere que el ISS hoy COLPENSIONES mediante Resolución 006492 de 1996, le reconoció la pensión de invalidez en cuantía de \$223.345 a partir del 12 de octubre de 1995, con base en 661 semanas. Sostiene que el 54 de diciembre de 2015 solicitó ante la accionada la reliquidación de la pensión, a lo que la entidad a través de la Resolución GNR 96366 del 5 de abril de 2016, reliquidó la pensión en cuantía de \$1.272.546 a partir del 4 de diciembre de 2012, con un total de 650 semanas, por lo que interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra dicho acto, los cuales fueron resueltos con las Resoluciones GNR 282535 del 23 de septiembre de 2016 y VPB 41859 del 17 de noviembre de 2016, confirmando dicha decisión. Finalmente, expone que dado el número de semanas que tiene, hay lugar a que su pensión sea reliquidada con todos los ingresos percibidos durante toda su visa laboral.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 80 a 83), en la que se opuso a sus pretensiones. Sobre los hechos, niega los contenidos en los numerales 2, 4, 12 y 13 y acepta los demás. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC no de indexación o reajuste alguno, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 17 de julio de 2018 (CD – fl. 98), **absolvió** a COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante fijando como agencias en derecho la suma de \$600.000.

Fundamentó su decisión, indicando que si bien la parte actora sostiene en los hechos y pretensiones de la demanda que cotizó mas de 700 semanas, lo cierto es que no indica si algún empleador omitió efectuarle los aportes o alguna situación relacionada con ello, por lo que se tomaran como semanas cotizadas las que aparecen la historia laboral aportada por la demandada, es decir las 667.71 semanas que allí se indican.

En cuanto al régimen de transición, sostiene que el accionante no es beneficiario del mismo en la medida que a 1° de abril de 1994 no contaba con 40 años de edad ni con 15 años de servicio, como lo exige el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que bajo ese entendido no es dable aplicar el Decreto 758 de 1990.

Sobre la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta los salarios devengados durante toda la vida laboral, refiere que efectuadas las operaciones aritméticas del caso, se obtiene un IBL de \$335.163,65 al cual se le aplica una tasa de reemplazo del 49.50%, arroja una mesada pensional de \$165.906,06, la cual resulta inferior a la otorgada por el ISS hoy COLPENSIONES, de ahí que no haya lugar ala reliquidación deprecada.

APELACIÓN

La parte demandante, manifestó que como en la demanda no se hizo especifico que hacían falta unas semanas por cargar en la historia laboral, hará lo posible por efectuar los requerimientos al ente de seguridad social, en tanto existen semanas que no se cotizaron y por ende, no se puede ver afectado por eso y si bien se le otorgó la pensión, la misma no se hizo con el porcentaje que le corresponde.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver lo pertinente, es del caso advertir que la parte actora además de no manifestar que interponía el recurso de apelación, en caso de haberlo hecho, no sustentó el mismo en debida forma, toda vez que se

limitó a decir que adelantaría las gestiones necesarias para corregir la historia laboral; por lo que al no haberse interpuesto y sustentado en debida forma la apelación y en la medida que la sentencia resultó desfavorable a los intereses del actor, de conformidad con el artículo 69 del CPL, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

Dicho lo anterior y conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el accionante tiene derecho a que la pensión de invalidez que le fue reconocida por COLPENSIONES, sea reliquidada por ésta teniendo en cuenta los aportes efectuados durante toda la vida laboral, 700 semanas cotizadas y una tasa de reemplazo del 54%, en aplicación lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor ORANGEL RAFAEL DAZA JIMÉNEZ lo cual fue aceptado por la demanda en la contestación de la demanda y que es corroborado con la copia de la Resolución 006492 del 11 de octubre de 1996 (fl. 16), mediante la cual el ISS hoy COLPENSIONES le reconoce la pensión de invalidez a partir del 12 de octubre de 1995 en cuantía de \$223.345, de conformidad con la Ley 100 de 1993 y con base en 661 semanas cotizadas.

Prestación que fue reliquidada con la Resolución GNR 96366 del 5 de abril de 2016 (fls. 24 a 33), en cuantía de \$961.867 a partir del 4 de diciembre de 2012.

Régimen de transición

Al respecto, se tiene que en tratándose de pensiones de invalidez y sobrevivientes no es aplicable el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la medida que el mismo está dado únicamente para las pensiones de vejez, como así lo indica la referida norma; de ahí que para las otras prestaciones la jurisprudencia tanto de

la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia determinarán la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, el cual consiste en emplear la normatividad anterior en el evento que el afiliado no acredite los requisitos para acceder a la pensión en vigencia de la nueva norma.

Dicho lo anterior, es claro que en el presente asunto no es dable el estudio del régimen de transición a efectos de reliquidar la prestación del demandante, habida cuenta que el mismo se encuentra pensionado por invalidez y como se dijo, dicho régimen no es aplicable a este tipo de pensiones; sin que tampoco proceda el estudio de la misma en virtud del principio de la condición más beneficiosa en la medida que sobre ello no se hizo alusión alguna en la demanda, sumado a que éste deviene solo para el reconocimiento de la prestación y no para su reliquidación.

Reliquidación de la pensión de invalidez

Solicita el demandante la reliquidación de la pensión de invalidez teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas durante toda la vida laboral, aplicando una tasa de remplazo del 54% y 700 semanas cotizadas.

Al respecto, se tiene que según el reporte de semanas cotizadas que obra a folios 88 y 89, el actor cotizó 667.71 semanas y si bien manifiesta que las mismas corresponden a 700, en el expediente no aparece prueba alguna de la cual se vislumbre que estas ascienden a ese número, tan así que en la demanda no hace alusión a si existe algún faltante o mora en alguno de sus empleadores; por lo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, le correspondía al actor probar tal circunstancia, al punto que en la manifestación hecha sobre la sentencia de primer grado se limitó a decir que efectuaría los trámites respectivos ante COLPENSIONES para arreglar su historia laboral, sin hacer indicar de manera concreta y detallada que periodos son los que no aparecen en el citado reporte; de ahí que para todos los efectos se tenga como semanas cotizadas las reportadas por el ente de seguridad social.

Ahora en lo atinente a la reliquidación de la prestación, el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, establece:

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

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.” (negrilla fuera de texto).

De donde se colige que el IBL para efectos de la pensión de invalidez, se calcula con el promedio de las cotizaciones de los últimos diez años o en todo el tiempo si este fuere inferior, teniendo como fecha de referencia la de la estructuración de la invalidez, como así también lo indicó la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias SL 272 de 2020 y SL 4257 de 2019.

Revisada la liquidación efectuada en su momento por el ISS hoy COLPENSIONES (CD – fl. 92), encuentra la Sala que la entidad para calcular el IBL tuvo en cuenta la totalidad de semanas cotizadas por el accionante, esto es, 661 actualizada a 1995, que corresponde a la anualidad en la que le fue otorgada la prestación, arrojando un IBL de \$451.203, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 49.50%, que es la que le corresponde, dado el número de semanas cotizadas (1.5 por cada 50 semanas adicionales a las primeras 500 – artículo 40 Ley 100 de 1993).

Posteriormente al reliquidar la pensión, el ente de seguridad social tomó el promedio de las cotizaciones efectuadas durante los últimos 10 años como lo indica la norma en cita, dando como resultado un IBL superior al que inicialmente había calculado el Instituto para el otorgamiento de

la prestación, en la suma de \$1.942.241 a diciembre de 2012 (CD – fl. 92).

Hechas las anteriores precisiones, no base duda para este Tribunal que la liquidación de la pensión efectuada por COLPENSIONES se encuentra ajustada a derecho, habida cuenta que en ambos casos se tomó como IBL el promedio de las cotizaciones efectuadas durante toda la vida laboral y los últimos 10 años respectivamente, actualizadas cada una al año de otorgamiento, tan así, que el a quo al calcular nuevamente la pensión con el promedio de lo aportado durante toda la vida, le arrojó un IBL inferior al liquidado por la demanda con los últimos 10 años.

Así las cosas, como quiera que el IBL calculado por COLPENSIONES para la reliquidación de la pensión de invalidez efectuada con la Resolución GNR 96366 del 5 de abril de 2016 (fls. 24 a 33), se encuentra ajustado a derecho, es por lo que sin más consideraciones se **CONFIRMARÁ** la providencia objeto de consulta.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

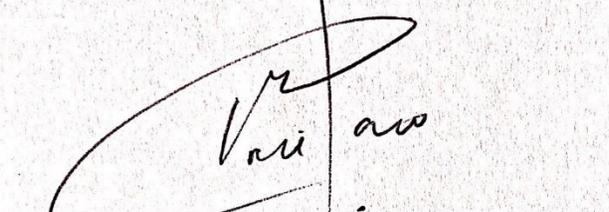
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ÁLVARO ROA LEGUIZAMÓN
CONTRA COLPENSIONES.**

En Bogotá D. C. a los veintiséis (26) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende el señor **ÁLVARO ROA LEGUIZAMÓN**, de manera principal que se **declare** que COLPENSIONES debe reconocerle y pagarle la pensión de vejez en la cuantía que realmente le corresponde, atendiendo el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por su conducto el Acuerdo 049 de 1990, que se **declare** y condene a la entidad demandada al pago de la diferencia que surja a favor del actor entre el monto reconocido y el real devengado, que se **declare** y condene a COLPENSIONES al pago de dicha diferencia a partir de la fecha de causación del derecho, es decir, desde el 12 de octubre de 2014, que se **declare** y **condene** a COLPENSIONES al pago de la citada diferencia ateniendo la cuantía mensual que por ley correspondía, sin que pueda ser inferior al 90% de lo devengado durante los 2 últimos años laborales. De manera subsidiaria solicita, que se **declare** que COLPENSIONES debe reconocer y pagar la pensión de vejez atendiendo la cuantía mensual que por Ley corresponda, sin que pueda ser inferior al 90%, aplicando en su caso el correspondiente 90% a lo percibido en todo el tiempo de labores y

14201600354-01

por ende de cotizaciones, que de **declare** y **condene** a la demandada al pago de intereses moratorios, a la indexación y a las condenas ultra y extra petita **(fls. 41/43)**.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 43/45), señaló que estaba cobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que realizó aportes al ISS hoy COLPENSIONES desde el 4 de julio de 1972 hasta el 31 de octubre de 2014 acreditando 1,850 semanas de cotización y más de 850 semanas que se cotizaron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que ya tenía causado el derecho, en el entendido de haber cumplido con el requisito de semanas mínimas exigidas para causar el derecho a la pensión, es decir, contaba con 500 semanas y más de 1,000 semanas cotizadas, que el cumplimiento de edad no es un requisito para causar el derecho, sino un requisito formal, que teniendo en cuenta el número de semanas cotizadas corresponde a su favor una pensión mensual vitalicia igual al 90% de lo percibido durante los 2 últimos años.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no ser ciertos los numerales 7 a 14, 16, 17, 18 y 23, y ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, inexistencia de intereses moratorios, improcedencia del cobro de intereses moratorios e indexación, cobro de lo no debido, prescripción e innominada o genérica **(fls. 125/137)**.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 8 de junio de 2018 (CD – fl. 155), **absolvió** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, se **relevó** del estudio de las excepciones propuestas y **condenó** en costas a la parte actora.

Fundamentó su decisión, señalando que la entidad demandada le había reconocido al demandante la pensión de vejez mediante resolución GNR 442324 del 27 de diciembre de 2014 a partir del 1° de enero de 2015 en

14201600354-01

cuantía de \$4.062.072, que mediante recurso de reposición desatado en resolución GNR 138895 del 13 de mayo de 2015, modificó la fecha de causación al 1° de noviembre de 2014, señalándose además que el valor de la pensión para el 2015 correspondía a la suma de \$4.210.244, sosteniendo el *a quo* que de dichos actos administrativos se podía evidenciar que la prestación se había otorgado con fundamento en el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, teniéndose en cuenta 1,849 semanas de cotización, por tanto, se había aplicado una tasa de remplazo del 90%, para el calcular el IBL se había tenido en cuenta lo establecido en el art. 21 de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior, refirió el sentenciador que la inconformidad del actor era porque no se había calculado el IBL de acuerdo a lo señalado en el Acuerdo 049 de 1990, sino que por el contrario se había dado aplicación a la Ley 100 de 1993, en especial el artículo 36, sosteniendo el sentenciador que de dicha norma habían surgido varias interpretaciones, por lo que existían varios criterios al respecto, por un lado el Consejo de Estado establecía que para calcular el monto de la pensión, se debía acudir al régimen anterior tanto para la tasa de remplazo como para el IBL, que la CSJ Sala Laboral señalaba que la palabra “*monto*” solo hacía referencia al porcentaje de la base salarial, sin que la misma correspondiera al IBL tal como se observaba de la sentencia con radicado No. 47164 del 18 de noviembre de 2015 y sentencia 1° de junio de 2016 radicado 48245. Que, así mismo, la Corte Constitucional en sentencia SU 230 de 2015, había determinado que el IBL no era un aspecto del régimen de transición, por lo que éste último criterio resultaba ser el vinculante y en razón a ello el Juzgado no podía acceder a las pretensiones del demandante.

De otro lado, señaló que tampoco había lugar a la reliquidación, según los fundamentos señalado por el actor, en los cuales decía que al entrar en vigor la Ley 100 de 1993, ya había causado su derecho por cuanto acreditaba más de 1,000 semanas de cotización, toda vez que para acceder a la pensión de vejez debía aplicarse en su integridad el Decreto 758 de 1990, es decir, cumpliendo a cabalidad los requisitos, esto es, tanto la edad como las semanas mínimas requeridas, de manera que no resultaba ser cierto que el demandante al acreditar un número de semanas a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, había estructurado su derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación indicando que el art. 36 de la Ley 100 de 1993, establecía diferentes interpretaciones, razón por la cual debía tomarse la que reportaba mayores beneficios, como era aquella en la que solo se aplicaba el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en aquellos casos en que no se preveía el IBL determinado para establecer el monto de la respectiva mesada pensional, de lo contrario debía liquidarse la pensión conforme al régimen anterior. Que así mismo, debía tenerse en cuenta que antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, ya había cotizado más de 850 semanas lo cual significa que ya había financiado su pensión, causando así su derecho pensional, estando solo a la espera del cumplimiento de la edad, lo cual era solo un requisito formal, por lo tanto, solicita se revoque la sentencia y se acceda a la reliquidación de la pensión conforme al IBL establecido en el Acuerdo 049 de 1990.

CONSIDERACIONES

En estricta consonancia con la sustentación del recurso de apelación que fue expuesto en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del CPTSS, procede la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos; determinar si el demandante tiene derecho a que la pensión de vejez que le fue reconocida por COLPENSIONES a través de la Resolución GNR 48636 del 21 de febrero de 2014, sea reliquidada teniendo en cuenta el IBL establecido en el parágrafo 1° del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del actor, conforme se infiere de la copia de la Resolución GNR 442324 del 27 de diciembre de 2014, en la cual se le reconoció la pensión de vejez por ser beneficiario del régimen de transición, dando aplicación a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, a partir del 1° de enero de 2015, teniendo en cuenta para la liquidación de la mesada pensional 1,849 semanas de cotización, aplicando una tasa de remplazo del 90%, obteniéndose como primera mesada pensional la suma de

14201600354-01

\$4.062.072 (fls.32/35). Mediante resolución GNR 138896 del 13 de mayo de 2015 (fls. 24/27), fue resuelto el recurso de reposición interpuesto por el actor, modificando la resolución de reconocimiento en cuanto a la fecha de disfrute de la prestación, otorgándola a partir del 1° de noviembre de 2014 con una mesada pensional para el año 2015 de \$4.210.744.

Reliquidación de la pensión

Sostiene el recurrente que debe ser reliquidada su pensión de vejez, por cuanto debió calcularse su mesada pensional en su integridad a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, pues a su sentir el art. 36 de la Ley 100 de 1993, establecía diferentes interpretaciones, razón por la cual solo se podía acudir a ello, cuando no se preveía un IBL determinado en la normatividad anterior para establecer el monto de la respectiva mesada pensional.

Frente a éste primer argumento, ha sido reiterada la jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral, en señalar que para los beneficiarios del régimen de transición, como es el caso del aquí demandante, se conservó, la aplicación de las disposiciones anteriores a efecto de determinar el derecho a la pensión de vejez, en lo concerniente a tres aspectos puntuales: La edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el **monto de la prestación**, entendido éste como la tasa de reemplazo; pero en lo atinente al Ingreso Base de Liquidación de la primera mesada, el legislador decidió que se regulara por las disposiciones de la Ley 100 de 1993, por lo que no que resulta viable acudir a normas anteriores para establecerlo.

Criterio que además ha sido reiterado, como en sentencia más reciente con radicado SL 2893 del 20 de junio de 2018, en la cual señaló textualmente: *“Por lo tanto, bajo las anteriores premisas, se insiste, que el IBL de los beneficiarios del régimen de transición, se rige por lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aplicable a aquellos que les faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, caso en el cual, corresponderá al « promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo, si este fuere superior»; y para quienes les faltaba más de 10 años para consolidar el derecho a la pensión, se calcula conforme lo establece el artículo 21 de la precitada ley, es decir, con «el promedio de los salarios o rentas sobre*

14201600354-01

los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia”.

Así mismo, en la sentencia SL 16415 de 2014, expresó:

“De tal suerte que esa mixtura normativa, que no constituye un exabrupto jurídico, pues es característica de los regímenes expedidos para regular transiciones normativas, surge del propio texto de la ley y no es resultado de una caprichosa interpretación de las normas que instituyeron el sistema de seguridad social integral en pensiones.

*Y es claro, además, que al ingreso base de liquidación de la pensión se le quiso continuar otorgando una naturaleza jurídica propia, no vinculada al monto, porcentaje o tasa de reemplazo de la prestación, que es otro elemento de ésta, pero diferente e independiente; pues al paso que el ingreso base corresponde a los salarios devengados por el trabajador o a la base sobre la cual ha efectuado sus aportes al sistema, según el caso y el régimen aplicable, **el monto de la pensión debe entenderse como el porcentaje que se aplica a ese ingreso, para obtener la cuantía de la mesada.** Por manera que no existe ninguna contradicción en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 cuando señaló que el monto o porcentaje de la pensión de los beneficiarios sería el establecido en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados y el ingreso base de liquidación de la prestación, para casos como el de la demandante, el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para adquirir el derecho, o el cotizado durante todo el tiempo, si este promedio fuese superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor”*

Lo anterior se compasa con lo dicho sobre el tema por la Corte Constitucional en sentencias C – 258 de 2013 y SU – 230 de 2015, ésta última, en la que indicó:

“De esa forma, la Sala Plena mediante el estudio de la solicitud de la nulidad de la tutela T-078, reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.”

Conforme a ello, es claro que no le asiste derecho al demandante a la reliquidación solicitada y, por ende, resultan también ciertos los argumentos señalados por el *a quo*, en cuanto a que para acceder a la pensión de vejez se debe reunir la totalidad de los requisitos exigidos para ello, esto es, edad

14201600354-01

y monto mínimo de semanas cotizadas, sin que el cumplimiento de una sola de ellas le permitan acceder a la prestación, de manera que si bien el actor, había cumplido las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1990, con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, la edad la cumplió solo hasta el 12 de octubre de 2014, es decir, ya en vigencia de dicha normatividad, incluso con posterioridad a promulgación del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que con ello quedó sometido a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por ende COLPENSIONES no cometió ningún desatino al calcular la mesada pensional de acuerdo a lo señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, en donde además tuvo en cuenta la tasa de remplazo máxima que estipula el Acuerdo 049 de 1990. Por dichas razones se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora, como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

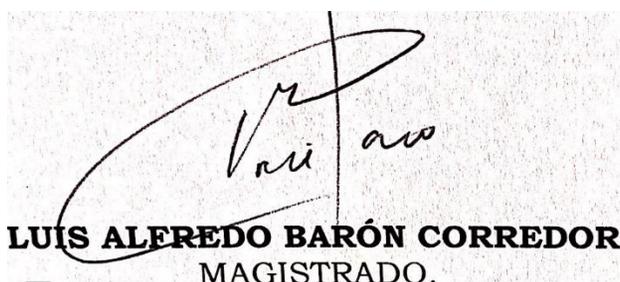
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 8 de junio de 2018, conforme a lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

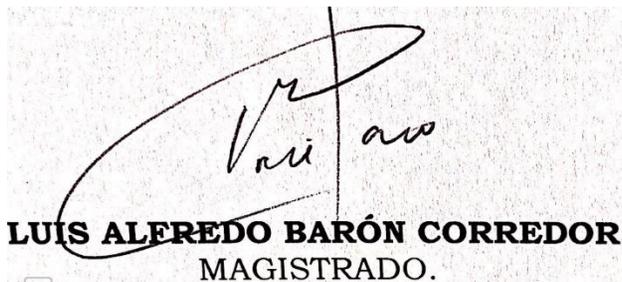


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante, la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



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

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARLEN ELISA ALFONSO TENJO
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintiséis (26) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **MARLEN ELISA ALFONSO TENJO**, se **condene** a COLPENSIONES a pagar la diferencia del mayor valor entre el actualmente percibido y lo que resulte de reliquidar la pensión de invalidez que actualmente percibe, tomando en cuenta el promedio de cotizaciones de los últimos 10 años o de toda la vida laboral, si fuere más beneficioso, tal como lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, se **condene** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la reliquidación de la pensión a partir del 1° de diciembre de 2013, se **condene** a COLPENSIONES a pagar los reajustes pensionales reclamados debidamente indexados hasta cuando se verifique su pago, se **condene** al pago de costas y agencias del proceso y a las **codenas** ultra y extra petita **(fl. 4/5)**.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2/3), se señalaron en síntesis los siguientes, que fue calificada por COLPENSIONES con pérdida de

capacidad laboral mediante dictamen No. 201320386F del 09 de agosto de 2013, que en el anterior dictamen se estableció una pérdida de capacidad laboral del 61.25% con fecha de estructuración 25 de marzo de 2011, que cotizó al sistema pensional 1,469 semanas, que mediante resolución GNR 346604 del 7 de diciembre de 2013 COLPENSIONES le reconoció la pensión de invalidez a partir del 1° de diciembre de 2013 en una cuantía inicial de \$1.179.898, que el IBL se determinó conforme a lo señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que el 30 de septiembre de 2016 solicitó la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta lo cotizado durante los últimos 10 años y toda la vida laboral, que COLPENSIONES dio respuesta mediante resolución GNR 330394 del 8 de noviembre de 2016, en la cual negó la solicitud.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (**fls. 57/60**), en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no ser cierto el numeral 3 y ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, y pago.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 7 de junio de 2018 (CD – fl. 81), **condenó** a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de invalidez teniendo en cuenta como valor de la mesada pensional \$1.285.413 y para el año 2018 la suma de \$1.596.384, condenó a la demandada a reconocer y pagar el retroactivo calculado hasta el 31 de mayo de 2018, causado por las diferencias pensionales en la suma de \$7.151.343 y por concepto de indexación la suma \$867.582,33, declaró no probadas las demás excepciones y la condenó en costas.

Fundamentó su decisión, señalando que la demandante había solicitado ante COLPENSIONES que se realizará un nuevo cálculo del IBL de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que frente a dicha solicitud la demandada mediante resolución GNR 330394 del 8 de noviembre de 2016, había negado la reliquidación aduciendo que al

proceder a realizar los cálculos aritméticos la mesada actual correspondía a la suma de \$1.331.219 y la arrojada en la nueva liquidación consistía en una suma inferior de \$1.312.838, situación que daría una disminución de la mesada pensional y por ello no era dable acceder a la reliquidación pretendida.

De lo anterior, la *a quo* hizo alusión a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y procedió hacer los cálculos del IBL en los dos supuestos establecidos en dicha norma, es decir, con el promedio de los últimos 10 años y toda la vida laboral, tomando como tasa de remplazo el 73,50%. Para el promedio de los últimos 10 años señaló la Juez que había arrojado como mesada pensional la suma de \$1.285.413 al 1° de diciembre del año 2013 y un IBL \$1.707.284, 85, en cuanto a toda la vida laboral se había obtenido un IBL \$1.698.173,33 y valor de la mesada pensional del año 2013, la suma de \$1.278.212.

Estableciendo con ello, que el IBL calculado resultaba más favorable con el promedio de los 10 últimos años de cotización, puesto que la mesada pensional de \$1.285.413 era superior a la señalada en la resolución GNR 346604 del 7 de diciembre del año 2013, la cual había ascendido a \$1.179.898, en consecuencia se debía condenar a la demandada a que se reliquidara la pensión de invalidez reconocida a la demandante, teniendo como mesada pensional al 1° de diciembre de 2013 la suma de \$ 1.285.413 y para el 2018 la suma de \$1.596.384.

CONSULTA

La parte demandante no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la demandante tiene derecho a que le sea

reliquidada su mesada pensional reconocida mediante resolución No. 346604 del 07 de diciembre de 2013 a partir del 1° de diciembre de 2013 y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionada de la señora MARLEN ELISA ALFONSO TENJO, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la copia de la Resolución GNR 346604 del 07 de diciembre de 2013, de donde se desprende que le fue reconocida la pensión de invalidez conforme a lo dispuesto en la Ley 860 de 2003, con fecha estatus el 25 de marzo de 2011 y fecha de efectividad el 1° de diciembre de 2013, teniendo en cuenta un IBL de \$1.605.304, una tasa de remplazo de 73.50%, teniendo en cuenta 1,452 semanas de cotización, para una primera mesada pensional para el año 2013 de \$1.179.898 (fls. 28/31).

Reliquidación mesada pensional

Sostuvo la Juez de primera instancia que al realizarse las operaciones aritméticas por parte del Despacho conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, había obtenido como promedio de los últimos 10 años una mesada pensional en la suma de \$1.285.413 al 1° de diciembre del año 2013 y un IBL \$1.707.284, 85, en cuanto a toda la vida laboral se había obtenido un IBL \$1.698.173,33 y valor de la mesada pensional del año 2013, la suma de \$1.278.212.

Considerando, que dichos cálculos resultaban más favorables que los liquidados por la entidad demandada, es especial el cálculo correspondiente al promedio de los 10 últimos años de cotización, puesto que la mesada pensional de \$1.285.413 era superior a la señalada en la resolución GNR 346604 del 7 de diciembre del año 2013, en la cual se había establecido una mesada de \$1.179.898.

Teniendo en cuenta dichos argumentos, se procedió a realizar de nuevo los cálculos aritméticos por parte de esta instancia, a fin de establecer si en efecto

resultaban mesadas superiores a las reconocidas por la entidad, para lo cual se arrojaron los siguientes valores: con toda la vida laboral se obtuvo para el año 2013 una mesada de \$1.243.525 y para el año 2018 la suma de \$1.544.361,47, con los aportes realizados en los últimos 10 años se obtuvo una mesada pensional para el año 2013 de \$1.176.701,24 y para el año 2018 la suma de \$1.461.371,56, de manera que en efecto resultan ser sumas superiores a las reconocidas por COLPENSIONES, según se puede ver de la resolución GNR 346604 del 07 de diciembre de 2013 (fls. 37/40), en la cual se indicó que la mesada pensional para el año 2013 correspondía a la suma de \$1.179.898 y en la resolución GNR 330394 del 8 de noviembre de 2016 (fls. 38/40), se señaló que la mesada pensional para el año 2018 era de \$1.331.219.

Así las cosas, se tiene entonces que la liquidación aquí efectuada, arrojó mejores valores con lo cotizado durante toda la vida laboral, diferente a lo señalado por el Juez de primera instancia, quien manifestó que era más beneficioso el cálculo realizado con los 10 últimos años, sin embargo, como dicha liquidación no fue apelada por la parte demandante, ésta instancia no puede modificar los valores enunciados en primera instancia, ya que al hacerlo haría más gravosa la situación de COLPENSIONES, en razón a ello habrá de confirmarse la decisión del *a quo*.

Prescripción

Ahora, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que la misma no está llamada a prosperar, como quiera que la resolución de reconocimiento se notificó el 16 de enero de 2014, como consta en la documental obrante a folio 27, la reclamación respecto de la reliquidación fue presentada ante la entidad el 30 de septiembre de 2016, siendo resuelta mediante resolución GNR 330394 del 8 de noviembre de 2016, la cual se notificó el 22 de noviembre del mismo año (fls. 37/40) y la demanda se instauró el 16 de diciembre de 2016 (fl. 41), sin que durante dicho interregno superara el término prescriptivo contemplado en el artículo 151 del CPTSS.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia, por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

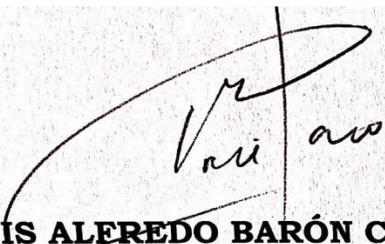
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 7 de junio de 2018, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



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

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FRANCILENA MARTÍNEZ CONTRA
PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintiséis (26) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretenden la señora **FRANCILENA MARTÍNEZ** se **condene** a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor PEDRO LUIS MENESES CANO a partir del 5 de marzo de 2014, se **condene** al retroactivo, se **condene** al pago de intereses moratorios, se **condene** a la indexación y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho **(fl.26)**.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 25/26), señaló que el señor PEDRO LUIS MENESES CANO cotizó durante su vida laboral un total de 663 semanas, que el afiliado falleció por enfermedad común el 5 de marzo de 2014, que desde 1984 convivió con él, que el señor MENESES fue diagnosticado con la enfermedad denominada ELA, razón por la cual elevó solicitud para que le fuera reconocida pensión de invalidez estableciendo como beneficiaria a la señora FRANCILENA MARTÍNEZ, que la entidad demandada nunca dio respuesta a dicha solicitud, que ante el fallecimiento del señor

MENESES la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 28 de marzo de 2014, la cual fue negada por no acreditar el tiempo de convivencia, que teniendo en cuenta lo anterior, solicitó la declaratoria de la unión marital de hecho, la cual fue declarada el 7 de diciembre de 2015, que el día 11 de abril de 2016 vuelve a elevar la solicitud pensional, siendo nuevamente negada, aduciéndose que el derecho debía ser dirimido por la justicia ordinaria.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda (**fls. 64/71**), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos admitió los hechos 1, 6, 10, 11 y 14, no constarle los numerales 2 y 4, no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo incumplimiento de requisitos para pensión de sobrevivientes, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 5 de junio de 2018, condenó a la demandada a pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor PEDRO LUIS MENESES CANO a partir del 5 de marzo de 2014, en cuantía igual a un SMLMV, al retroactivo pensional generado entre la fecha del fallecimiento hasta el 31 de mayo de 2018, el cual asciende a la suma de \$36.478.556, sin perjuicio de que las mesadas pensionales se sigan causando hasta la inclusión en nómina, autorizó a la demandada a realizar los descuentos en salud, estableció que las sumas deben ser debidamente indexadas entre la fecha de causación hasta la fecha de pago, condenó al pago de costas, declaró probada la excepción de inexistencia de los intereses moratorios y absolvió a la demandada a su reconocimiento (**CD fl.230**).

Fundamentó su decisión, indicando que en el presente caso no existía duda en cuanto a que el señor PEDRO LUIS MENESES había dejado causado el derecho conforme se podía establecer del resumen de semanas cotizadas, cumpliéndose con el requisito de 50 semanas de cotización dentro de los 3

años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante. Seguidamente, la *a quo* hizo alusión a las pruebas documentales aportadas al proceso, enfatizando respecto de la sentencia emitida por el Juez de Familia de Funza-Cundinamarca de fecha 7 de diciembre de 2015, en la cual se declaró la unión marital de hecho entre la demandante y el señor MENESES desde junio de 1984 hasta el día de su fallecimiento. Considerando con lo anterior, que la demandante acreditaba el tiempo de convivencia requerido para acceder a la pensión solicitada, señalando que dicha decisión se soportaba de las declaraciones rendidas por los testigos que habían depuesto ante el Juez de Familia, así como de las pruebas documentales donde el causante le daba la categoría de compañera permanente.

De otro lado, estableció la *a quo* que en cuanto a la investigación realizada por la entidad demandada a través de CONSULTANDO LTDA y el interrogatorio de parte evacuado ante el Despacho por parte de la señora FRANCILENA se había podido llegar a la conclusión de que el causante en efecto había tenido un romance con la señora MARLENY, pero sin separarse del todo de la señora FRANCILENA, aspecto que incluso había sido aceptado por la señora MARLENY dentro del interrogatorio evacuado por el grupo investigador, estableciendo la sentenciadora que si bien en dicha investigación se había llamado telefónicamente al señor GABRIEL RUGE quien aducía ser el arrendador de la vivienda donde habían convivido el causante con la señora MARLENY, su versión no era suficiente para absolver a la demandada, pues se trataba de un testigo de oídas, motivo por el cual condenó a la accionada al reconocimiento pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de la **parte demandada** interpuso recurso de apelación, señalando que el fundamento de la sentencia se basaba principalmente en la existencia de una sentencia por parte de un Juez de Familia en la cual se declaraba la existencia de unión marital de hecho entre la demandante con el afiliado fallecido, para lo cual era importante tener en cuenta que dicha sentencia había sido proferida por la jurisdicción de familia en la cual no se había discutido los requisitos propios para el reconocimiento de una pensión de sobrevivencia, en especial la convivencia durante los

últimos cinco años, de manera que el Juez de Familia no tenía elementos de juicio que le permitieran avizorar la existencia de otra convivencia dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento del afiliado, razón por la cual no podía darse por probado el cumplimiento del requisito de convivencia.

De otro lado, señaló el recurrente que de acuerdo a la investigación realizada por la empresa CONSULTANDO LIMITADA, se había recogido el testimonio del señor SEVERO TIBAQUIRA quien había manifestado que el causante había convivido con otra mujer en Bogotá, quedando claro de su relato que en efecto sí había existido una convivencia con otra persona que no era la demandante, que de igual forma se debía tener en cuenta la hoja de vida del señor MENESES la cual había sido entregada a la empresa OSSA y las afiliaciones a la caja de compensación familiar y la EPS, donde se podía ver que se había señalado otro domicilio diferente al del Municipio de Tenjo- Cundinamarca, aspectos sobre los cuales se podía llegar a la conclusión que el afiliado no había convivido con la actora durante los últimos 5 años anteriores a su fallecimiento, que así mismo de sus versiones no se podía dar por probado que el causante hacía viajes a la ciudad de Bogotá por trabajo, por el contrario la ciudad de Bogotá era su ciudad de permanencia, más aún cuando el causante sufría de esclerosis múltiple como se había manifestado dentro del interrogatorio de parte rendido por la actora, en la cual se decía no se podía valer por sí mismo.

Que debía tenerse también en cuenta, que la señora MARLENY ROMERO había manifestado en la investigación que mucho tiempo después fue que las hijas del señor MENESES se lo llevaron a su domicilio en el Municipio de Tenjo, que incluso la señora MARLENY había manifestado que había convivido con el causante durante los años 2004 a 2009, aspecto sobre no se le estaba dando el valor probatorio pertinente, como también debe dársele el valor probatorio a la investigación realizada por CONSULTANDO LIMITADA, que si bien en dicha investigación se había llamado al señor GABRIEL RUBÍ, tal situación no significaba que fuera un testimonio de oídas, puesto que lo manifestado no se trataba de que lo hubiera oído de un tercero sino que por el contrario era su versión como propietario del bien inmueble donde había convivido el señor MENESES con la señora Marleny Romero.

Adicionalmente, argumenta también el recurrente que, si bien la demandante aparecía como beneficiaria del causante ante el sistema de seguridad social en salud en algunos períodos, tal aspecto no dejaba claro que se hubiera cumplido con el requisito de convivencia exigidos por la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con lo anterior solicita se revoque la sentencia, reiterándose que la sentencia del Juez de Familia no era constitutiva de derechos.

C O N S I D E R A C I O N E S

Conforme a los antecedentes enunciados corresponde a esta Sala de Decisión determinar si efectivamente la señora FRANCILENA MARTÍNEZ acreditó el requisito de convivencia para acceder a la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor PEDRO LUIS MENESES CANO en calidad de compañera permanente.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

No son materia de controversia los siguientes aspectos: **1.)** que el señor PEDRO LUIS MENESES CANO cotizó al sistema pensional un total de 1,083.71 semanas de cotización desde el año 1988 a marzo del año 2014 (fls. 200/206), **2.)** que el causante reunió 50 semanas de cotización dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, pues así se desprende del reporte de semanas cotizadas, además de no haber sido controvertido por la entidad demandada en el recurso de alzada.

Planteadas, así las cosas, debe comenzar la Sala por señalar, que la norma que gobierna la situación pensional aquí debatida, no es otra que la Ley 797/2003, art. 13, que modificó la Ley 100/1993, art. 47 teniendo en cuenta que el señor PEDRO LUIS MENESES CANO falleció el 5 de marzo de 2014 (fl.2). Dicha preceptiva reguló íntegramente lo referente a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

“Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del

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

Ahora, frente al **requisito de convivencia**, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha señalado que este requisito es indispensable para otorgar la prestación de sobrevivientes, la cual comprende aspectos que van más allá del meramente económico, pues implica el acompañamiento espiritual permanente, proyecto familiar común, apoyo económico, el compartir la vida de pareja y la cohabitación bajo el mismo techo, que es la regla. Es cierto, que la jurisprudencia en casos excepcionalísimos ha eximido del requisito de la cohabitación, pero siempre y cuando el concepto de pareja, con vocación verdadera de conformar una familia y proyecto de vida en común en los términos del artículo 42 superior, subsista **(CSJ SL rad. 42792 del 22 de noviembre de 2011)**.

También ha recalcado la CSJ Sala de Casación Laboral que, no es el simple hecho de la residencia en una misma casa lo que la configura, sino otras circunstancias que tienen que ver con la continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y afectivo, y en general el acompañamiento espiritual permanente que den la plena sensación de que no ha sido la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial, sino que por situaciones ajenas a su voluntad que en muchos casos por solidaridad, familiaridad, hermandad y diferentes circunstancias de la vida, muy lejos de pretender una separación o ruptura de la pacífica cohabitación, hacen que, la unión física no pueda mantenerse dentro de un mismo lugar.

Precisa y reitera que, la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen **pero que no den a entender que el vínculo matrimonial o de hecho ha finalizado definitivamente**, el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho **(CSJ SL14237-2015, SL6519-2017)**.

Así mismo, en su último pronunciamiento, la CSJ SL estableció que, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable,

permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pasos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, **excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida (sentencia SL 1399 del 25 de abril de 2018).**

En cuanto a la **compañera permanente**, la providencia antes citada, estableció que es **indispensable la convivencia dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento**, teniendo en cuenta que, al no cumplirse dicho requisito, no puede considerarse como miembro del grupo familiar, considerando que en el caso de la o él compañero permanente, por tratarse de una situación de facto, derivada de la decisión libre y espontánea, es necesario el cumplimiento de tal requisito previo al fallecimiento.

De los apartes jurisprudenciales precitados pasa la Sala a revisar si los requisitos allí enunciados efectivamente se cumplieron, para lo cual sostiene la parte demandada que el Juez de primera instancia fundamentó su sentencia en la decisión proferida por el Juzgado de Familia del Circuito de Funza- Cundinamarca el 7 de diciembre de 2015, en la cual declaró la unión marital de hecho entre la demandante y el señor PEDRO LUIS MENESES desde junio de 1984 al 5 de marzo de 2014, sin tenerse en cuenta las demás pruebas que fueron aportadas al plenario las cuales dejan entrever que el señora FRANCILENA MARTÍNEZ no cumplió con el requisito de convivencia requerido para acceder a la prestación, razón por la cual la sentencia emitida por el Juez de Familia no es constitutiva de derechos.

Al respecto, contrario a lo expuesto por el recurrente considera esta Colegiatura que lo decidido por el Juez de Familia sí resulta ser una pieza fundamental para el cumplimiento del requisito de convivencia aquí exigido, pues se trata de una decisión proferida por un ente judicial el cual hace tránsito a cosa juzgada y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento, en tal sentido no es dable que el Juez Laboral controvierta su decisión, entendiéndose entonces que los tiempos allí plasmados de convivencia fueron efectivamente acreditados, correspondiéndole al *a quo* únicamente verificar si el fallo allegado se encuentran en firme, requisito que también se cumplió

como se verifica a folio 10 del expediente, en donde obra la notificación por edicto con la correspondiente constancia de desfijación que demuestra que la decisión no fue controvertida.

Ahora, respecto a los demás puntos de apelación precisa esta Corporación que tampoco desvirtúan la convivencia de la señora FRANCILENA MARTÍNEZ con el causante durante los 5 años anteriores al fallecimiento, por las siguientes razones; si bien en el testimonio rendido por el señor SEVERO TIBAQUIRA ante la investigación administrativa llevada a cabo por la empresa CONSULTANDO LTDA, se dijo que él era amigo del causante y que supo que en algún momento el señor MENESES vivió con otra señora en la ciudad de Bogotá, no precisa la fecha en que ello sucedió ni el tiempo en que se mantuvo tal relación, por el contrario asegura que al momento del fallecimiento del señor MENESES, éste convivía con la señora FRANCILENA MARTÍNEZ.

De suerte que, resulta verídica la afirmación tanto de la sentenciadora de primer grado como de la entidad demandada de que el señor MENESES en efecto tuvo una relación sentimental con la señora MARLENY ROMERO, pues así fue reconocido por ella misma en la entrevista que fue realizada por la empresa investigadora, refiriendo que había convivido con el causante desde el año 2009 hasta el año 2013, momento para el cual las hijas del señor MENESES se lo tuvieron que llevar de nuevo a su casa por razones de su enfermedad, ya que ella no podía cuidarlo por los horarios de su trabajo, reconoce también que durante los últimos meses vivió con la señora FRANCILENA MARTÍNEZ. También obra interrogatorio rendido por la actora ante la investigación administrativa, en la cual acepto que existió otra persona en la vida del causante, pero asegurando que esa interrupción de convivencia lo fue por unos meses.

Lo que conlleva a determinar que a pesar de que el señor MENESES mantuvo una relación sentimental con la señora MARLENY ROMERO a quien reconoció como su cónyuge en la hoja de vida que fue presentada ante la última empresa para la cual laboró (fl.76), así como en la afiliación a pensión de fecha 18 de abril de 2010 (fl.78), lo cierto es que nunca dejó de mantener su vínculo sentimental también con la señora FRANCILENA MARTÍNEZ, como lo sostuvo la *a quo*, ello se demuestra tanto con las versiones anteriormente dichas, así

como de la declaración dada por la señora DEISY CANO hermanada del causante quien manifestó que su hermano tuvo un desliz con la señora MARLENY, pero no dejaba de visitar a la demandante, que incluso la señora FRANCILENA quien trabajada en un vivero dejó de hacerlo para cuidar a su hermanado durante su enfermedad, situación que demuestra el apoyo y socorro mutuo que le brindo la demandante al causante hasta el momento de su muerte, versión que fue reconocida por la señora MARLENY.

Nótese que los argumentos expuestos no resultan desacertados, como señala la parte recurrente, pues si bien el señor MENESES sufría de una grave enfermedad que no le permitía movilizarse, dicho estado de inmovilidad se presentó fue a partir del año 2013, fecha para la cual empezó su incapacidad como lo certifica su último empleador (fl.90), es decir, para la misma fecha en que se separó de la señora MARLENY, lo que conlleva a establecer que con anterioridad el señor MENESES tenía todas las condiciones físicas suficientes para mantener una convivencia simultánea, pues incluso a pesar de referir en la hoja vida como lugar de domicilio la ciudad Bogotá, el sitio donde ejercía sus labores era en la finca ubicada en el km 2 vía Siberia- Tenjo, de manera que, fácilmente le permitía movilizarse entre Bogotá y Tenjo lugar donde vivía la demandante.

Tampoco puede pasarse por alto que el señor MENESES en la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez quiso que se tuviera como única beneficiaria de la pensión a la señora FRANCILENA MARTÍNEZ, reconociendo con ello que fue la persona que le brindaba apoyo moral, y afectivo, y en general el acompañamiento espiritual permanente, aspecto que además se corrobora con las declaraciones rendidas ante el Juez de Familia. Así las cosas, los planteamientos esbozados por el recurrente no revisten de conducencia para derruir los fundamentos expuestos por la *a quo*, razón por la cual se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

COSTAS:

COSTAS en esta instancia, a cargo de la demandada, teniendo en cuenta que su recurso de alzada no salió avante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

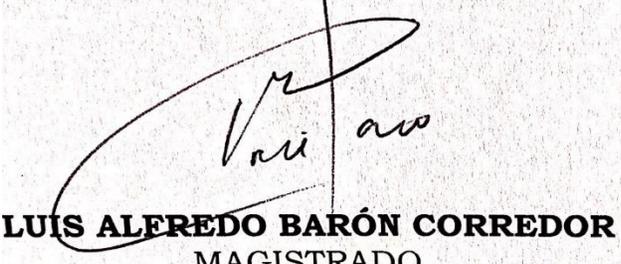
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 5 de junio de 2018, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la entidad demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la entidad demandada en la suma de \$ 900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARGARITA ROSA ÁVILA GÓMEZ
CONTRA COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintiséis (26) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **MARGARITA ROSA ÁVILA GÓMEZ**, se **declare** que es beneficiario del régimen de transición, se **condene** a la demandada a reconocer y pagar la reliquidación de las mesadas pensionales teniendo en cuenta el IBL calculado con el promedio de la totalidad de las cotizaciones realizadas en el último año de servicios, de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985, se **condene** al reconocimiento y pago de intereses moratorios a la tasa máxima según lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se **condene** al pago de costas y agencias en derecho, se condene ultra y extra petita **(fls. 53/54)**.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 54/57), señaló que el 23 de diciembre de 2013 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, que mediante resolución GNR 223831 del 17 de junio de 2014, COLPENSIONES le reconoció la prestación, frente a la cual interpuso recurso de apelación, por lo que fue expedida la resolución VPB 17471 del 8 de octubre

10201700354-01

de 2014, que sin razón jurídica alguna para ello, ni en la resolución de reconocimiento ni en la que fue resuelto el recurso se incluyeron la totalidad de los conceptos o valores integrantes del IBL, a pesar de que al ser beneficiaria del régimen de transición debía haberse tenido en cuenta el IBL preceptuado en la Ley 33 de 1985.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos admitió los contemplados en los numerales 2 a 5 y 7, y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, buena fe y prescripción **(fls. 73/75)**.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 17 de junio de 2018 (CD – fl. 92), **declaró** probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligación por falta de causa y título para pedir y en consecuencia **absolvió** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y **condenó** en costas a la parte actora.

Fundamentó su decisión, señalando que lo pretendido por la parte actora era que se reliquidará la pensión con el último año de servicios de conformidad con lo establecido en el art. 1° de Ley 33 de 1985, que en los alegatos ante dicha instancia, la parte demandante había señaló que tampoco se habían incluidos todos los factores salariales, frente a lo cual consideró la sentenciadora, que en las pretensiones de la demanda tal pretensión no había sido invocada, por el contrario la demandante no había hecho objeción alguna en cuanto a la liquidación realizada por la entidad demandada en relación con lo cotizado durante los últimos 10 años.

Seguidamente, refirió la falladora que se habían aportados las pruebas obrantes a folio 2 al 51, las cuales hacían alusión a las resoluciones de reconocimiento, observándose que acuerdo al acto administrativo No. GNR 223831 del 2014 se había accedido a la pensión de vejez por ser beneficiaria

10201700354-01

del régimen de transición y dando aplicación a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta que había laborado para el Ministerio de Educación 1,261 días, es decir, 1,651 semanas que correspondían a más de 20 años de servicios.

Adujo la *a quo* que para definir el asunto, se debía tener en cuenta lo dispuesto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, normatividad que había mantenido el régimen de transición en 3 aspectos, como la edad, densidad de semanas y tiempos de servicio, y monto de la pensión, entendiéndose por monto de la pensión el porcentaje o tasa de remplazo que se aplicaba al IBL, más no el ingreso o salario para la liquidación, tal y como lo tenía por sentado la CSJ Sala de Casación Laboral como la Corte Constitucional en sentencia SU 230 del año 2015, que al revisarle las resoluciones emitidas por COLPENSIONES, se tenía que dicha entidad había realizado la liquidación teniendo en cuenta los salarios devengados durante los 10 últimos años y también con toda la vida laboral, estableciendo que le era más favorable a la demandante, lo correspondiente a los 10 últimos, aspectos que se encontraban ajustados a derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación indicando que, el IBL debía ser reconocido de manera integral, por lo tanto, el régimen de transición no podía aplicarse de forma parcial, razón por la cual debía accederse a sus pretensiones, esto es, tenerse en cuenta el IBL de lo devengado durante el último año de servicios. Adicionalmente, solicita se tenga en cuenta que la entidad no reconoció todos los factores salariales por medio de los cuales a la demandante le fue descontando para su pensión.

CONSIDERACIONES

En estricta consonancia con la sustentación del recurso de apelación que fue expuesto en primera instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del CPTSS, procede la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos; determinar si la demandante tiene derecho a que la pensión de vejez que le fue reconocida por COLPENSIONES a través de la Resolución GNR 223831 del 17

10201700354-01

de junio de 2014, sea reliquidada con base en lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, esto es, con lo devengado en el último año de servicios. Así mismo, establecer si la entidad demandada tuvo en cuenta todos los factores salariales para el cálculo del IBL.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionada de la actora, conforme se infiere de la copia de la Resolución GNR 223831 del 17 de junio de 2014 (fls. 4/6), en la cual se establece que a la demandante le fue reconocida la pensión de vejez por ser beneficiaria del régimen de transición, dándose aplicación a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, en cuantía inicial de \$3.672.290, a partir del 1° de agosto de 2014. Prestación que mediante resoluciones VPB 17471 del 8 de octubre de 2014 y GNR 901 del 5 de enero de 2015, fue reliquidada (fls. 10/16)

Reliquidación de la pensión con base en la Ley 33 de 1985

En cuanto a la forma de liquidar las pensiones reconocidas bajo el régimen de transición concretamente, con fundamento en la Ley 33 de 1985, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado, que tratándose de pensiones reconocidas bajo el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, específicamente bajo el amparo de la ley 71 de 1988 y 33 de 1985, el monto de la mesada pensional debe ser el 75% del promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior a 10 años, como así lo indicó entre otras en las sentencias 37033 del 29 de mayo de 2013, en la que reitera las sentencias 37998 del 13 de abril de 2010 y 40682 del 14 de septiembre del mismo año y en la más reciente SL 1333 del 10 de abril de 2019, ésta última en la que enseñó:

“Al efecto, debe recordar la Sala que el ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas por virtud del régimen de transición se determina conforme las previsiones del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho, contados a la data de vigencia del sistema general de pensiones, o el cotizado en todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del IPC. Esta metodología es aplicable para los beneficiarios a los que les faltaban menos de diez años para causar el derecho pensional; pues, en caso contrario, esto es, a los que les faltaren más de diez, el IBL se calcula en los términos estipulados en el artículo 21 ibídem,

10201700354-01

es decir, con el promedio de los diez últimos años o con el de toda la vida, siempre que el afiliado acredite un guarismo de semanas igual o superior a 1.250.”

Lo anterior se compasa con lo dicho sobre el tema por la Corte Constitucional en sentencias C – 258 de 2013 y SU – 230 de 2015, ésta última, en la que indicó:

“De esa forma, la Sala Plena mediante el estudio de la solicitud de la nulidad de la tutela T-078, reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.”

Conforme a ello, le asiste razón a la Juez de primera instancia en cuanto a que no es posible reliquidar la pensión de la demandante teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicios.

Ahora, frente a lo señalado por el recurrente de que la entidad demandada no tuvo en cuenta todos los factores salariales que le correspondían a la actora para calcular el IBL, en efecto es una pretensión que no fue solicitada en el escrito de demanda ni tampoco debatida durante el devenir del proceso, de manera que no hizo parte del litigio, razón por la cual la *a quo* no estaba en la obligación de estudiar y por ello, tampoco de la segunda instancia.

No obstante, en gracia de discusión se tiene que tal solicitud tampoco saldría avante, pues revisados los actos administrativos expedidos por la entidad se tiene que sí se tuvieron en cuenta cada unos de los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, incluso en la resolución VPB 17471 del 8 de octubre de 2014 (fls.10/13), COLPENSIONES reliquidó la prestación incorporando para el cálculo del IBL la prima técnica por estudios y en la resolución GNR 58078 del 26 de febrero de 2015, específico dentro de los 10 últimos años cada unos de los factores salariales percibidos por la actora que fueron tenidos en cuenta para su liquidación pensional y que en efecto corresponden a los señalados en el Decreto 1158 de 1994, sin que se pruebe dentro del presente proceso la existencia de factores adicionales percibidos a su favor.

10201700354-01

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora, como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

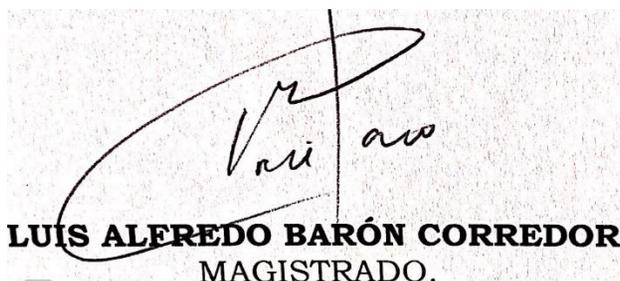
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 19 de junio de 2018, conforme a lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

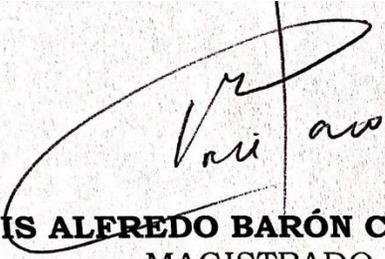


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante, la suma de \$ 300.000 pesos, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



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

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE INÉS ADONIS BARBOSA CASTILLO
y CARMENZA RICARDO FRANCO CONTRA COLPENSIONES.**

En Bogotá D. C. a los veintiséis (26) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretenden las señoras **INÉS ADONIS BARBOSA CASTILLO y CARMENZA RICARDO FRANCO** se **condene** a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor RAÚL HERNÁN SÁNCHEZ en un 100% a partir del 1° de octubre de 2008, al **pago** de las mesadas debidamente indexadas, al **pago** de intereses moratorios, al **pago** de costas y agencias en derecho, y a las **condenas** ultra y extra petita (**fls. 77/78 cuaderno p/pal y 5/6 cuaderno 2**).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 76/81 cuaderno p/pal y 4 y 5 cuaderno 2), señaló que al señor RAÚL HERNÁN SÁNCHEZ le fue reconocida la pensión de vejez mediante resolución 022300 de 2006 a partir del 27 de enero de 2005 en cuantía inicial de \$1.174.296, que el señor RAÚL HERNÁN SÁNCHEZ falleció el 3 de noviembre de 2008, que convivió con la señora INÉS ADONIS BARBOSA CASTILLO desde 1986 al 3 de noviembre de 2008, que convivieron en el apartamento ubicado en la transversal 40 No. 150-

29 apartamento 223 interior 6 de Bogotá D.C., que según certificación de la EPS cuando el causante comenzó a recibir la pensión la vinculó en calidad de compañera permanente, que ante la cooperativa COEMPOPULAR la dejó como única beneficiaria, que ante el seguro funerario estuvo afiliada desde el año 2003 como beneficiaria del causante, que fue la señora INÉS ADONIS quien sufragó los gastos del sepelio, que al fallecer su compañero permanente no adelantó proceso de declaratoria de unión marital de hecho porque llegó a un acuerdo con las herederas del causante, que solicitó la pensión de sobrevivientes ante COLPENSIONES la cual inicialmente fue reconocida mediante resolución No. 035084 del 22 de noviembre de 2010 la cual nunca se notificó ni se hizo efectiva, que la señora CARMENZA RICARDO FRANCO reclamó la pensión de sobrevivientes sin tener derecho alguno toda vez que no convivió con el causante durante los últimos 14 años, que el 3 de abril de 2003 suscribió un acuerdo de transacción con los hijos del pensionado, que la señora CARMENZA RICARDO FRANCO acudió a la jurisdicción de Familia incoando proceso ordinario de declaratoria de unión marital de hecho, que de las pruebas allí evacuadas se puede concluir que no hubo convivencia con la señora FRANCO durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento, que COLPENSIONES mediante resolución 026499 del 29 de julio de 2011 revocó la resolución de reconocimiento, que COLPENSIONES resolvió los recursos de reposición y apelación en resolución GNR 135651 del 24 de abril de 2014 negando el derecho pretendido.

ACUMULACIÓN DEL PROCESO ADELANTADO POR CARMENZA RICARDO FRANCO

Mediante auto de 26 de mayo de 2015 el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., ordenó la acumulación del proceso laboral que adelantaba ante el Juzgado Tercero Laboral de ese distrito judicial la señora CARMENZA RICARDO FRANCO, en el que se disputaba igual derecho, allí la demandante expuso: que mediante sentencia del 25 de junio de 2013 el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Bogotá D.C. declaró la existencia de unión marital de hecho en condición de compañera permanente con el causante a partir del 1° de enero de 1991 hasta el 3 de noviembre de 2008, que procreó tres hijas con el causante de nombre YURANI ASTRID, ANDREA

CAROLINA y YENNIFER LIZETH SÁNCHEZ quienes en la actualidad son mayores de edad.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (**fls. 102/120**), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 37 y 38, y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo cobro de lo no debido, imposibilidad del ente de seguridad social de disponer del patrimonio de los coadministrados por fuera de los cánones legales, buena fe de COLPENSIONES, falta de cumplimiento de los requisitos de Ley, carencia del derecho reclamado, inexistencia de la obligación, prescripción y presunción de legalidad de los actos administrativos.

El **BANCO POPULAR** contestó la demanda (**fls. 194/199**), coadyuvando las pretensión primera de la demanda instaurada por la señora INÉS BARBOSA señalando que, dado que los documentos obrantes en su hoja de vida era posible establecer que es la única compañera permanente con la cual se evidencia información de convivencia con el causante, y se opuso frente a las demás, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2 9, 11 a 15, 18, 21, 22, 24, 33, parcialmente cierto el numeral 23 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo carencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, prescripción, pago, buena fe y genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 18 de abril de 2018, **negó** las pretensiones de la demanda incoadas por la señora CARMENZA RICARDO en el proceso acumulado 2014-461, **declaró** que la demandante INÉS ADONIS BARBOSA tiene derecho a la sustitución pensional por sobrevivientes con ocasión a la muerte de su compañero permanente a partir del 3 de noviembre de 2008, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer la pensión a partir del 3 de noviembre de 2008 en un monto equivalente al 100% de la mesada pensional que se venía pagando al pensionado con el reajuste anual de ley debidamente indexada desde que se hicieron exigibles hasta que se incluyera en nómina de pensionados, **declaró**

no probada la excepción de prescripción y **absolvió** al pago de intereses moratorios, **absolvió** al BANCO POPULAR de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a CARMENZA RICARDO (**CD fl.297**).

Fundamentó su decisión, indicando que teniendo en cuenta que el causante falleció el 3 de noviembre de 2008, la norma aplicable para el reconocimiento pensional es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. En cuanto a la demandante INÉS ADONIS BARBOSA señaló la *a quo* que se había aportado sendas pruebas documentales, de donde se podía colegir que junto al causante habían adquirido un inmueble en diciembre de 1986, lugar donde recibía las notificaciones, como la resolución en la cual se le había reconocido la pensión de vejez, que así mismo, se podía ver que ante la EPS había sido vinculada como beneficiaria del señor RAÚL SÁNCHEZ en calidad de compañera permanente, resaltando la sentenciadora que las hijas del señor RAÚL con la señora CARMENZA RICARDO FRANCO para la fecha de su fallecimiento cada una contaba con 22, 26 y 18 años de edad, que al revisarse las fotografías aportadas al plenario se podía ver que las hijas eran mucho menores, lo que demostraba que la convivencia entre el causante y la señora INÉS BARBOSA había iniciado con anterioridad al año 2002, indicando también la Juez que con dichas pruebas se podía demostrar que la señora CARMENZA RICARDO no había convivido con el causante hasta el momento de su fallecimiento, lo cual además se probaba con la declaración juramentada que había rendido en vida el señor RAÚL a través de escritura pública No. 3650992 del 23 de mayo de 1995, como también se podía ver ante la declaración rendida por parte del señor SÁNCHEZ en la Notaría 63 del 29 de marzo de 2007, en la cual había manifestado que convivía de manera ininterrumpida con la señora INÉS desde hacía 4 años y medio.

En relación a las anteriores pruebas documentales, señaló la *a quo* que las mismas se podían respaldar con las declaraciones rendidas en audiencia pública, en donde habían declarado los señores WILSON SÁNCHEZ, JOSÉ NARCISO GARAVITO, MANUEL ALBERTO MUNEVAR y JOSÉ BENJAMÍN quienes habían sido contestes y uniformes en indicar que al menos durante los 5 años anteriores al fallecimiento de la señora INÉS había fungido como su compañera permanente, que en cuanto al señor WILSON había

manifestado ser el sobrino del señor RAÚL y su versión guardaba coherencia con lo dicho por el señor NARCISO quien vivió con la pareja entre los años 2002 a 2004 y quien también había conocido a la señora CARMENZA, refiriendo frente a ella que se habían separado desde el año 1994. Concluyendo, que desde el momento en que separó la señora CARMENZA del causante no siguieron sosteniendo ningún tipo de convivencia, por cuanto al ser escuchada la testigo que había declarado a su favor, la señora MARISOL ROJAS quien se desempeñaba como empleada doméstica por días, al preguntársele si de la relación que veía entre el señor RAÚL y la señora CARMENZA podía afirmar que tenían una relación de pareja, ésta había afirmado que no.

En cuanto a la unión marital de hecho declarada por el Juez de familia entre el causante y la señora CARMENZA, indicó la sentenciadora que dicha decisión no ataba ni vinculaba la decisión del Juez Laboral, toda vez que no se podía confundir la unión marital de hecho con la convivencia que se exigía en materia laboral para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, trayendo como respaldo de su argumento la sentencia con radicado SL 5564 del 27 de abril de 2016, que el caso bajo estudio la relación entre el señor RAÚL y al señora CARMENZA se basó únicamente en relación a sus hijas, por lo que una cosa era la atención económica y socorro para con su familia y otra que existiera una vida marital.

Frente a la excepción de prescripción, indicó que no obraba copia de la primera reclamación, pero que de acuerdo a la resolución 584 el 22 de noviembre de 2010, se podía establecer que la misma podía haber sido presentada ese mismo año, es decir, dentro de los 2 años posteriores al fallecimiento. Sin embargo, dicha resolución no se había hecho efectiva teniendo en cuenta que mediante resolución No. 26499 del 29 de julio de 2011 se había dejado sin valor y efecto, siendo notificada el 16 de septiembre de 2011 y la demanda había sido promovida el 1º de septiembre de 2014, o sea, dentro de los 3 años siguientes. Que, en gracia de discusión se tenía que la señora INÉS había interpuesto recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución 584 el 22 de noviembre de 2010, de la cual no obraba respuesta, lo cual podía considerarse además que el término de prescripción se encontraba suspendido.

En relación al BANCO POPULAR, sostuvo la falladora que no había condena contra dicha entidad, teniendo en cuenta que el asunto debatido no tenía ninguna relación con la cuota parte que le correspondía y que, por el contrario, dicha entidad ya venía reconociendo y pagando la cuota parte en cabeza de la señora INÉS.

RECURSO DE APELACIÓN

La señora **Carmenza Ricardo Franco**, interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida por la Juez de primera instancia, argumentando que si bien la Juez había dado aplicación a lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS y de acuerdo a su sana crítica consideraba que la señora Inés Barboza era a quien realmente se le debía reconocer la pensión de sobrevivientes bajo los postulados de todos los elementos y acervos probatorios que se habían llevado a cabo.

Se debía analizar en conjunto todos los elementos de prueba especialmente los testimoniales, pues de los mismos no se evidenciaba mayor contundencia del requisito de convivencia de los 5 años anteriores al fallecimiento de la señora INÉS con el causante, ya que de la versión rendida por el señor Wilson Sánchez las niñas tenían un cuarto, aspecto que no coincidía con lo señalado por el señor Munévar, por lo que se reitera el derecho que le asiste a la señora CARMENZA, en el presente asunto no se analizaba de fondo la sentencia emitida por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Bogotá, toda vez que no se estaban dando los extremos de la existencia de esa relación durante los 5 años anteriores al fallecimiento, pues en dicha sentencia se advertía una convivencia a partir del 1° de enero de 1991 al 3 de noviembre del 2008, de manera que con ello se comprobaba con claridad dicho requisito, por lo cual solicita al Tribunal que se entre analizar de fondo dicha prueba.

De otro lado, indica que debe tenerse en cuenta que en el fallo proferido contra el BANCO POPULAR ante el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá donde también se le reconoció el derecho a la señora INÉS BARBOSA también fue apelado, por lo tanto, la misma tampoco se encuentra en firme, en ese sentido no puede pasarse por alto que en efecto existieron las ayudas a la señora

CARMENZA, quien había afirmado la existencia de una relación y convivencia con el señor Raúl, que si bien el sentido de la convivencia la norma era clara en cuanto a que la misma se debía darse bajo el mismo techo, lecho y mesa, en el presente caso si bien se podía pensar que el señor RAÚL dormía donde la señora Inés, pero la señora Carmenza en su testimonio advertía que en alguna oportunidad, cuando la señora Inés se había ido de viaje, ella había compartido con él, razón por la cual solicita sea evaluado su interrogatorio.

Teniendo en cuenta que allí también se había manifestado que el señor RAÚL nunca la desprotegió, le dio apoyo y socorro, aspecto que le constaba a la señora Inés Barbosa, quien en algunas oportunidades lo acompañó y lo espero en el carro, vuelve y reitera que una sentencia de un Juez de la República no puede ser desvirtuada y es aquí que los extremos de la relación son contundentes y está integrando inclusive cuando dice que hasta el 3 de noviembre del 2008, como lo dice el fallo emitido por el Juzgado de Familia, en razón a lo expuesto solicita le sea reconocida la pensión a la señora CARMENZA teniendo en cuenta todos los elementos probatorios arrimados al expediente.

C O N S I D E R A C I O N E S

Conforme a los antecedentes enunciados corresponde a esta Sala de Decisión determinar si efectivamente la señora INÉS ADONIS BARBOSA CASTILLO acreditó los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor RÁUL HERNÁN SÁNCHEZ en calidad de compañera permanente y si la señora CARMENZA RICARDO FRANCO también reúne los requisitos para acceder a dicha prestación igualmente en calidad de compañera permanente. En caso positivo, se analizará si hay lugar al reconocimiento de las demás pretensiones incoadas en la demanda y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

P E N S I Ó N D E S O B R E V I V I E N T E S

No son materia de controversia los siguientes aspectos: **1.)** que al señor RAÚL HERNÁN SÁNCHEZ le fue reconocida la pensión de vejez por parte de la entidad demandada mediante resolución 022300 del 30 de mayo de 2006 a partir del 27

de enero de 2005, en cuantía inicial de \$1.174.296 (fl.2), **2.)** que ante COLPENSIONES comparecieron la señora CARMENZA RICARDO FRANCO en calidad de compañera permanente y su hija YENNYFER SÁNCHEZ RICARDO en calidad de estudiante, y la señora INÉS ADONIS BARBOSA también en calidad de compañera permanente a reclamar el derecho pensional, las cuales fueron reconocidas mediante las resoluciones 039539 del 17 de diciembre de 2010 y 035084 del 22 de noviembre de 2010, sin embargo, no ingresaron en nómina ni fueron notificadas por presentarse inconsistencias, **3.)** que mediante resolución 026499 del 29 de julio de 2011, COLPENSIONES dejó sin valor y efecto las anteriores resoluciones y negó el derecho a las reclamantes por existir controversia entre ellas (fls. 4/7), **4.)** que la señora INÉS BARBOSA aparece reconocida en calidad de compañera permanente del causante en los siguientes documentos: Certificado emitido por la COOPERATIVA EMPRESARIAL MULTIACTIVA “COEMPOPULAR” (fls. 23/27), Póliza en salud ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. (fl.28) y afiliación en salud en calidad de beneficiaria (fl.32), **5.)** que mediante fallo proferido por el Juzgado Primero de Familia de Bogotá de fecha 25 de junio de 2013, se declaró la unión marital de hecho entre el causante y la señora CARMENZA RICARDO FRANCO durante el periodo comprendido entre el 1° de enero de 1991 hasta el 3 de noviembre de 2008 (fls. 143/150).

Planteadas, así las cosas, debe comenzar la Sala por señalar, que la norma que gobierna la situación pensional aquí debatida, no es otra que la Ley 797/2003, art. 13, que modificó la Ley 100/1993, art. 47 teniendo en cuenta que el señor RAÚL HERNÁN SÁNCHEZ SÁNCHEZ falleció el 3 de noviembre de 2008 (fl.20). Dicha preceptiva reguló íntegramente lo referente a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

“Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

Ahora, frente al **requisito de convivencia**, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha señalado que este requisito es indispensable para otorgar la prestación de sobrevivientes, la cual comprende aspectos que van más allá del meramente económico, pues implica el acompañamiento espiritual permanente, proyecto familiar común, apoyo económico, el compartir la vida de pareja y la cohabitación bajo el mismo techo, que es la regla. Es cierto, que la jurisprudencia en casos excepcionalísimos ha eximido del requisito de la cohabitación, pero siempre y cuando el concepto de pareja, con vocación verdadera de conformar una familia y proyecto de vida en común en los términos del artículo 42 superior, subsista **(CSJ SL rad. 42792 del 22 de noviembre de 2011)**.

También ha recalcado la CSJ Sala de Casación Laboral que, no es el simple hecho de la residencia en una misma casa lo que la configura, sino otras circunstancias que tienen que ver con la continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y afectivo, y en general el acompañamiento espiritual permanente que den la plena sensación de que no ha sido la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial, sino que por situaciones ajenas a su voluntad que en muchos casos por solidaridad, familiaridad, hermandad y diferentes circunstancias de la vida, muy lejos de pretender una separación o ruptura de la pacífica cohabitación, hacen que, la unión física no pueda mantenerse dentro de un mismo lugar.

Precisa y reitera que, la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen **pero que no den a entender que el vínculo matrimonial o de hecho ha finalizado definitivamente**, el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho **(CSJ SL14237-2015, SL6519-2017)**.

Así mismo, en su último pronunciamiento, la CSJ SL estableció que, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pasos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, **excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones**

necesarias de una comunidad de vida (sentencia SL 1399 del 25 de abril de 2018).

En cuanto a la **compañera permanente**, la providencia antes citada, estableció que es **indispensable la convivencia dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento**, teniendo en cuenta que, al no cumplirse dicho requisito, no puede considerarse como miembro del grupo familiar, considerando que en el caso de la o él compañero permanente, por tratarse de una situación de facto, derivada de la decisión libre y espontánea, es necesario el cumplimiento de tal requisito previo al fallecimiento.

De los apartes jurisprudenciales precitados pasa la Sala a revisar las pruebas aportadas al proceso, para establecer si se dieron cada uno de los requisitos anteriormente mencionados, para comenzar se tiene que en relación con la señora INÉS ADONIS BARBOSA, en efecto se cumplió con el requisito exigido de convivencia de acuerdo a las pruebas documentales anteriormente señaladas, con las cuales deja ver que inició una relación sentimental con el señor RAÚL HERNÁN desde el año 1986, pues ello se deduce del inmueble que adquirieron y que se encuentra ubicado en la transversal 40 No. 150 -29 apartamento 223 interior 6 urbanización Mazuren, como se observa del registro de instrumentos públicos (fls. 8/10), domicilio que fue el que siempre registro el señor RAÚL desde dicha data para efectos de notificaciones, tal y como se desprende de los folios 41, 45 y 224, esta última documental que corresponde a la dirección que se señaló en el ingreso a urgencias del causante de fecha 23 de octubre de 2008, lo que deja entrever que en efecto la convivencia se mantuvo hasta el día de su fallecimiento, aspecto que además se corrobora con el consentimiento de aceptación de maniobras de reanimación ante el cual fue firmado por la señora INÉS en calidad de cónyuge y ANDREA CAROLINA SÁNCHEZ en calidad de hija del señor RAÚL (fl. 225), así como la aceptación por parte de las hijas del causante de la existencia de la señora INÉS BARBOSA en la vida de su padre como compañera permanente y que fue registrada en el contrato de transacción suscrita entre ellas en relación con la sociedad patrimonial que la pareja había adquirido y la cual fue inscrita el 3 de abril de 2009 (fl. 51/58).

Además de lo referido, los testigos que declararon a favor de la señora INÉS BARBOSA en efecto fueron contestes y uniformes en su versión, en cuanto a que el señor RAÚL era su compañero permanente y juntos convivían en el apartamento ubicado la transversal 40 No. 150 -29 apartamento 223 interior 6 urbanización Mazuren, por su parte el señor WILSON SÁNCHEZ quien manifestó ser sobrino del causante indicó que había conocido a su tío más o menos en los años 1996 -1997 que desde dicho momento él se encontraba conviviendo con la señora INÉS, que en los años 2004 -2005 conoció a las hijas del señor RAÚL, quienes visitaban a su padre en el apartamento donde vivía con la señora INÉS, el señor JOSÉ NARCISO GARAVITO en calidad de primo del señor RAÚL manifestó que conoció a la señora INÉS como pareja del causante en el año 1986, que había vivido un tiempo en el apartamento donde convivía la pareja en los años 2002 a 2004, el señor MANUEL ALBERTO MUNEVAR relató haber trabajado en el conjunto donde residía la pareja desempeñándose como todero, de manera que presencié la existencia de esa unión marital y el señor JOSÉ BENJAMÍN PÉREZ argumentó haber sido compañero de trabajo del causante y por ello le consta que la señora INÉS fue pareja del causante hasta el momento de su deceso.

De suerte que, de acuerdo a todas las pruebas aportadas al plenario no existe duda en cuanto a que la señora INÉS BARBOSA en efecto acreditó los 5 años de convivencia requeridos para el reconocimiento pensional, tal como lo consideró la Juez de primera instancia.

De otro lado, consideró la *a quo* que en el presente caso la señora CARMENZA RICARDO FRANCO no logró acreditar el requisito de convivencia exigido por la Ley para hacerse acreedora a la pensión solicitada en calidad de compañera permanente, teniendo en cuenta que acuerdo a las pruebas aportadas por la señora INÉS BARBOSA los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del señor RAÚL, éste únicamente convivió con la señora INÉS.

En relación con el fallo emitido por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Bogotá en donde se declaró la unión marital de hecho de la señora CARMENZA RICARDO FRANCO con el señor RAÚL HERNÁN, refirió la sentenciadora que la misma no era suficiente para acreditar el requisito de convivencia, pues no se podía confundir la unión marital de hecho con la

convivencia que se exigía en materia laboral para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, trayendo como sustento a su decisión la sentencia con rad. SL 5524 del 27 de abril de 2016, proferida por la CSJ Sala de Casación Laboral. En relación a dicho argumento, considera esta Corporación que la sentencia citada lo que señala es que para poder probar la condición de compañera permanente en materia laboral se aplica el principio de libertad probatoria contemplada en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, sin que sea necesaria la solemnidad establecida ante notario o declaratoria de la unión marital de hecho.

Es decir, que el criterio establecido en dicha sentencia es que el Juez laboral no está en la obligación de exigir la unión marital de hecho para determinar el cumplimiento del requisito de convivencia, contrario a lo sucedido en el presente caso, donde ya se encuentra la decisión de un Juez que la ha declarado, de manera que su providencia hace tránsito a cosa juzgada y, por lo tanto, se entiende que debe dársele credibilidad a lo proferido, en razón a ello queda claro que entre la señora CARMENZA y el señor RAÚL existió una convivencia durante el periodo comprendido entre el **1° de enero de 1991 al 3 de noviembre de 2008**.

Si bien la Sala no desconoce que dentro del plenario existe un denunció ante la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en contra de la sentencia emitida por el Juez de familia por presunto delito de fraude procesal (fl.166), lo cierto es que del mismo aún no se conoce una decisión de fondo, de modo que, se presume que la declaratoria de la unión marital de hecho se encuentra en firme, **pues dentro del proceso se aportó fijación del edicto de la sentencia con constancia de que el mismo permaneció fijado en la secretaría del Juzgado por el término legal, sin que acudiera la señora INÉS BARBOSA u otra persona a controvertir la decisión**, tal y como se observa a folio 51 del cuaderno 2 del expediente, motivo por el cual la prueba de la unión marital de hecho resultar ser relevante para el reconocimiento pensional, pues abarca más de los 5 años requeridos de convivencia que exige la normatividad laboral.

Así mismo, analizado el interrogatorio de parte de la señora CARMENZA se logra percibir que el señor RAÚL velaba económicamente no solo por las hijas en común que tenían sino también por ella, incluso le ayudo para que

empresaria varios negocios y con ellos poder subsistir, estableciéndose con ello que a pesar de que el causante tuviera otra relación de pareja no dejó de soportar el apoyo y socorro mutuo que exige la jurisprudencia, pues su relato además deja entrever que entre ellos aún se mantenía un afecto sentimental. Ahora, si bien obra dentro del proceso una declaratoria de la unión marital de hecho entre la señora CARMENZA y el señor RAÚL junto con la liquidación de la sociedad patrimonial de fecha 23 de mayo de 1995 (fl.48), tal situación no conlleva a determinar que el vínculo afectivo entre ellos haya finiquitado para dicha data, toda vez que la liquidación de la sociedad patrimonial hace alusión a un negocio meramente jurídico, más no comprueba la existencia plena de la convivencia, que es el asunto que debe analizar el Juez Laboral, por lo cual sería desacertado negar el derecho solamente bajo este postulado, correspondiéndole al Juez solamente verificar si después de liquidada dicha sociedad patrimonial permaneció vigente las obligaciones de socorro y ayuda mutua, los cuales quedaron verificados en el presente caso como se mencionó en precedencia y como se corrobora con la declaratoria establecida por el Juez de Familia.

De otro lado, respecto del documento de transacción que suscribieron las hijas del causante con la señora INÉS, se observa que en efecto allí se reconoce como compañera permanente, pero no como su única compañera como lo hace entender la *a quo*, pues claramente lo pretendido con dicho documento fue la liquidación y repartición de los bienes que fueron adquiridos con el causante, razón por la que no se contó con la participación de la señora CARMENZA RICARDO FRANCO en la suscripción del mismo, pues frente a ella ya existía una liquidación, en ese sentido, tampoco resulta relevante el documento para desvirtuar el requisito de convivencia y lo decidió por el Juez de Familia.

Así las cosas, se revocará parcialmente la decisión de primera instancia, para en su lugar reconocer el derecho pensional a las dos compañeras del señor RAÚL SÁNCHEZ, teniendo como tiempos de convivencia los siguientes: en cuanto a la señora CARMENZA RICARDO FRANCO del 2 de enero de 1981 al 3 de noviembre de 2003, teniendo como sustento de ello la declaratoria de la unión marital de hecho y liquidación patrimonial de fecha 23 de mayo de 1995 y la declaratoria de la unión marital de hecho proferida por el Juzgado Primero

de Familia de Bogotá de fecha 25 de junio de 2013, correspondiéndole entonces un porcentaje del 54% de la mesada pensional y en cuanto a la señora INÉS ADONIS BARBOSA el tiempo de convivencia establecido es a partir del 1° de enero de 1986 al 3 de noviembre de 2008, teniendo en cuenta todo el caudal probatorio recogido dentro del presente proceso, correspondiéndole un porcentaje del 45,06%.

De otro lado, no sobra advertir que, si bien una de las hijas del causante reclamó en su oportunidad también la pensión como estudiante menor de 25 años, lo cierto es que en el presente asunto no acreditó tal derecho, razón por la que no se entrará a estudiar tal asunto.

Excepción de prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción le asiste razón a la Juez en que la misma no operó, en relación a la señora INÉS BARBOSA toda vez que de acuerdo a la resolución No. 026499 del 29 de julio de 2011, al parecer presentó reclamación del derecho pensional en el año 2010, es decir, a los 2 años siguientes del fallecimiento del causante, la cual fue reconocida mediante resolución No. 035084 del 22 de noviembre de 2010, sin embargo, la misma quedó sin valor y efecto en la resolución No. 026499 del 29 de julio de 2011, notificada el 16 de septiembre del mismo año y la demanda se presentó el 1° de septiembre de 2014 (fl. 91), previó a que se cumpliera el término prescriptivo. Adicional a ello, también le asiste razón en que obra copia del recurso de reposición y en subsidio de apelación que fue presentado por la demandante en contra de la resolución No. 026499 del 29 de julio de 2011 (fls. 13/15), sin que exista constancia de que haya sido resuelto, por lo que se entendería que el término prescriptivo se encontraba suspendido.

En cuanto a la señora CARMENZA se tiene que tampoco operó el fenómeno prescriptivo, teniendo en cuenta que según resolución 026499 del 29 de julio de 2011, reclamó el derecho pensional en el año 2010, siendo resuelta mediante resolución 039539 del 17 de diciembre de 2010 y la que igualmente se dejó sin valor efecto en el acto administrativo del año 2011 (resolución 026499), siendo notificada el 9 de septiembre del mismo año y la demanda fue instaurada ante el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de julio de

2014 (fl.27 cuaderno 2), sin que durante dicho interregno superara el término prescriptivo.

COSTAS:

SIN COSTAS en ambas instancias como quiera que el recurso de alzada salió adelante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal primero de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 18 de abril de 2018, para en su lugar conceder las pretensiones incoadas por la señora CARMENZA RICARDO FRANCO dentro del proceso acumulado con radicado 2014-461, de conformidad con lo expuesto en la parte motivo de esta sentencia.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el ordinal segundo de la sentencia, para en su lugar declarar que la señora CARMENZA RICARDO FRANCO también le asiste el reconocimiento a la pensión de sobrevivientes solicitada a partir del 3 de noviembre de 2008.

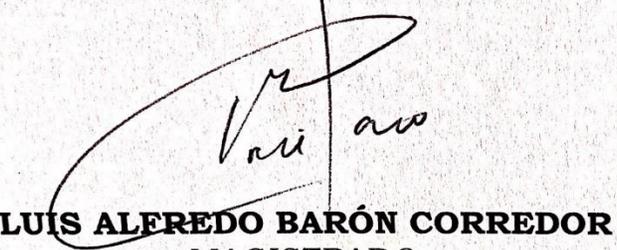
TERCERO: REVOCAR parcialmente el ordinal tercero, para en su lugar condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la señora CARMENZA RICARDO FRANCO en un 54% de la mesada pensional y a la señora INÉS BARBOSA en un 45,06% de la mesada pensional.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado