

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-018-2017-00619-00
DEMANDANTE:	GUILLERMO ARIAS PARRA
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Recurso y consulta Sentencia No. 128 del 13 de julio de 2018
JUZGADO:	Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Compatibilidad pensión de jubilación docente y de vejez

**APROBADO POR ACTA No. 16
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 68**

Hoy, ocho (08) de julio de dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, Dra. **MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada ordenado en la Sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **GUILLERMO ARIAS PARRA** contra **COLPENSIONES**, radicado **76001-31-05-018-2017-00619-00**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, la cual se traduce en los siguientes términos,

S E N T E N C I A No. 67

1) ANTECEDENTES:

El señor **GUILLERMO ARIAS PARRA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES con el fin que se condene a Colpensiones a reconocer al demandante la pensión de vejez a partir del 20 de enero de 2017, y a pagarla a partir del retiro del sistema, es decir, agosto de 2017; además del pago de la indexación, y los perjuicios morales por el sufrimiento ante la negativa del reconocimiento, y las costas. De manera subsidiaria, pretende que se ordene a Colpensiones emitir bono pensional en favor del Magisterio.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folio 3-13 demanda y 62-70 contestación de Colpensiones (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali desató la litis en primera instancia mediante sentencia, en la cual decidió: **1)** Declarar probada la excepción de Inexistencia de la obligación y carencia del derecho, frente a los perjuicios morales pretendidos. **2)** Declarar que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 2 de agosto de 2017, en cuantía de \$2.763.847,40 y como retroactivo causado hasta el 30 de junio de 2018 la suma de \$33.978.740,02, valor sobre el cual ordenó el descuento de los aportes al Sistema de Salud, además, estableció la mesada para el 2018 en cuantía de \$2.899.275,93. **3)** Condenar en costas a la demandada, en cuantía de 3.300.000.

Como fundamento de la decisión, la juez señaló que la prestación reclamada tiene un origen distinto a la pensión de jubilación que devenga el demandante, por lo que las pensiones resultan compatibles, precisó que las cotizaciones al sistema fueron con entidades privadas y no se avizora ninguna entidad pública como cotizante, y que la pensión de jubilación se reconoció con tiempo laborado a diferentes entidades públicas, las que no se registran en la historia laboral del demandante, por lo que resulta procedente el reconocimiento de la pensión de vejez, sin que se vulnere lo dispuesto en el art. 128 de la C.P.

Señaló que la normativa a aplicar es la Ley 797 de 2003, que el demandante reunió el requisito de edad y semanas en el año 2017, y cotizó hasta el 1° de agosto de ese año, un total de 1985 semanas. Calculó el IBL en \$3.272.761,68 y señaló que la tasa de reemplazo a aplicar es de 84.45%, de lo que se obtuvo una mesada pensional para el año 2017 de \$2.763.847.

2) RECURSO DE APELACIÓN:

2

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandada señaló los mismos argumentos planteados en la contestación de la demanda, de manera particular en el acápite denominado “*PRONUNCIAMIENTO EXPRESTO FRENTE A LAS PRETENSIONES (fl.65)*”, relativo a que se debe tener en cuenta las precisiones del literal c) del art. 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, así como lo manifestado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto 1459 del 2009 con relación a la excepciones prevista en el art. 19 de la Ley 4 de 1992, en la que señala que una pensión del Fomag resulta incompatible con la pensión de vejez reconocida por el RPM si se causa entre el 18 de agosto de 1992 y el año 1993, día anterior a la entrada en vigencia de la Ley 60 de 1993, así como el causado entre el 21 de diciembre de 2001 y el 19 de junio de 2002, día anterior a la entrada en vigencia del Decreto 1278 de 2002, y para aquellos docentes del sector educativo estatal vinculados a partir de la vigencia del citado decreto. Señaló que con la vigencia de la Ley 100 de 1993, se encuentra prohibida la doble asignación de dos mesadas pensionales para cubrir el mismo riesgo, por lo que no es posible ser afiliado y pensionado al mismo tiempo.

3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Mediante auto del 18 de junio de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la entidad demandada aduce que al demandante le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación el 08 de julio de 2011 expedida por la Secretaria de Educación Municipal de Cali – Fondo Nacional

de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo tanto, se encuentra dentro de las causales de incompatibilidad entre pensiones y no ha lugar a conceder la pensión de vejez por parte de Colpensiones.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La sentencia apelada y consultada debe **MODIFICARSE** son razones:

Sea lo primero el estudio de la legalidad de la condena en grado jurisdiccional de Consulta, lo que a su vez dirime las razones del recurso de apelación interpuesto por la pasiva.

En el presente asunto el problema jurídico a resolver se centra en determinar si al demandante le asiste derecho a que Colpensiones le reconozca la pensión de vejez por cumplir con los requisitos exigidos por el art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9 de la Ley 797 de 2003, o si, por el contrario, existe incompatibilidad con la pensión de jubilación que viene percibiendo por parte del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

1. Régimen de los docentes

Sea lo primero precisar que para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, el régimen de los docentes oficiales hacía parte de los exceptuados del SGSS, pues así lo consagró el art. 279 de la citada ley, por tanto, en principio existía compatibilidad entre las prestaciones que reconoce el Sistema General de Pensiones y las que reconoce el régimen exceptuado. No obstante, a partir del 27 de junio de 2003 tal régimen exceptuado, dejó de serlo, por cuanto los docentes que se vincularon a partir de esa data pasaron a ser afiliados al sistema de pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, así lo ordenó el art. 81 de la Ley 812 de 2003 adicionada por el parágrafo transitorio 1 del AL 01 de 2005.

3

2. Compatibilidad pensional

En el presente caso, la entidad demandada negó el reconocimiento de la pensión de vejez mediante resolución GNR 61784 del 28 de febrero de 2017 (fs.29 y ss.), argumentado que si bien el demandante se vinculó a la docencia antes de la vigencia del Decreto 1278 de 2002, lo cierto es que adquirió el status de pensionado con posterioridad a la vigencia de la Ley 4 de 1992, por lo que no existe compatibilidad con la pensión de jubilación que devenga, además negó la prestación con fundamento en lo dispuesto en el art. 128 de la Constitución Política.

Al respecto, se ha de precisar que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que resulta compatible la pensión de jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con la pensión de vejez que reconoce el Sistema de Seguridad Social, así se reiteró en sentencia SL 451 del 17 de junio del 2013, en la que se citó

providencias proferidas el 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, del 12 de agosto de 2009, Rad. 35374 y 3 de mayo de 2011, Rad. 39810.

En este orden de ideas, no es atendible el argumento esgrimido por la recurrente frente a la incompatibilidad pensional, máxime cuando se advierte que:

1. El demandante se encontraba vinculado al régimen prestacional de los docentes oficiales desde el 16 de noviembre de 1995 - conforme a la certificación CD fl.78-, es decir, con antelación a la vigencia de la Ley 812 de 2003.
2. En la resolución que otorgó la pensión de jubilación al demandante (fl.24 a 27), se tuvo en cuenta veinte años de servicios prestados al sector público con entidades como Cajanal, el Departamento del Valle “-OFIC.PREST.SOC.SEC.EDU.-” y la Secretaría de Educación Municipal de Cali, los cuales no se registran en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl.112-128).
3. Las semanas cotizadas por el demandante al ISS hoy Colpensiones, fueron por servicios prestados a instituciones privadas como el Colegio Panamericano, las Universidades Santiago de Cali, de San Buenaventura, Corporación Universitaria Autónoma, entre otras, que, en todo caso, no fueron tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión oficial.

Ahora, como la recurrente cita el art. 19 de la Ley 4 de 1992, se ha de precisar que frente al RPM no es válido afirmar que por la naturaleza jurídica de la entidad que lo administra, o por su vinculación al Ministerio de la Protección Social, los recursos administrados por concepto de los aportes realizados por los afiliados y empleadores, hagan parte de su patrimonio o puedan catalogarse como ingresos de la Nación, toda vez que los aportes y sus rendimientos tienen naturaleza parafiscal, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, puntualmente en sentencia proferida del 12 de septiembre de 2006, radicado 28257.

Así las cosas, se confirmará la decisión adoptada por la Juzgadora de instancia, en lo relativo a la compatibilidad de la pensión de jubilación con la de vejez que se pretende.

3. Pensión de vejez –art. 33 ley 100/1993, modificado por el art. 9 ley 797/2003-

Conforme al Art. 33 de la Ley 100 de 1993 original, el que exigía para el cumplimiento de los requisitos para el goce de la pensión, 55 años para las mujeres y 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo. Sin embargo, tal disposición fue modificada por la Ley 797 de 2003, a *«partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015»*, además *«a partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre»*.

Se advierte entonces que el demandante cumplió los 62 años el 20 de enero de 2017 (fl.49), anualidad para la cual debía acreditar 1300 semanas

cotizadas, requisito con el que cumple, pues tenía cotizadas más de 1900 semanas –conforme se advierte de la historia laboral (fl.120-122)–, por lo que es posible colegir que el actor cumple con los requisitos de la normatividad hoy vigente, de ahí que, también se confirme la sentencia en ese sentido.

4. Causación y disfrute de la pensión de vejez

Los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990¹, son las normas que dirimen la causación y disfrute de la pensión de vejez, en virtud de la vigencia que le otorga el inciso 2º del art. 31 de la ley 100 de 1993.

Conforme a dichas normas, la causación del derecho pensional se refiere al nacimiento de este, es decir, cuando la persona reúne las exigencias normativas, que en el caso de la pensión de vejez es la edad y semanas cotizadas; y el concepto de disfrute se refiere a que “*para comenzar a percibir las mesadas pensionales, se requiere la desafiliación del régimen*”, o el retiro.

Acorde con ello, conforme al **Art. 17 de la ley 100 de 1993**, cesa la obligación de cotizar desde la fecha en que el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez, o cuando se pensione por invalidez o anticipadamente, sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar realizando.

Adicionalmente, también ha indicado la jurisprudencia que la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las circunstancias especiales que presentan algunos casos peculiares, por tanto, ha señalado la sala especializada que considera materializado los efectos de la novedad de retiro vía inferencial, tal como se explica en la **sentencia CSJ-SL rad. 22630 del 7 de sept. 2004**, en la que indica que basta con: a) cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación, b) la solicitud de pensión y c) el cese de cotizaciones; criterio ratificado en la **sentencia CSJ-SL rad. No.39206 del 07 de febrero de 2012**², en la que cita como jurisprudencia acorde la **sentencia del 22 de febrero del 2011**³.

5

¹ **ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ.** La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”

ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión. El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona.

² **sentencia CSJ-SL rad. No.39206 del 07 de febrero de 2012:** “*En sentido concordante con el precepto antes visto, se encuentra que el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 4 de la Ley 797 de 2003, dispone que la obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones cesa en el momento en que el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando este se pensione por invalidez o anticipadamente, pero no dispone ninguna limitante respecto al vínculo laboral que exista para ese momento y, tampoco, impide que se reclame el reconocimiento de la pensión de vejez, aunque se mantenga vigente la relación de trabajo, a partir del momento en que cesan los aportes.*”

³ **sentencia del 22 de febrero del 2011:** “*A pesar de la improsperidad del cargo, conviene acotar que, si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagran necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario, verbigracia, cuando los aportes efectuados redundan en perjuicio del asegurado.*” (negrilla del Despacho)

Según lo expuesto, para el caso de marras el derecho a la pensión se causó el 20 de enero de 2017 fecha en que el demandante cumplió los 62 años y en la que tenía cotizadas más de 1.900 semanas, sin embargo, continuó cotizando hasta el 1° de agosto de 2017, por ende, la juez ordenó el reconocimiento de la prestación a partir del día siguiente, esto es, 2 de agosto de 2017, lo que no fue objeto de censura por la parte demandante, por tanto, se confirmará la fecha determinada por la juez.

5. Excepciones de fondo, prescripción y liquidación.

De acuerdo con lo expuesto, no prosperan las excepciones de fondo propuestas por la demandada, ni siquiera la de prescripción, si se tiene en cuenta que se estableció el disfrute de la pensión a partir del 2 de agosto de 2017, y la demanda se presentó el 5 de octubre del mismo año (fl.13), por lo que no han transcurrido los 3 años de que trata el art. 151 del CPTSS y por ello no opera el fenómeno de la prescripción.

Ya en el plano de las liquidaciones, se advierte por esta Colegiatura que el mejor IBL se obtiene del promedio de lo cotizado en toda la vida laboral el cual asciende a la suma de \$3.257.945 -conforme al anexo- el cual resulta un poco inferior al obtenido por la *a quo* en cuantía de \$3.272.761,68 -suma que señaló en la sentencia- sin embargo, no se aportó al expediente el cálculo realizado.

Ahora con el fin de establecer la tasa de reemplazo se divide el IBL en el SMLMV del año 2017, que ascendió a \$737.717, y se obtiene como resultado 4.42 y al reemplazar el valor en la fórmula, se arroja como porcentaje inicial el de **63.29%**, conforme a los cálculos que se anexan a la presente acta.

6

$$R = 65.50 - (0.50 \times 4,42)$$

$$R = 65.50 - 2,21$$

$$R = \mathbf{63,29\%}$$

Y una vez obtenido el porcentaje inicial, se procede a determinar su incremento, teniendo en cuenta que por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas se aumentará el porcentaje en un 1.5%, hasta llegar a un monto máximo del 80%, por lo que siendo el número mínimo de semanas requeridas para el año 2017 el correspondiente a 1.300 semanas, cuenta el demandante en consecuencia con 682,29 semanas adicionales a las mínimas requeridas, que corresponden 13 grupos adicionales de 50 semanas que le permitirían aumentar en 19,5% el monto porcentual, el que sumado al 63.29% arrojaría un total de **82,79%**.

No obstante lo anterior, como el art. 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 10 de la Ley 797 de 2003, establece que la tasa máxima a aplicar es del **80%** -lo que inaplicó la juez de primera instancia, quien utilizó la tasa del 84,45%-, se ajustará a dicho porcentaje la tasa a aplicar, por lo que se obtiene una mesada pensional para el año 2017 de **\$2.606.356** y para el año 2018 de \$2.712.956, conforme al cuadro que se anexa, por lo que se modificará el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia en ese sentido.

Ahora, en atención a lo dispuesto en el artículo 283 del CGP se actualizará la condena por concepto de retroactivo del **2 de agosto de 2017 al 31 de mayo de 2020** la cual asciende a **\$101.737.657**.

Año	% Reajuste	Mesada	N° de mesadas	Total
2017	5,75%	\$ 2.606.356	5,97	\$ 15.551.260
2018	4,09%	\$ 2.712.956	13	\$ 35.268.433
2019	3,18%	\$ 2.799.228	13	\$ 36.389.969
2020	3,80%	\$ 2.905.599	5	\$ 14.527.995
				\$ 101.737.657

6. Indexación

Se confirmará la decisión de la *a quo* de imponer condena por indexación, dada la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

7. Descuentos en salud

En cuanto a este tópico se confirmará la autorización a la entidad demandada para que descuenta del retroactivo pensional adeudado los aportes que a salud corresponde efectuar al demandante para ser transferidos a la entidad a la que se encuentre afiliado o elija para tal fin. (Artículo 143 inciso 2 de la Ley 100/93, en concordancia con el artículo 42 inciso 3, Decreto 692/94).

Por todo habrá de modificarse y confirmarse la sentencia consultada y apelada.

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

7

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia consultada y apelada en el sentido de precisar que el valor de las mesadas para los años 2017 y 2018 corresponden a \$2.606.356 y \$2.712.956, respectivamente. Así mismo en el sentido de precisar que el retroactivo causado a partir del **2 de agosto de 2017 al 31 de mayo de 2020** asciende a **\$101.737.657**.

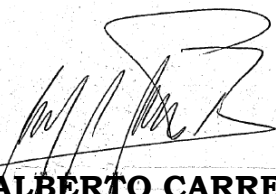
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia consultada y apelada.

TERCERO: En esta instancia las costas corren a cargo de la demandada. Se fija la suma de 4 SMLMV como valor de agencias en derecho.

Los Magistrados,



GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

M.P. Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-018-2019-00117-01
DEMANDANTE:	GLORIA ADRIANA ORDOÑEZ RUIZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
ASUNTO:	Consulta - Apelación de Sentencia No. 348 del 26 de septiembre de 2019.
JUZGADO:	Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Nulidad de Traslado de Régimen

**APROBADO POR ACTA No. 16
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 73**

Hoy, ocho (08) de julio de dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **Dra. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el recurso de APELACIÓN impetrado por la parte demandada PROTECCIÓN Y COLFONDOS S.A. en contra de la Sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta ciudad, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones dentro del proceso ordinario promovido por **GLORIA ADRIANA ORDOÑEZ RUIZ** contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, radicado **76001-31-05-018-2019-00117-01**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, la cual se traduce en los siguientes términos,

SENTENCIA No. 72

1) ANTECEDENTES:

La señora **GLORIA ADRIANA ORDOÑEZ RUIZ**, presentó demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS Y PROTECCIÓN, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media al de ahorro individual y en consecuencia se ordene el traslado de los aportes y/o capital, con los correspondientes rendimientos financieros.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 3-12 demanda, 64-73 contestación de la demanda COLPENSIONES, 110-149 por parte de PROTECCIÓN S.A., y 157-189 COLFONDOS SA (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia mediante sentencia No. 348 de 26 de septiembre de 2019 en la que resolvió declarar no probados los medios exceptivos propuestos las demandadas; declarar la ineficacia del traslado que la demandante efectuó desde el régimen de prima media al de ahorro individual con COLMENA hoy PROTECCIÓN y las vinculaciones posteriores efectuadas con ING hoy PROTECCIÓN SA y COLFONDOS SA; condenar a COLFONDOS S.A. traslade a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración, este último debidamente indexado; condenar a PROTECCIÓN SA a trasladar los gastos de administración debidamente indexación; imponer a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad. Condenó en costas a COLFONDOS S.A. y a PROTECCIÓN y absolvió de este rubro a COLPENSIONES.

El Juzgado de primera instancia fundamentó la decisión en que la demandante se afilió, proveniente de COLPENSIONES, a COLMENA hoy PROTECCIÓN mediante el respectivo formulario de afiliación, materializándose el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, pero no fue acreditado en el expediente que dicha AFP cumplió con el deber de información a la demandante al momento de efectuar el traslado, carga que le correspondía probar a los fondos privados demandados, en consecuencia la demandante ignoraba la incidencia que dicho acto tendría frente a sus derechos prestacionales, por lo tanto el traslado no se encuentra debidamente informado y asesorado. Frente a la excepción de prescripción indicó que la acción para solicitar la nulidad de traslado de régimen es imprescriptible según criterio de la Corte Suprema de Justicia.

2) RECURSO DE APELACIÓN:

PROTECCIÓN Y COLFONDOS S.A, interpusieron y sustentaron recurso de apelación solicitando se revocara la condena relativa a la devolución de los gastos de administración, la cual precisaron procede sobre cada aporte conforme el art. 20 de la Ley 797 de 2003; además que tampoco procede la devolución de la comisión de administración, porque resultan como contraprestación a la administración de la cuenta de la afiliada. Precisarón que se debe aplicar lo dispuesto en el art. 1746 del CC.

3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Mediante auto del 18 de junio de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la parte demandante sostiene que debido a la carga de la prueba corresponde a Protección demostrar que el traslado del régimen se realizó con el lleno de los requisitos legales, de manera libre y espontánea, sin embargo durante el proceso no se acreditó la misma; ya que en ningún caso se le informó de manera detallada y completa las consecuencias del cambio de fondo de pensiones.

Por su parte, la entidad demandada Colpensiones asegura que de acuerdo a la jurisprudencia existe la prohibición a que el afiliado no pueda trasladarse cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, más cuando no se acreditó vicios en el

consentimiento de la actora. Sin embargo, en caso de acceder a la nulidad de traslado, solicita al T.S.C. que se realice la devolución y reintegro de la totalidad de los aportes a Colpensiones.

Por otra parte, la entidad demandada Protección S.A. solicita que se revoque el numeral tercero de la sentencia en primera, respecto a la comisión de administración pues no considera procedente se ordene la devolución, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante.

La entidad demandada Colfondos S.A. asegura que la afiliación al fondo de pensiones gozó de plena validez, pues la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria. Adicionalmente, respecto a la condena de gastos de administración, sostiene que no cabría la imposición siendo que ya se descontaron en su momento, con el fin de financiar el RAIS y el manejo de las cuentas individuales de cada afiliado.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Con el estudio de la legalidad de la sentencia se dirime los argumentos expuestos en los recursos de apelación.

La sentencia apelada y consultada debe **CONFIRMARSE**, son razones:

En el caso de autos no se discuten los siguientes hechos: **1)** Se encuentra acreditado que la demandante nació el 12 de mayo de 1962 (fl.20) **2)** Que se afilió régimen de prima media con prestación definida el 3 de diciembre de 1985 (fl.28) **3)** Que se trasladó del ISS al RAIS con COLMENA hoy PROTECCIÓN el 4 de octubre de 1999 (fl.22) y posterior a COLFONDOS en el año 2007 (fl.24).

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si fue acertada la decisión de la *a-quo* al declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y la condena impuesta a PROTECCIÓN Y COLFONDOS S.A respecto de devolver a COLPENSIONES, aparte del valor de las cotizaciones, sus rendimientos y los gastos de administración.

Es de advertir que, cuando se pretende por vía judicial la nulidad del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para la vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Entre las obligaciones enrostradas está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha

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

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y la sentencia SL12136 rad. No 46292 del 3 de septiembre de 2014

Es de anotar que las jurisprudencias antes citadas corresponden a traslado respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, sin embargo en reciente pronunciamiento (sentencia SL1452 rad. 68852 de 3 de abril de 2019) la Sala de Casación Laboral aclaró que esa falta de deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Entonces en definitiva le corresponde al fondo de pensiones quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, este es quien tiene los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que PROTECCIÓN Y COLFONDOS S.A. no probaron. No puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los fondos privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Así mismo, se considera que a pesar de que la demandante firmó el formulario del traslado, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado; teniendo en cuenta que era deber de la administradora realizar un proyecto pensional, en donde se informe el monto de pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Así resultar acertada la decisión de primer grado atinente con declarar la nulidad del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual.

Frente a la devolución de los valores recibidos por la AFP, sus rendimientos y gastos de administración, la Sala de Casación Laboral de la CSJ en su jurisprudencia en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989 señaló:

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

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

En consecuencia resulta acertado la devolución de los rendimientos generados así como los gastos de administración.

Por todo habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada y como se resolvió de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN Y COLFONDOS S.A se les impondrá costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

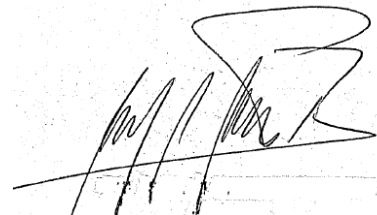
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas y cada una de sus partes la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN Y COLFONDOS S.A, fíjense como agencias en derecho la suma 1 S.M.L.M.V.

Los magistrados:


GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO


**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL)**


**MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-018-2019-00124-01
DEMANDANTE:	ALBERTO OCAMPO RAMÍREZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia N° 386 de 21 de octubre de 2019
JUZGADO:	Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Incrementos pensionales

APROBADO POR ACTA No. 16
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 69

Hoy, ocho (08) julio de dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **Dra. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia N° 386 del 21 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **ALBERTO OCAMPO RAMÍREZ** contra **COLPENSIONES**, radicado **76001-31-05-018-2019-00124-01**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, la cual se traduce en los siguientes términos,

SENTENCIA No. 68

1) ANTECEDENTES:

El señor **ALBERTO OCAMPO RAMÍREZ**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES con el fin de obtener el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% en razón a su cónyuge, conforme el art. 21 del Decreto 758 de 1990, a partir del mes de octubre de 2002, debidamente indexado.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 3-7 demanda y 43-47 contestación de demanda.

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, decidió la primera instancia mediante sentencia No. 386 de 21 de octubre de 2019 en la que resolvió absolver a la entidad demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

El juzgado de primera instancia fundamentó la decisión en que conforme a lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019, los incrementos pensionales que consagra el art. 21 del Ac. 049 de 1990 aprobado por el D. 758 del mismo año, fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, y que sólo resulta procedente dicho reconocimiento para las pensiones reconocidas en vigencia del citado Acuerdo, situación que no se configura en el caso del demandante, por lo que absolvió a la entidad demandada de las pretensiones del actor.

2) RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE:

El apoderado del demandante interpuso y sustentó recurso de apelación en con fundamento en los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica, los cuales señala son derivados del preámbulo de la Constitución y garantizan el debido proceso, la cual es una garantía internacional según el art. 93 de la CN. Arguyó que la sentencia SU 140 de 2019 de la Corte Constitucional tiene efectos inter partes, y por tanto, permite la aplicación incluso de sentencias que fueron proferidas con posterioridad por la Corte Suprema de Justicia, como es la del 11 de junio de 2019 en el proceso 2334. Señaló que la sentencia de unificación vulnera derechos como el debido proceso, la seguridad social integral y trasgrede el principio de favorabilidad. Precisó que en el presente caso se acreditó el cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 21 del Ac. 049 de 1990 aprobado por el D. 758 del mismo año, para que proceda el reconocimiento del incremento pensional pretendido.

3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Mediante auto del 18 de junio de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la entidad demandada adujo que, si bien es cierto, al demandante le fue reconocida la pensión de vejez bajo el régimen de transición, el incremento pensional que solicita carece de sustento normativo; toda vez que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria y según las normas vigentes los incrementos no forman parte integrante de la pensión de vejez, por lo que, otorgarlos vulneraría el principio de sostenibilidad financiera. Así las cosas, solicita sea confirmada la sentencia de primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La sentencia apelada debe **CONFIRMARSE**, son razones:

DEL STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE:

Mediante resolución 15086 de 2004 el entonces Seguro Social le reconoció al demandante, la pensión de vejez a partir del 2 de octubre de 2002 la pensión de vejez, como beneficiario del régimen de transición y con fundamento en el Ac. 049 de 1990 aprobado mediante D. 758 del mismo año (fl. 11.).

DEL INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% POR CONYUGE A CARGO:

Sobre el asunto de fondo que plantea la decisión, cabe reseñar que esta esta Corporación venía siguiendo la posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, las sentencias con radicaciones 21517 del 27 de julio de 2005, 29741 y 29751 del 5 de diciembre de 2007 y 55822 del 23 de agosto de 2017, en consonancia con lo expuesto por el Consejo de Estado en decisión del 16 de noviembre de 2017¹, en el sentido que el Acuerdo 049 de 1990 seguía siendo parte integral del sistema de seguridad social de la Ley 100 de 1993 y había lugar al reconocimiento del incremento pensional por derecho propio y cuando se tratara de pensiones de vejez reconocidas en el régimen de transición con fundamento en el Decreto 758 de 1990.

Así mismo, aplicando la doctrina constitucional según sentencias T-217 de 2013, T-831 de 2014, T-319 de 2015, T-369 del 2015, T-395 de 2016 y más recientemente en sentencia T-088/18, se dijo que el incremento por persona a cargo es un elemento de la pensión, que sigue la suerte de las causas que le dieron origen y por lo tanto es imprescriptible, siendo afectadas por ese fenómeno solo las mesadas que no se reclamaban antes de los tres años previos al reconocimiento de dicho incremento.

Sin embargo, sobre este tema se hace menester traer a colación la sentencia SU-140 de 2019, en la que concluye la Corte sobre los incrementos por personas a cargo que traía el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma data que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, estos desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica, y más de ello, por su incompatibilidad con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

La Corte Constitucional ha señalado en múltiple jurisprudencia, la vigencia y validez de la fuerza vinculante del precedente judicial en materia de tutela, señalando que las autoridades públicas, tanto administrativas como judiciales, están obligadas a acatar los precedentes que fije la jurisprudencia constitucional. En ese sentido precisó que si bien es cierto la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la *ratio decidendi*, constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma.

Así, la Sala recoge el criterio que venía sosteniendo sobre la vigencia y reconocimiento de los incrementos pensionales previstos en el Acuerdo 049 de 1990, a pesar de la expedición de la Ley 100 de 1993, acogiendo la nueva postura de la Corte Constitucional en la sentencia de Unificación mencionada, en tanto constituye un precedente aplicable a los supuestos fácticos esbozados, lo que conlleva a que deba confirmar la sentencia apelada, en consideración a que para la fecha en que se causó el derecho a la pensión de vejez, que fue con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, ya habían sido derogados orgánicamente por la mencionada normatividad, por lo tanto no tiene cabida la inaplicación de la sentencia en mención como lo propone el apelante y por ende es inane entrar a analizar

¹ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá, D. C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08).

los requisitos exigidos para tener derecho al incremento pensional pretendido.

Es menester señalar que la aplicación de esta jurisprudencia no está supeditado a la fecha en la cual se interpuso la demanda, pues con anterioridad a la expedición de la misma no existía unificación respecto a la vigencia de los incrementos por persona a cargo instituidos en el decreto 758 de 1990. Se resalta que la sentencia SU-310 de 2017, fue anulada, razón por la que no constituye un precedente en la materia que nos ocupa.

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

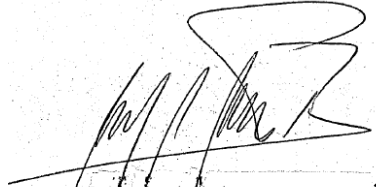
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Los Magistrados,


GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(SALVAMENTO DE VOTO)


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-001-2015-00661-01
DEMANDANTE:	MARÍA ROSA ELVIRA ROSERO DASANTE
LITISCONSORTE NECESARIO:	ALEXANDRA OSPINA QUESADA y ANDRÉS MIGUEL BENAVIDES ROSERO
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Consulta Sentencia No. 138 del 24 de mayo de 2019
JUZGADO:	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Pensión de sobrevivientes

**APROBADO POR ACTA No. 16
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 60**

Hoy, ocho (08) de julio de dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA, Dra. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, concedido en la Sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA ROSA ELVIRA ROSERO DASANTE** contra **COLPENSIONES y ALEXANDRA OSPINA QUESADA y ANDRÉS MIGUEL BENAVIDES ROSERO** como **litisconsortes necesarios**, radicado **76001-31-05-001-2015-00661-01**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, la cual se traduce en los siguientes términos,

S E N T E N C I A No. 59

1) ANTECEDENTES:

La señora MARÍA ROSA ELVIRA ROSERO DASANTE presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con el fin que se condene al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del 22 de agosto de 2014, por ostentar la calidad de compañera permanente del afiliado fallecido Miguel ángel Benavides Castillo, así mismo pretende el pago de la indexación o en subsidio los intereses moratorios, y las costas del proceso.

Al proceso fueron vinculados como litisconsortes necesarios la señora ALEXANDRA OSPINA QUESADA y el señor ANDRÉS MIGUEL BENAVIDES ROSERO, quienes dentro del trámite de la reclamación administrativa

adujeron tener la calidad de compañera permanente e hijo en condición de discapacidad del causante, respectivamente, sin embargo, en el presente proceso, la primera estuvo representada por Curador Ad-Litem, y el segundo, renunció al posible derecho que le correspondía.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 3-13 demanda, 43-47 contestación de la demanda de COLPENSIONES, 87-88 contestación de la Curadora de la Litisconsorte necesaria, y 125 intervención del Litisconsorte necesario Benavides Rosero (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali desató la litis en primera instancia mediante sentencia en la cual resolvió: **1)** Declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada. **2)** Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar en forma vitalicia a la demandante María Rosa Elvira Rosero Dasante, en calidad de compañera permanente y como única beneficiaria, la pensión de sobrevivientes a partir del 22 de agosto de 2014. **3)** Liquidó como retroactivo causado hasta el 20 de abril de 2019, sobre 13 mesadas al año y la base del SMLMV, la suma de \$48.344.796. **4)** Autorizó el descuento de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud. **5)** Absolvió a la demandada de las restantes pretensiones.

El juzgado de primera instancia fundamentó la decisión en que el afiliado fallecido cotizó en toda la vida laboral un total de 1228,14 semanas, no obstante, no acreditó el requisito de semanas exigido por la Ley 797 de 2003, ni el texto original de la Ley 100 de 1993, para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, sin embargo, la juez señaló que en virtud de la aplicación de la teoría desarrollada por la Corte Constitucional, encontró que cumplía con la exigencia de haber cotizado 300 semanas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para beneficiarse de lo establecido en el Ac. 049 de 1990 aprobado por el D. 758 del mismo año, pues en efecto contaba con 443 semanas.

En lo relativo a la convivencia del causante con la demandante, la encontró acreditada con las declaraciones de los testigos traídos al proceso, de lo que concluyó que la señora Rosero Dasante era la única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

Con relación al señor Andrés Miguel Benavides Rosero, señaló que no había lugar a emitir pronunciamiento alguno, ante la renuncia al posible derecho que le correspondía.

Finalmente, en lo que respecta a la señora Alexandra Ospina Quesada, señaló que no cumplió con el deber procesal que consagra el art. 167 del CGP.

Contra la anterior decisión no se interpuso recurso alguno, razón por la cual, el presente asunto fue remitido a esta Sala a fin de surtirse el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 C.P.T y S.S.

2) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Mediante auto del 18 de junio de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la entidad demandada adujo que en el presente asunto se presentó controversia entre los pretendidos beneficiarios, que en estos casos la jurisprudencia ha manifestado que la AFP debe abstenerse de resolver derecho alguno, ya que dicho conflicto debe ser dirimido por la jurisdicción ordinaria laboral. Indica que la entidad está dispuesta a acatar el fallo, que la Sala considere ajustado a la ley, sin embargo, solicita exoneración de la condena en costas.

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión dentro del término concedido para tal fin.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La sentencia consultada debe **MODIFICARSE** son razones:

En el caso de autos no se discuten los siguientes hechos: **1)** Que el señor Miguel Ángel Benavides Castillo, falleció el 22 de agosto de 2014 (fl.15); **2)** Que a la fecha del deceso el señor Benavidez Castillo tenía cotizadas 1228,18 semanas (fl. fl.102 y Vto.). **3)** La petición de reconocimiento de pensión de sobrevivientes a Colpensiones efectuada por la señora María Rosa Elvira Rosero Dasante el 8/09/2014 y por la señora Alexandra Ospina Quesada el 16/09/2014 (fl.22). **4)** que la solicitud de pensión fue negada a los solicitantes mediante Resolución No. GNR 64123 de 2015 (fl.22).

De conformidad con el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad de seguridad social demandada, y en favor de los litisconsortes necesarios ALEXANDRA OSPINA QUESADA y ANDRÉS MIGUEL BENAVIDES ROSERO, el problema jurídico a resolver se centra en determinar si se encuentra ajustada a derecho la decisión de la juez de condenar a Colpensiones al pago de la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante, la cual resulta adversa para los litisconsortes necesarios.

1. Norma aplicable y alcance del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes.

No existe duda que al fallecer el señor Benavides Castillo, el 22 de agosto de 2014 (fl.15), la norma vigente es la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, sin que el causante hubiera cumplido con el requisito de las 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, toda vez que la última cotización la realizó el 31 de agosto de 2011, alcanzando un total de 1228,14 semanas en toda la vida laboral (fl.102 y Vto.).

Ello da lugar a realizar el estudio bajo los requerimientos del art. 46 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, conforme al alcance que tanto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, le han otorgado al principio de la condición más beneficiosa, con el que se propende por dar protección pensional a quienes no cumplieron la densidad de semanas requeridas en la norma vigente al momento de producirse la contingencia de la muerte o la invalidez, pero sí acreditaban el número de semanas cotizadas exigidas en la normatividad anterior.

Se ha de aclarar que según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4650-2017, la condición más beneficiosa tiene un carácter excepcional, por lo tanto su aplicación es restringida y temporal, razón por la cual en dicha providencia trazó los lineamientos para la concesión de las pensiones en aplicación de este principio cuando se cumplan los requisitos de cotización y acaecimiento de la muerte del afiliado entre el 29 de enero de 2003 – 29 de enero de 2006, periodo en el cual sostuvo que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos; pues bien, descendiendo al caso bajo estudio, en cuanto a la ocurrencia del deceso se tiene que la muerte del causante no se enmarca en ese periodo (22/08/2014), así como tampoco se da la satisfacción del segundo requisito, ya que revisada la historia laboral del causante se precisa que este no acredita la densidad de semanas que exigía la Ley 100/93 en su versión original, al no haber cotizado 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento, ya que no cotizó ninguna semana durante dicho lapso (fl.102 vto.).

Ahora bien, frente a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, esta Sala de Decisión había adoptado el criterio instituido por la Corte Constitucional en sentencia SU 442 de 2016, pese a lo anterior, y ante el ajuste jurisprudencial a la interpretación del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes que realizó la Corporación en **sentencia SU-005 de 2018**, asume la posición mayoritaria de esta sala este cambio jurisprudencial, en consecuencia se acoge al criterio en ella expuesto.

Así entonces, se tiene que a través de la sentencia SU-005 de 2018, expedida por la Corte Constitucional, la corporación ajustó la jurisprudencia en el entendido que: *“sólo respecto de las personas vulnerables resulta proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar, de manera ultractiva, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 -o regímenes anteriores- en cuanto al requisito de semanas de cotización, para efectos de valorar el otorgamiento de dicha prestación económica, aunque la condición de la muerte del afiliado hubiese acaecido en vigencia de la Ley 797 de 2003”*.

En el referido fallo se dejó sentado por el Alto Tribunal, que la regla dispuesta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, relacionada con la aplicación de la condición más beneficiosa de afiliados que fallecen bajo la vigencia de la ley 797 de 1993, únicamente para aplicación ultractiva de la norma inmediatamente anterior, esto es la Ley 100 de 1993, resulta desproporcionada y contraria a los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, cuando quien pretende acceder a la pensión de sobrevivientes es una persona vulnerable, pues si bien no adquirieron el derecho en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, los aportes del afiliado, bajo dicho régimen, dieron lugar a una expectativa que, por las circunstancias particulares, amerita protección constitucional.

Se hace claridad en la providencia que se consideran como personas vulnerables aquellos individuos que hayan superado el test de procedencia, esto es, las personas en quienes confluyan circunstancias que *“(i) les permitan pertenecer a un grupo de especial protección constitucional o en quien confluyan múltiples riesgos tales como pobreza extrema, discapacidad, enfermedades graves, analfabetismo etc., (ii) para quienes el desconocimiento de la pensión de sobrevivientes afecta directamente su mínimo vital, (iii) dado*

que dependía económicamente del afiliado que falleció y (iv) quien no realizó las cotizaciones en los últimos años de su vida por una imposibilidad insuperable, tienen una afectación intensa a sus derechos fundamentales y, por tanto, la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia resulta, para ellos en particular, desproporcionada y, por tanto, contraria a la Constitución”.

Así entonces, una vez realizado el test de procedencia determina esta Sala que la demandante pertenece a un grupo de especial protección al demostrarse procesalmente que ostenta situaciones que le generan un riesgo inminente y requieren de un miramiento exclusivo, toda vez que la señora María Rosa Elvira Rosero Dasante en la actualidad cuenta con 75 años - fl.14-(tercera edad), y padece de artritis reumatoide seropositiva (fl.4 y 5 Cdo. Del Tribunal), aunado a ello obra prueba en el expediente, a saber declaraciones testimoniales rendidas en audiencia ante el juez de primera instancia por la señora Ayda Cecilia Guzmán Hoyos y el señor Buenaventura Muñoz Anacona (CD fl.93), quienes manifestaron bajo la gravedad de juramento que la señora Rosero Dasante dependía económicamente de su compañero fallecido. Cabe indicar que dicha prueba no fue controvertida en ningún momento por la demandada.

Del mismo modo, se encuentra demostrado que el desconocimiento de la pensión de sobrevivientes afecta su mínimo vital, pues en el plenario no se acreditó que la demandante contara con una fuente autónoma de renta, de hecho, este Despacho pudo constatar el portal de información del ADRES que la demandante continúa afiliada en calidad de beneficiaria. En adición, al consultar en el Sistema RUAF no se evidencian afiliaciones al Sistema de Pensiones, Caja de Compensación Familiar, ni Riesgos Laborales, por lo que se infiere que actualmente no percibe ingresos.

De acuerdo con lo anterior, al encontrarse acreditadas las condiciones previstas en el test de procedencia, se concluye que la demandante lo supera con el fin de que le sea aplicado el Decreto 758 de 1990, en virtud de la condición más beneficiosa, por ende, se analizará si reúne los requisitos establecidos en dicha norma para tener derecho a la pensión de sobrevivientes.

Pues bien, el Decreto 758 de 1990, establecía en su artículo 25 que habría derecho a la pensión de sobrevivientes cuando la muerte del asegurado fuera de origen común en el siguiente caso: *“a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común.”* A su vez el artículo 6° ibídem exigía como requisito para la pensión de invalidez: *“haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o **trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez**”*; revisada la historia laboral, para el momento del óbito el causante tenía cotizadas un total de 1228,14 semanas en toda su vida laboral, de las cuales 439,00 fueron cotizadas antes del 01/04/1994 -conforme al anexo 1-, por ende se determina que el señor Benavides Castillo dejó causada la pensión bajo los presupuestos establecido en dicha norma.

Anexo 1

Razón Social	Desde	Hasta	N° de Días	N° de semanas
Eder Quinn Alan James	23/02/1981	27/04/1982	429	61,29
Rodrigo Holguín y Cía. SC	30/12/1986	12/02/1990	1.141	163,00
Agronal SA	14/02/1990	31/08/1990	199	28,43
Rodrigo Holguín y Cía. SC	5/09/1990	31/03/1994	1.304	186,29
Total				439,00

2. Acreditación calidad de beneficiarios

Por otro lado, para ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, la cónyuge o compañera permanente supérstite, deben acreditar que hicieron vida marital con el causante y que la convivencia con en este se dio durante al menos cinco años con anterioridad a su muerte. Así mismo, los hijos en condición de discapacidad deben acreditar tal situación, así como la dependencia económica de su progenitor.

Es menester en este punto elucidar que el requisito de convivencia por espacio de 5 años es exigible ante muerte del afiliado, como del pensionado, en tanto no existe razón para establecer diferencias, más aún cuando la convivencia es un elemento central y estructurador del derecho, tal como lo dejo sentado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1399-2018 y la Corte Constitucional en sentencia T-077-2018.

Ahora, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, y en consonancia con lo manifestado en la sentencia C-1035 de 2008, cuando exista convivencia simultánea entre cónyuge o compañeras permanentes, la pensión se dividirá entre ellas en proporción al tiempo de convivencia de cada una con el causante. Al respecto igualmente se refirió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1399-2018 del 25 de abril de 2018, en la que se rememoró las sentencia SL402-2013 y SL18102-2016.

Así las cosas, se procede a analizar el material probatorio con el fin de comprobar si le asiste el derecho a las reclamantes a la pensión deprecada.

Respecto a la señora **María Rosa Elvira Rosero Dasante**, quien adujo ser la compañera permanente del causante, se tiene que demuestra la convivencia con el señor Miguel Ángel Benavidez Castillo, con los documentos allegados al proceso tales como: Declaración extrajuicio rendida el 27 de agosto de 2014 ante la Notaría Tercera del Circulo de Cali – Valle por la señora Ayda Cecilia Guzmán Hoyos y el señor Buenaventura Muñoz Anacona (fl.20), en la que manifestaron conocer al señor Benavides Castillo y constarles la convivencia con la señora Rosero Dasante, con quien procreó dos hijos, así como que ella dependía económicamente de él; situación que se corrobora con los formularios de novedades de Positiva, del otrora Instituto de Seguros Sociales y de la Nueva EPS, los cuales fueron diligenciados en el año 2010 y en el que señala como beneficiaria a la aquí demandante (CD fl. 100); de igual forma acreditó la existencia de los hijos, con los registros civiles de nacimientos que obran a folios 16 a 17, los cuales dan cuenta del nacimiento del hijo mayor en el año 1976 y de la menor en el año 1978

Del mismo modo, con los testimonios rendidos por la señora Ayda Cecilia Guzmán Hoyos y el señor Buenaventura Muñoz Anacona en la audiencia de trámite y juzgamiento (CD fl.93), quienes reiteraron el conocimiento de lo declarado por haber sido vecinos de la pareja, y constarles que ellos convivieron por lo menos durante 20 años en el barrio Montebello en la ciudad de Cali, que tenían dos hijos cuando llegaron a vivir al barrio, que el causante trabajaba en labores de jardinería y era quien se encargaba del sustento de la casa, y que nunca se separaron, lo que señalaron les consta porque veían a la pareja juntos, así como cuando él la llevaba al médico.

Según lo expuesto, al haberse acreditado que la convivencia del señor Benavides Castillo y la señora Rosero Dasante se dio por un término superior a 5 años hasta el deceso del causante, determina esta Sala que la decisión de la *a quo* de otorgar la pensión a la demandante en su condición de compañera permanente fue acertada, debiéndose confirmar tal condena.

En cuanto a la señora **Alexandra Ospina Quesada**, encuentra la Sala que también se debe confirmar la decisión de la juez, dado que, la litisconsorte, además de no comparecer al proceso y estar representada por Curadora Ad-Litem, no logró acreditar la convivencia con el afiliado fallecido.

Ahora, en lo que respecta al litisconsorte necesario señor **Andrés Miguel Benavides Rosero**, de quien la *a quo* no emitió pronunciamiento, considera esta colegiatura necesario aclarar que la renuncia o desistimiento del litis (fl.125) se acepta en el entendido, que en el presente proceso no existen elementos de juicio que permitan entender configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes, toda vez que Colpensiones hizo mención del señor Benavidez Rosero en la Resolución No. 91588 del 31 de marzo de 2016 (CD fl.100), señalando los requisitos que debía aportar para tenerlo como beneficiario, consistente en calificación de PCL -por padecer esquizofrenia paranoide-, lo cierto es que al plenario no se allegó dicho documento, por lo que se reitera, existe incertidumbre en el posible derecho a la pensión, sin embargo, valga precisar que la decisión adoptada por el litis no le impide adelantar una nueva reclamación, si se tiene en cuenta que en el presente proceso no se efectuó un estudio de fondo al posible derecho que pueda tener, y teniendo en cuenta que la pensión de sobreviviente es un derecho mínimo e irrenunciable¹.

En suma, resulta acertada la decisión de la juez de imponer condena a Colpensiones en favor únicamente de la demandante.

3. Excepciones de fondo, prescripción y liquidación.

Lo anterior deja sin fundamento las excepciones propuestas, incluida la de prescripción, puesto que el derecho se causó el 22 de agosto de 2014 (fl.15), la demandante y la integrada al litigio presentaron la reclamación pensional en ese mismo año (fl.22), la que fe resuelta mediante Resolución GNR 64123 del 5 de marzo de 2015 (fl. 22 y ss.) y la demanda fue presentada el 26 de octubre de 2015 (fl. 13), evidenciándose entonces que entre la fecha en que fue resuelta la reclamación administrativa y la presentación de la demanda no transcurrieron los 3 años establecidos en el art. 151 del CPTSS.

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia SL3748 de 2019

Ya en el plano de las liquidaciones, y como la juez estableció la mesada en cuantía del SMLMV, el retroactivo causado entre el **22 de agosto de 2014 y el 30 de abril de 2019**, una vez liquidado por la Corporación asciende a la suma de **\$43.663.196** -conforme a la tabla anexa- y no como lo señaló la *a quo*, quien realizó el cálculo sobre un número mayor de mesada en el año 2014 (fl.135); dado lo anterior se deberá modificar el ordinal tercero de la sentencia en este sentido.

Anexo 2

RETROACTIVO			
AÑO	VALOR	N° MESADA	TOTAL
2014	\$ 616.000	5,3	\$ 3.264.800
2015	\$ 644.350	13	\$ 8.376.550
2016	\$ 689.455	13	\$ 8.962.915
2017	\$ 737.717	13	\$ 9.590.321
2018	\$ 781.242	13	\$ 10.156.146
2019	\$ 828.116	4	\$ 3.312.464
			\$ 43.663.196

Ahora, en atención a lo dispuesto en el artículo 283 del CGP se actualizará la condena por concepto de retroactivo del **22 de agosto de 2014 al 31 de marzo de 2020** la cual asciende a **\$53.749.649** –conforme al anexo 2–.

Anexo 3

RETROACTIVO			
AÑO	VALOR	N° MESADA	TOTAL
2014	\$ 616.000	5,3	\$ 3.264.800
2015	\$ 644.350	13	\$ 8.376.550
2016	\$ 689.455	13	\$ 8.962.915
2017	\$ 737.717	13	\$ 9.590.321
2018	\$ 781.242	13	\$ 10.156.146
2019	\$ 828.116	13	\$ 10.765.508
2020	\$ 877.803	3	\$ 2.633.409
			\$ 53.749.649

4. Descuentos en salud

En cuanto a este tópico se confirmará la autorización a la entidad demandada para que descuenta del retroactivo pensional adeudado los aportes que a salud corresponde efectuar a la demandante para ser transferidos a la entidad a la que se encuentre afiliado o elija para tal fin. (Artículo 143 inciso 2 de la Ley 100/93, en concordancia con el artículo 42 inciso 3, Decreto 692/94).

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

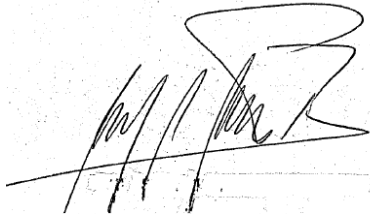
PRIMERO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia consultada en el sentido de precisar que el retroactivo causado a partir del **22 de agosto de 2014 al 31 de marzo de 2020** asciende a **\$53.749.649**.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia consultada.


TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Los Magistrados,


GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL)**


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-002-2014-00480-01
DEMANDANTE:	NIEVES CEFERINA JURADO ENRÍQUEZ
LITISCONSORTE NECESARIO:	CARMEN CAICEDO LASSO
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Consulta de Sentencia No. 153 del 15 de julio de 2019
JUZGADO:	Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Sustitución pensional.

APROBADO POR ACTA No. 16
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 67

Hoy, ocho (08) de julio de dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **Dra. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, concedido en la Sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **NIEVES CEFERINA JURADO ENRÍQUEZ** contra **COLPENSIONES y CARMEN CAICEDO LASSO** como **litisconsorte necesaria**, radicado **76001-31-05-002-2014-00480-01**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, la cual se traduce en los siguientes términos,

S E N T E N C I A No. 66

1) ANTECEDENTES:

La señora NIEVES CEFERINA JURADO ENRÍQUEZ presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con el fin que se condene al reconocimiento de la sustitución pensional, por ostentar la calidad de compañera permanente del pensionado fallecido Luis Enrique Pascuaza, así mismo pretende el pago de los intereses moratorios, la indexación, el incremento pensional del 14%.

Al proceso fue vinculada en como litisconsorte necesaria la señora CARMEN CAICEDO LASSO quien dentro del trámite de la reclamación administrativa adujo tener la calidad de cónyuge del causante, y en la intervención del presente proceso, también solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 4-15 demanda, 92-99 contestación de la Litisconsorte necesaria, y 55-68 contestación de la demanda de COLPENSIONES (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali desató la litis en primera instancia mediante sentencia en la cual resolvió: **1)** Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar en forma vitalicia a la demandante Nieves Jurado Enríquez y a la litisconsorte necesaria Carmen Caicedo Lasso, en calidad de compañera permanente y cónyuge supérstite, respectivamente, la sustitución pensional en cuantía del 50% para cada una, a partir de febrero de 2013, en igual suma a la que devengaba el pensionado, liquidando como retroactivo causado desde dicha fecha hasta el mes de julio de 2019 la suma de \$46.613.331,81 para cada una. **2)** Absolvió a la demandada de las restantes pretensiones (fl. 198).

El juzgado de primera instancia fundamentó la decisión en que del material probatorio recaudado en el proceso la demandante, se logró establecer que el causante se casó con la señora Carmen Caicedo Lasso, con quien convivió un tiempo superior a cinco años, y con quien mantuvo la sociedad patrimonial vigente; así mismo, se acreditó que el causante constituyó una familia con la señora Nieves Ceferina Jurado Enríquez, situación que señaló fue reconocida por la cónyuge del pensionado, por lo que concluyó que resulta válido el acuerdo conciliatorio extraprocesal que celebró la demandante y la litisconsorte.

Contra la anterior decisión no se interpuso recurso alguno, razón por la cual, el presente asunto fue remitido a esta Sala a fin de surtirse el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 C.P.T y S.S.

2) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Mediante auto del 18 de junio de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión; sin embargo, ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión dentro del término concedido para tal fin.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La sentencia consultada debe **MODIFICARSE Y ADICIONARSE** son razones:

En el caso de autos no se discuten los siguientes hechos: **1)** Que el señor LUIS ENRIQUE PASCUAZA era beneficiario de la pensión de vejez reconocida por el ISS a través de Resolución No.112890 de 2011 (fl.16) **2)** El fallecimiento del señor Pascuaza el 18 de febrero de 2013 (fl. 29). **3)** Petición de reconocimiento de pensión de sobrevivientes a Colpensiones efectuada por la señora Nieves Ceferina Jurado Enríquez el 25/04/2013 y por la señora Carmen Caicedo Lasso el 23/12/2013 (fl.24). **4)** que la solicitud de sustitución fue negada a las solicitantes mediante Resolución No. GNR 206050 de 2014 (fl 23).

De conformidad con el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad de seguridad social demandada, el problema jurídico a resolver si se encuentra ajustada a derecho la decisión de la juez de condenar a Colpensiones al pago de la sustitución pensional en favor de la demandante y la litisconsorte, lo anterior, teniendo en cuenta que no fue objeto de censura el porcentaje en que la juez distribuyó la pensión.

1. Requisitos pensión de sobrevivientes:

Teniendo en cuenta la fecha del deceso del causante, esto es el 18 de febrero de 2013, la norma que determina cuales son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece:

“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.*

Conforme lo señala la norma transcrita, para ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, la cónyuge o compañera permanente supérstite, deben acreditar que hicieron vida marital con el causante y que la convivencia con en este se dio durante al menos cinco años con anterioridad a su muerte.

Es menester en este punto elucidar que el requisito de convivencia por espacio de 5 años es exigible ante muerte del afiliado, como del pensionado, en tanto no existe razón para establecer diferencias, más aún cuando la convivencia es un elemento central y estructurador del derecho, tal como lo dejo sentado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1399-2018 y la Corte Constitucional en sentencia T-077-2018.

Ahora, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del literal b) del artículo ya referido, y en consonancia con lo manifestado en la sentencia C-1035 de 2008, cuando exista convivencia simultanea entre cónyuge o compañeras permanentes, la pensión se dividirá entre ellas en proporción al tiempo de convivencia de cada una con el causante.

Al respecto igualmente se refirió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1399-2018 del 25 de abril de 2018, en la que se rememoró las sentencia SL402-2013 y SL18102-2016. Igual situación ocurre cuando la cónyuge mantiene vigente el vínculo matrimonial a pesar de haber una separación de hecho, siempre y cuando acredite que convivió, en cualquier tiempo, un periodo no inferior a 5 años, tesis que ha sido reiterada en SL1399-2018.

Así las cosas, se procede a analizar el material probatorio con el fin de comprobar si le asiste el derecho a las reclamantes a la pensión deprecada.

Respecto a la señora **Nieves Ceferina Jurado Enríquez**, quien adujo ser la compañera permanente del causante por 13 años, se tiene que con los documentos allegados al proceso tales como: Declaraciones extrajuicio rendidas el 25 de junio de 2014, y el 28 de febrero de 2013, ante la Notaría Única del Circulo de Candelaria – Valle por los señores Víctor Salomón Erika Tainbud, José Audino Samboní Guamanga y Blanca Ligia Cortes Cárdenas (fl.33-35), en las que manifestaron conocer a la demandante por haber convivido en unión libre con el señor Luis Enrique Pascuaza, por un lapso de 13 años hasta su deceso; así como las declaraciones rendidas en el mismo lugar el 9 y 11 de julio de 2013 por Rosalba Ramos de Moreno y Roosevelt Varela García (fl.36-37), quienes señalaron constarle la convivencia durante el tiempo que la pareja residió en viviendas de propiedad de los declarantes; y con los testimonios rendidos por Víctor Salomón Erika Taimbu, José Audino Samboní Guamanga en la audiencia de trámite y juzgamiento (CD fl.175), quienes reiteraron el conocimiento de lo declarado por haber sido compañeros de trabajo del causante, y constarles que él estuvo casado en principio con otra persona, pero a partir del año 1999 o 2000 aproximadamente, inició la convivencia con la señora Nieves Ceferina Jurado Enríquez, en el municipio de Villa Gorgona, en varias casas de arriendo, con quien mantuvo la relación pues era ella la persona que lo acompañaba a las fiestas y eventos del ingenio, y haber sido ella la persona que lo acompañó en la enfermedad y hasta el momento del deceso; se logra acreditar dicha calidad, concluyéndose que la convivencia entre la demandante y el causante se produjo hasta el día del fallecimiento, por espacio de 13 años, situación que se corrobora con la declaración que en vida rindió el señor Pascuaza, la cual obra a folio 32, así como con los dichos de la propia litis consorte necesaria, quien señaló que el señor Pascuaza después de que se fue de la casa, inició una convivencia con la demandante.

Según lo expuesto, al haberse acreditado que la convivencia del señor Pascuaza y la señora Jurado Enríquez se dio por un término superior a 5 años hasta el deceso del causante, determina esta Sala que la decisión de la *a quo* de otorgar la pensión a la demandante en su condición de compañera permanente fue acertada, debiéndose confirmar lo relativo a dicha concesión.

En cuanto a la señora **Carmen Caicedo Lasso**, encuentra la Sala que también se debe confirmar la decisión de la juez, dado que, la litisconsorte acreditó la calidad de cónyuge, la convivencia por un tiempo superior a los 5 años en cualquier tiempo, la vigencia del vínculo matrimonial a pesar de haber una separación de hecho, y que los lazos familiares siguieron vigentes y actuantes.

En efecto, se certificó el matrimonio con el señor Luis Enrique Pascuaza desde el año 1979, con el registro civil que obra a folio 109, así mismo se acreditó la existencia de los hijos, con los registros civiles de nacimientos que obran a folios 108, 114 a 117, los cuales dan cuenta del nacimiento de la hija mayor en el año 1970 y del menor en el año 1985; además las declaraciones extrajuicio rendidas el 11 de abril de 2013 ante la Notaría única del Círculo de Candelaria por las señoras Emencia Fernández y Teresa Palma Guevara (fl.120-121), en las que manifestaron conocer a la señora Carmen Caicedo Lasso desde hace más de 30 y 45 años respectivamente, y que les constaba que era casada con el señor Luis Enrique Pascuaza y convivieron hasta el año 2002, que de esa convivencia procrearon cinco hijos, que a la calenda eran mayores de edad y que el difunto era quien respondía económicamente por la señora Caicedo

Lasso, pues ella se dedicó al hogar. Además la misma demandante señora Nieves Ceferina señaló en el interrogatorio de parte, que al causante no le alcanzaba el dinero para pagarle la seguridad social a ella, porque le seguía pasado dinero a la señora Carmen Caicedo Lasso, por el hijo menor que tenían.

Se precisa por esta colegiatura que las declaraciones extrajuicio rendidas por el señor Alban Popayán y la señora Nancy Ortiz Domínguez (fl.123 a 124), no le ofrecen credibilidad en sus dichos, pues los declarantes afirman de la convivencia de la señora Carmen Caicedo Lasso con el causante se dio hasta el momento del deceso, lo que resulta contradictorio con los dichos de la misma señora Caicedo Lasso, quien aceptó la separación desde aproximadamente siete años anteriores a la fecha del fallecimiento.

En suma, resulta acertada la decisión de la juez de imponer condena a Colpensiones en favor de la demandante y litis consorte, máxime teniendo en cuenta la conciliación extrajudicial que celebraron (fl.179).

2. Excepciones de fondo, prescripción y liquidación.

Lo anterior deja sin fundamento las excepciones propuestas, incluida la de prescripción, puesto que el derecho se causó el 18 de febrero de 2013 (fl.29), la demandante y la integrada al litigio presentaron la reclamación pensional en ese mismo año (fl.24), la que fue resuelta mediante Resolución No. 206050 del 6 de junio de 2014 (fl. 23 y ss.) y la demanda fue presentada el 13 de agosto de 2014 (fl. 15), evidenciándose entonces que entre la fecha en que fue resuelta la reclamación administrativa y la presentación de la demanda no transcurrieron los 3 años establecidos en el art. 151 del CPTSS.

Ya en el plano de las liquidaciones, y como la juez estableció la mesada pensional en porción del 50% para cada una, el retroactivo causado entre el **18 de febrero de 2013 y el 31 de julio de 2019**, una vez liquidado por la Corporación asciende a la suma de **\$43.393.413** para cada una de las partes, para un total de **\$86.786.826** -conforme a la tabla anexa- y no como lo señaló la *a quo*, quien realizó el cálculo sobre 14 mesadas, debiendo ser sobre 13, si se tiene en cuenta que la pensión de vejez del causante se causó en octubre de 2011 (fl.23-24), además, la juez utilizó IPC diferentes a los que corresponden a partir del año 2016; dado lo anterior se deberá modificar el numeral primero de la sentencia en este sentido.

Anexo 1

REAJUSTE MESADA			
AÑO	% REAJUSTE	AUMENTO	VALOR MESADA
2012			\$ 904.009
2013	2,44%	\$ 22.058	\$ 926.067
2014	1,94%	\$ 17.966	\$ 944.033
2015	3,66%	\$ 34.552	\$ 978.584
2016	6,77%	\$ 66.250	\$ 1.044.834
2017	5,75%	\$ 60.078	\$ 1.104.912
2018	4,09%	\$ 45.191	\$ 1.150.103
2019	3,18%	\$ 36.573	\$ 1.186.676
2020	3,80%	\$ 45.094	\$ 1.231.770

Anexo 2

RETROACTIVO				
AÑO	MESADA	N° MESADA	NIEVES CEFERINA 50%	CARMEN 50%
2013	\$ 926.067	11,43	\$ 5.294.015	\$ 5.294.015
2014	\$ 944.033	13	\$ 6.136.211	\$ 6.136.211
2015	\$ 978.584	13	\$ 6.360.797	\$ 6.360.797
2016	\$ 1.044.834	13	\$ 6.791.423	\$ 6.791.423
2017	\$ 1.104.912	13	\$ 7.181.929	\$ 7.181.929
2018	\$ 1.150.103	13	\$ 7.475.670	\$ 7.475.670
2019	\$ 1.186.676	7	\$ 4.153.367	\$ 4.153.367
			\$ 43.393.413	\$ 43.393.413
			Total	\$ 86.786.826

Ahora, en atención a lo dispuesto en el artículo 283 del CGP se actualizará la condena por concepto de retroactivo del **18 de febrero de 2013 al 31 de mayo de 2020** la cual asciende a **\$100.065.735** –conforme al anexo 3– suma que se ordena distribuir en porción del 50%, es decir, \$50.032.868 para la demandante señor Nieves Ceferina Jurado Enríquez, y la misma suma para la señora Carmen Caicedo Lasso.

Anexo 3

RETROACTIVO				
AÑO	VALOR REAL	N° MESADA	Nieves Ceferina 50%	Carmen 50%
2013	\$ 926.067	11,43	\$ 5.294.015	\$ 5.294.015
2014	\$ 944.033	13	\$ 6.136.211	\$ 6.136.211
2015	\$ 978.584	13	\$ 6.360.797	\$ 6.360.797
2016	\$ 1.044.834	13	\$ 6.791.423	\$ 6.791.423
2017	\$ 1.104.912	13	\$ 7.181.929	\$ 7.181.929
2018	\$ 1.150.103	13	\$ 7.475.670	\$ 7.475.670
2019	\$ 1.186.676	13	\$ 7.713.397	\$ 7.713.397
2020	\$ 1.231.770	5	\$ 3.079.425	\$ 3.079.425
			\$ 50.032.868	\$ 50.032.868
			Total	\$ 100.065.735

3. Descuentos en salud

En lo referente a los descuentos con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se determina que la Juez primigenia omitió ordenarlos en la sentencia, por lo tanto, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 143 inciso 2° de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 42 inciso 3° del Decreto 692 de 1994, se autorizará a la entidad demandada para que del retroactivo de las mesadas adeudadas, descunte los aportes que al Sistema corresponde efectuar a la demandante y litis para ser transferidos a la entidad a la que se encuentren afiliadas o aquella que elija para tal fin, debiéndose adicionar la sentencia en ese sentido.

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia consultada en el sentido de precisar que el retroactivo causado a partir del **18 de febrero de 2013 al 31 de mayo de 2020** asciende a **\$100.065.735**, suma que se ordena distribuir en porción del 50%, es decir, \$50.032.868 para la demandante señor Nieves Ceferina Jurado Enríquez, y la misma suma para la señora Carmen Caicedo Lasso.

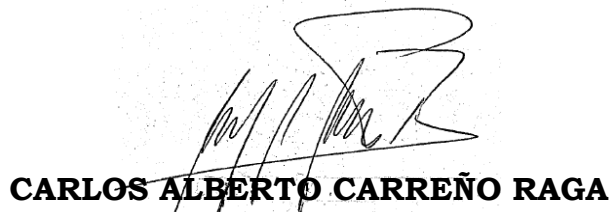
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia consulta para **AUTORIZAR** a Colpensiones para que del retroactivo por mesadas adeudadas descuenta los aportes que a salud corresponde efectuar a la demandante y litis para ser transferidos a la entidad a la que se encuentren afiliadas para tal fin.

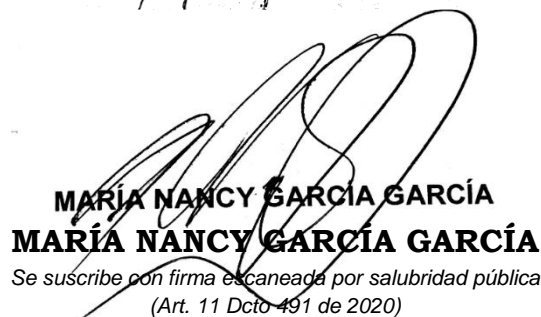
TERCERO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia consultada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Los Magistrados,


GERMÁN DARIÓ GÓEZ VINAŠCO


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-002-2017-00705-01
DEMANDANTE:	HERNANDO GÓMEZ GUTIÉRREZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación y Consulta de la Sentencia N° 098 del 06 de mayo de 2019
JUZGADO:	Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Pensión de Invalidez- Condición más beneficiosa

**APROBADO POR ACTA No. 16
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 62**

Hoy, ocho (08) de julio dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **Dra. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes en Litis contra la sentencia de primera instancia, así como el grado jurisdiccional de CONSULTA ordenado en favor de Colpensiones en la misma providencia, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **HERNANDO GÓMEZ GUTIÉRREZ** contra **COLPENSIONES**, con radicado **76001-31-05-002-2017-00705-01**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, la cual se traduce en los siguientes términos,

S E N T E N C I A No. 61

1. ANTECEDENTES:

El señor **HERNANDO GÓMEZ GUTIÉRREZ**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con el fin que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de invalidez a partir del 11 de septiembre de 2017, con todos los incrementos de ley, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre. Además, pretende el pago de los intereses moratorios del art. 141 L.100/93 y el pago de costas del proceso. En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 3-8 demanda y 41-47 contestación de la demanda (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado 2° Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia mediante sentencia, en la que resolvió: **1)** Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de invalidez de origen común al demandante a partir del 01 de marzo de 2016, generándose como retroactivo pensional a la fecha de esta decisión la suma de \$33.671.454, mesadas pensionales que abarcan las adicionales de junio y diciembre y sobre las que deberá reconocer los intereses moratorios consagrados en el art. 141 L.100/93, a partir de la ejecutoria de la presente providencia, el retroactivo pensional causado desde el otorgamiento y la fecha de ejecutoria deberá cancelarlo de manera indexada. **2)** Condenar en costas a la parte vencida en juicio.

El juzgado de primera instancia fundamentó la condena aduciendo que sumando los tiempos en que el afiliado cotizó al sistema desde el 01 de abril de 1969 hasta el 29 de septiembre de 1975 y entre el 01 de abril de 1962 y el 15 de febrero de 1964, periodo en el que prestó servicio militar, le permite acumular 413,89 semanas de cotización al 01 de abril de 1994. Sin embargo, pese a que no contabilizaba las 50 semanas reclamadas por la norma vigente para esa fecha, el juez aplica el principio de la condición más beneficiosa teniendo en cuenta que cuenta con más de 300 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo que exige el art. 6 del Acuerdo 049 de 1990, semanas que le dan derecho a reclamar la prestación solicitada. Debido a lo anterior, se reconoce la pensión de invalidez y se otorga desde el 01 de marzo de 2016, en cuantía de 1 SMLMV, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, el retroactivo pensional a la fecha asciende a \$33.679.454. Frente a los intereses moratorios, considera el juzgador que la entidad demandada debe asumir el reconocimiento de los intereses a partir de la ejecutoria de la presente decisión debidamente indexadas.

Inconformes con la decisión, ambas partes en litis interpusieron recurso de apelación.

2) RAZONES DE LA APELACIÓN:

La parte demandante solicita se modifique la sentencia proferida en el sentido de otorgar los intereses moratorios desde la fecha de causación del derecho, toda vez que la entidad demandada negó la pensión de invalidez del actor sin fundamento fáctico ni jurídico, omitiendo la condición beneficiosa, la cual está en el art. 53 C.N., por lo tanto este principio está fundamentado y plasmado en normas existentes, desde antes de la existencia de la sentencias de tutela y las sentencia SU 442/2016; por lo tanto, Colpensiones debía otorgar la pensión de invalidez y para ello tenía el tiempo de dos meses solamente para resolver el derecho solicitado; por tanto si no se realizó en debida forma negando la prestación, ha incurrido en los intereses establecidos en el art. 141 L.100/93.

Por su parte, la parte demandada manifiesta que, si bien la Sala Laboral de la CSJ ha regulado el principio de la condición más beneficiosa, ha señalado en su reiterada jurisprudencia, que el mismo tiene un límite temporal que solo es aplicable hasta el año 2006. Que teniendo en cuenta la fecha de estructuración del caos bajo estudio, el mismo tiene una F.E. del año 2016;

por lo tanto, se debió haber juzgado con la ley vigente al momento de la estructuración, es decir la Ley 860/03. Solicita al TSC que revoque la sentencia apelada y se le dé aplicabilidad el precedente vertical, teniendo en cuenta la última jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ sobre el principio de la condición más beneficiosa en los temas de las pensiones de invalidez.

3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Mediante auto del 18 de junio de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la entidad demandada adujo que una vez revisada la historia laboral del asegurado, se puede establecer que comenzó a cotizar al sistema pensional el día 01 de octubre de 1997, pero la fecha de estructuración de la invalidez es el 16 de julio de 1963; lo cual, evidencia que se trata de un riesgo no asegurable. Aunado a ello, indica que si hay lugar al pago de retroactivo pensional, el mismo procede a partir de la fecha correspondiente del dictamen de calificación y no de la fecha de estructuración de la invalidez. Por lo anterior, solicita que la Sala revoque la sentencia de primera instancia.

Por su parte, la parte demandante expresó que tiene una pérdida de capacidad laboral del 66.09% estructurado el 01 de marzo de 2016, por padecer “*insuficiencia renal crónica*”, catalogada como una enfermedad catastrófica, progresiva y crónica; por lo que, debe reconocerse y pagarse el derecho a la pensión de invalidez a la luz del principio jurisprudencial de la condición más beneficiosa, según sentencia T-013 del 2015.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La sentencia apelada y consultada debe **MODIFICARSE Y ADICIONARSE:**

1.- PENSIÓN DE INVALIDEZ

En primer lugar, corresponde a esta Sala verificar si en el presente asunto se acreditaron los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor HERNANDO GÓMEZ GUTIÉRREZ:

No existe duda que al momento de la estructuración de la Pérdida de Capacidad Laboral del señor Gómez Gutiérrez, esto es el 01 de marzo de 2016 (fl.13 vto.), la norma vigente es la Ley 860 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, que en su artículo 1º determina:

“Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración...”

Por su parte el artículo 38 ibídem en cuanto al estado de invalidez señala que: *“se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”*

Revisadas las pruebas que obran en el plenario se establece que si bien el demandante acredita el porcentaje PCL requerido por la norma –pues cuenta con 66,09% (fl. 13 vto.)– no cumple con el requisito de las 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, ya que no cuenta con cotizaciones en ese periodo (fl. 20).

Ahora bien, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, se procede a determinar la posibilidad del estudio de la prestación bajo los requerimientos del art. 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, y conforme a los lineamientos que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia trazó en la sentencia SL2358 de 2017, se evidencia que el señor Hernando Gómez Gutiérrez tampoco satisface el requisito de temporalidad allí establecido que permite diferir los efectos jurídicos de la Ley 860 de 2003 para las personas que estructuran su invalidez hasta el 26 de diciembre de 2006, por cuanto la ocurrencia de la invalidez del actor establecida en el dictamen de PCL data del 01 de marzo de 2016, es decir que no se enmarca en ese periodo.

Frente a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, esta Sala de Decisión había adoptado el criterio instituido por la Corte Constitucional en sentencia SU 442 de 2016, pese a lo anterior, y ante el ajuste jurisprudencial a la interpretación del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de invalidez que realizó la Corporación en **sentencia SU-556 de 2019**, asume la posición mayoritaria de esta sala este cambio jurisprudencial, en consecuencia se acoge al criterio en ella expuesto.

Así entonces, se tiene que mediante la sentencia **SU-556 de 2019**, expedida por la Corte Constitucional, la corporación ajustó la jurisprudencia en el entendido que: *“solo respecto de personas en situación de vulnerabilidad, esto es, aquellas que satisfacen las exigencias del “test de procedencia” de que trata el título 3 supra resulta razonable y proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar de manera ultractiva las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 en lo que respecta a la exigencia de densidad de semanas de cotización, a pesar de que su condición de invalidez se hubiere estructurado en vigencia de la Ley 860 de 2003”*.

En el referido fallo se dejó sentado por el Alto Tribunal, que resultaba necesario unificar el criterio en lo relativo a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa para el reconocimiento de la pensión de invalidez, con el fin de lograr un tratamiento jurisprudencial uniforme, pues en pensión de sobrevivientes, se efectuó mediante la sentencia SU-005 de 2018.

Se hace claridad en la providencia que se consideran como personas vulnerables aquellos individuos que hayan superado el test de procedencia, esto es, las personas en quienes confluyan circunstancias de «(i) pertenecer a un grupo de especial protección constitucional o se encuentren en situación de riesgo derivada de las condiciones como analfabetismo, vejez, pobreza extrema, cabeza de familia, desplazamiento o padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa. (ii) para quienes el desconocimiento de la pensión de invalidez afecta directamente la satisfacción del mínimo vital y vida digna, (iii) justifiquen su imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigente al momento de la estructuración de la invalidez, y (iv) demuestren una actuación diligente para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez».

Una vez realizado el test de procedencia determina esta Sala que:

Primero. El demandante pertenece a un grupo de especial protección al demostrarse procesalmente que ostenta situaciones que le generan un riesgo inminente y requieren de un miramiento exclusivo, toda vez que el señor Hernando Gómez Gutiérrez a la fecha del fallo de primera instancia contaba con 77 años -fl.10-(tercera edad); así mismo al haberse probado con la historia clínica arrimada al proceso (fl.29 y ss.) que padecía de una enfermedad crónica o degenerativa como lo es la insuficiencias renal crónica.

Segundo. Se evidencia que la negativa al reconocimiento de la pensión afectaba la vida digna y el mínimo vital del demandante, quien según consulta realizada por el despacho en el Sistema RUAFA, figuraba como afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado, y no registra afiliaciones al Sistema de Pensiones, Caja de Compensación Familiar, ni Riesgos Laborales; así mismo al consultarse en el portal web de la Superintendencia de Notariado, no registra bienes inmuebles que le puedan generar rentas, por lo que se infiere que el demandante actualmente no percibe ingresos.

Tercero. Resulta evidente que la ausencia de cotizaciones surge de la imposibilidad de laborar, ante la patología que padecía el demandante denominada: «*insuficiencia renal crónica enfermedad renal crónica, estadio 5*» (fl.29), que le causó una PCL de 66,30%, situación que también se infiere de las condiciones de edad del actor y ausencia ingresos por cuenta de un empleo al momento de la estructuración de su invalidez

Cuarto. Finalmente, se evidencia la diligencia para el reconocimiento de la prestación, toda vez que el dictamen se notificó el 12 de septiembre de 2017 (fl.11), el demandante radicó la solicitud el 01 de noviembre del mismo año (fl.15) y la demanda se presentó el 13 de diciembre de 2017 (fl.8)

De acuerdo con lo anterior, al encontrarse acreditadas las condiciones previstas en el test de procedencia, es posible estudiar el derecho pretendido al tenor de lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, ello por cuanto dicha norma gobernaba la situación pensional del demandante antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues se encontraba afiliado al RPM desde el 01 de abril de 1969 (f.20.); precepto bajo el cual cumple el requisito de semanas, pues al 1° de abril de 1994 contaba con **319.57** semanas – conforme al anexo 3–, siéndole exigible con la normatividad en mención bajo el amparo de la condición más beneficiosa 300 semanas a la entrada en

vigencia del Sistema general de pensiones, en consecuencia, tiene derecho a la pensión que reclama.

Anexo 1

HISTORIA LABORAL					
	PERIODOS (DD/MM/AA)				
EMPLEADOR	DESDE	HASTA	DIAS	SEMANAS	OBSERVACION
CODEPAL	1/04/1969	15/10/1971	928	132,57	FL. 20
CIA DE INV EL CONDOR	30/05/1972	29/12/1975	1309	187,00	FL. 21
		TOTAL	2237	319,57	

2. EXCEPCIONES DE FONDO – PRESCRIPCIÓN Y LIQUIDACIÓN

De acuerdo a lo anterior, no prosperan las excepciones de fondo propuestas por la demandada, ni siquiera la de prescripción, por cuanto, el dictamen de PCL fue notificado el 12 de septiembre de 2017 (fl.11), la reclamación de la pensión de invalidez fue radicada el 01 de noviembre de 2017, siendo negada mediante resolución SUB 277932 del 30/11/2017 (fl.15) y la demanda fue presentada el 13 de diciembre de 2017 (fl.8), evidenciándose entonces que no habían transcurrido los 3 años de que trata el art. 151 del CPTSS.

Ya en el plano de las liquidaciones, dado que la mesada calculada por la juez primigenia ascendió a 1 SMLMV y este punto no fue objeto de controversia, el retroactivo pensional causado entre el 01 de marzo de 2016 y el 06 de mayo de 2019, teniendo derecho a 13 mesadas anuales y no a 14 como erradamente lo expuso el A Quo (parágrafo transitorio 6° del art. 1° AL 01/2005), una vez liquidado por la Corporación asciende a la suma de **\$\$\$30.808.559,20**–conforme al anexo 2–; suma que inferior a la ordenada en primer grado, por lo que se modificará en este sentido la sentencia apelada y consultada.

Anexo 2

RETROACTIVO			
AÑO	VALOR MESADA	NO. MESADAS ADEUDADAS	TOTAL
2016	\$689.455	11	\$7.584.005,00
2017	\$737.717	13	\$9.590.321,00
2018	\$781.242	13	\$10.156.146,00
2019	\$828.116	4,2	\$3.478.087,20

TOTAL: \$30.808.559,20

Ahora, en atención a lo dispuesto en el artículo 283 del CGP se actualiza la condena por concepto de retroactivo, calculo que tendrá como fecha de corte el día 26 de mayo de 2019, en atención a que el demandante falleció en esa data, según se informa en la consulta realizada por la Sala en el Adres, liquidación que asciende a **\$\$\$31.355.115,76**–conforme al anexo 3–.

Anexo 3

RETROACTIVO			
AÑO	VALOR MESADA	NO. MESADAS ADEUDADAS	TOTAL
2016	\$689.455	11	\$7.584.005,00
2017	\$737.717	13	\$9.590.321,00
2018	\$781.242	13	\$10.156.146,00
2019	\$828.116	4,86	\$4.024.643,76
TOTAL:			\$31.355.115,76

En lo referente a los descuentos con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se determina que la Juez primigenia omitió ordenarlos en la sentencia, por lo tanto, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 143 inciso 2° de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 42 inciso 3° del Decreto 692 de 1994, se autorizará a la entidad demandada para que del retroactivo de las mesadas adeudadas, descunte los aportes que al Sistema corresponde efectuar al demandante para ser transferidos a la entidad a la que se encuentre afiliado o aquella que elija para tal fin, debiéndose adicionar la sentencia en ese sentido.

3. INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN.

El art. 141 de la ley 100 de 1993 concede a los beneficiarios de las pensiones, el derecho a gozar de los intereses moratorios cuando no se les reconoce a tiempo las mesadas correspondientes.

Ahora, para esta Sala de Decisión en el presente asunto no hay lugar a la causación de este concepto, en aplicación del criterio expuesto por la CSJ en sentencias como la SL 704-2013 y SL 4650-2017 en las que se precisó que no hay lugar a ordenar el pago de los referidos intereses en aquellos eventos en que las decisiones de condenar a las administradoras de pensiones al reconocimiento de una prestación pensional surjan de la creación jurisprudencial. De acuerdo con lo anterior, dado que el derecho pensional aquí reconocido se efectuó en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, no se puede predicar que la entidad accionada se encontrara en el deber legal de reconocer la prestación desde el momento en que venció el plazo para resolver la solicitud de la pensión de invalidez (4 meses), por ende Colpensiones no incurrió en la mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ya que su obligación de pagar la pensión surge solo a partir de la decisión adoptada en sede judicial.

Según lo expuesto la exigibilidad en el pago de las mesadas pensionales en el asunto de marras se produce desde la firmeza de la decisión que ordena el reconocimiento de la pensión, por lo que no le asiste razón al recurrente en la inconformidad planteada.

Así las cosas, con anterioridad a la ejecutoria de esta providencia sólo procede la indexación de las sumas adeudadas, tal y como lo dispuso la juez primigenia en su sentencia, por lo que se confirmará lo resuelto en ese sentido.

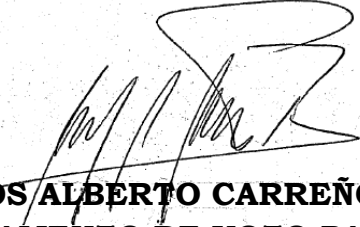
Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

- 1. MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia apelada y consultada en el sentido que el actor tiene derecho al pago de 13 mesadas anuales; así mismo en lo relativo al monto del retroactivo pensional adeudado entre el 01/03/2016 y el 06/05/2019 el cual asciende a **\$30.808.559,20**.
- 2. ADICIONAR** la sentencia apelada y consultada para **AUTORIZAR** a Colpensiones para que del retroactivo por mesadas adeudadas descuenta los aportes que a salud corresponde efectuar al demandante para ser transferidos a la entidad a la que se encuentre afiliado para tal fin.
- 3. CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.
- 4. ACTUALIZAR** conforme lo dispone el artículo 283 del C.G.P. la condena por concepto de retroactivo pensional por las mesadas causadas entre el 01 de marzo de 2013 y el 26 de mayo de 2019, la cual asciende a **\$31.355.115,76**.
- 5. SIN COSTAS** en esta instancia

Los Magistrados,


GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL)


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

M.P. Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-007-2019-00277-01
DEMANDANTE:	CLARA HERMENCIA TORRES CONTRERAS
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Consulta - Apelación de Sentencia No. 393 de 7 de octubre de 2019
JUZGADO:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Nulidad de Traslado de Régimen

**APROBADO POR ACTA No. 16
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 72**

Hoy, ocho (08) de julio de dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **Dra. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el recurso de APELACIÓN impetrado por las demandadas OLD MUTUAL, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en contra de la Sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones dentro del proceso ordinario promovido por **CLARA HERMENCIA TORRES CONTRERAS** contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, radicado **76001-31-05-007-2019-00277-01**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, la cual se traduce en los siguientes términos,

SENTENCIA No. 71

1) ANTECEDENTES:

La señora **CLARA HERMENCIA TORRES CONTRERAS**, presentó demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL SA, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media al de ahorro individual y en consecuencia se ordene a OLD MUTUAL S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, y las costas del proceso.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 3-17 demanda, 66-70 contestación de la demanda COLPENSIONES, 82-89 contestación de OLD MUTUAL S.A. y 110-132 contestación de Porvenir SA (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado 7° Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia mediante sentencia No. 393 del 7 de octubre de 2019 en la que resolvió declarar no probados los medios exceptivos; declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante a PORVENIR S.A. y posterior traslado a OLD MUTUAL, en consecuencia la demandante debe ser admitida nuevamente en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo; ordenar a OLD MUTUAL S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses; así como el porcentaje de los gastos de administración. Impuso costas a OLD MUTUAL y PORVENIR S.A.-

Consideró el *a-quo* que la demandante se trasladó del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por PORVENIR S.A. y posteriormente se afilió a OLD MUTUAL, sin que se advierta documento alguno con el cual la entidad demuestre que le dio la asesoría clara, completa y comprensible a la demandante (beneficios, consecuencias adversas, cálculos etc), pues el deber de información está en cabeza de las administradoras frente a los intereses de los afiliados y por ende el consentimiento de traslado no está debidamente informado. En lo que tiene que ver con la excepción de prescripción indicó que el traslado de régimen está ligado a la pensión, la cual tiene carácter imprescriptible, art. 48 constitucional y criterio jurisprudencial de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia.

2) RECURSOS DE APELACIÓN:

La apoderada de Colpensiones señaló que la demandante realizó el traslado de manera voluntaria, que la parte demandante debió probar que la entidad OLD MUTUAL incurrió en un vicio que cause nulidad, sin que haya demostrado más allá del dicho de la parte actora.

Por su parte la apoderada de OLD MUTUAL apeló lo decidido en los numerales primero a sexto de la sentencia, señaló que no existe omisión de información, pues se brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones del traslado al RAIS, así como de la opción de retracto, del cual no se advierte que haya hecho uso la demandante. Precisó que OLD MUTUAL administró los aportes de la demandante, con la mayor diligencia y cuidado, por tanto descontó el porcentaje correspondiente, conforme lo autoriza el art. 20 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003; señaló que en caso de proceder el traslado solo se retornaría lo correspondiente a los aportes de la afiliada, más los rendimientos generados, pero no la comisión descontada por por la gestión realizada; señaló que del art. 1746 del CC se debe entender que no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras, lo que corresponde a los rendimientos, por lo que no es procedente la devolución de los gastos de administración; al respecto, citó sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008 y, frente a la buena fe, a la Sala de Casación Civil. Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas impuestas.

Finalmente, el apoderado de Porvenir interpuso recurso en contra de lo dispuesto en los numerales primero a tercero, quinto y séptimo de la

sentencia de instancia, señalando que no se configuró ninguna causal de ineficacia ni de nulidad de la afiliación, dada la debida asesoría a la demandante, precisando que en todo caso, operó el fenómeno jurídico de la prescripción, toda vez que el traslado se dio en el año 1998 y la demanda se radicó en el año 2019. Refirió que no procede el traslado de los gastos de administración, toda vez que los mismos no fueron solicitados por la parte demandante, por tanto, la entidad no tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto, lo que viola el debido proceso, y además, porque los mismos se encuentran previstos en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, por tanto procedía el descuento.

3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Mediante auto del 18 de junio de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la parte demandante aduce que no recibió en ninguna de las dos afiliaciones la información necesaria, clara, completa y detallada que le permitiera conocer las ventajas y desventajas propias de cada régimen, puesto que las entidades demandadas solo allegaron formularios vinculación para el diligenciamiento de los datos personales.

Por su parte, la demandada Colpensiones afirma que en cabeza de los afiliados recae la potestad de elegir el régimen pensional al cual desean vincularse y los formularios constituyen prueba de su voluntad al momento de efectuar el traslado; por lo que resulta improcedente alegar supuestos vicios en el consentimiento, más cuando la demandante no logró acreditar de manera fehaciente engaño alguno que le hiciera decidir de forma desfavorable a sus intereses. Aunado a ello, sostiene que de acuerdo al material probatorio allegado, se puede concluir que la demandante conserva la posibilidad de obtener una pensión en el RAIS.

Por el mismo camino, la entidad demandada Porvenir S.A., arguye que no es factible declara la ineficacia del traslado, toda vez que la demandante se presume una persona capaz para obligarse y no acreditó vicios en el consentimiento. Además, según lo expresado por la Superintendencia Financiera, solo a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2015 los fondos tienen la obligación de información. Agrega que, el hecho de no cumplirse las expectativas pensionales no configura causal de nulidad, sin embargo, la actora realizó el traslado de Porvenir a Old Mutual S.A., por tanto, no puede aceptarse que después de 20 años de permanencia en el RAIS pretenda desconocer sus actos para regresar a Colpensiones. Finalmente, adiciona en sus alegatos que cualquier declaración de nulidad se encuentra prescrita conforme a lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, por lo que no hay lugar a condenas por bonos pensionales ni gastos de administración ni sumas adicionales.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Con el estudio de la legalidad de la sentencia se dirimen los argumentos expuestos en los recursos de apelación interpuestos.

La sentencia apelada y consultada debe **CONFIRMARSE**, son razones:

En el caso de autos no se discuten los siguientes hechos: **1)** Se encuentra acreditado que la demandante nació el 17 de diciembre de 1958 (fl.18) **2)** Que se afilió régimen de prima media con prestación definida el 20 de febrero de 1986 (fl.34) **3)** Que se trasladó del ISS al RAIS en principio con Colpatria el 18 de junio de 1998 (fl.21), y con posterioridad con Pesionar hoy OLD MUTUAL el 18 de enero de 2010 (fl.90 y 91).

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si fue acertada la decisión del *a-quo* al declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y la condena impuesta a OLD MUTUAL y PORVENIR SA, respecto de devolver a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones junto con sus rendimientos y cotizaciones; si operó el fenómeno jurídico de la prescripción, y finalmente, si procede la condena en costas impuesta a OLD MUTUAL y PORVENIR SA.

Es de advertir que, cuando se pretende por vía judicial la nulidad del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para la vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Entre las obligaciones enrostradas está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, por ello, el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y la sentencia SL12136 rad. No 46292 del 3 de septiembre de 2014

Es de anotar que las jurisprudencias antes citadas corresponden a traslado respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, sin embargo en reciente pronunciamiento (sentencia SL1452 rad. 68852 de 3 de abril de 2019) la Sala de Casación Laboral aclaró que esa falta de deber de

información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Entonces en definitiva le corresponde al fondo de pensiones quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, este es quien tiene los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que OLD MUTUTAL y PORVENIR S.A. no probaron. No puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los fondos privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Así mismo, se considera que a pesar de que la demandante firmó el formulario del traslado, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado; teniendo en cuenta que era deber de la administradora realizar un proyecto pensional, en donde se informe el monto de pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Frente a la excepción de prescripción, basta decir que por tratarse la afiliación o traslado de régimen un acto que consecuentemente afecta el derecho pensional del afiliado, directamente ligado con el derecho a la seguridad social – art. 48 de la Carta Política-, resulta imprescriptible.

Así resulta acertada la decisión de primer grado atinente con declarar la nulidad del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos

Respecto a lo señalado en el recurso de PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL, en cuanto a la improcedencia de la devolución de los gastos de administración ordenada por el *a quo*, concluye esta Sala que tampoco le asiste razón a los apelantes en este punto, ya que al declararse la nulidad del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, es decir que como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, lo que acarrea como consecuencia la devolución de sus aportes, rendimientos y gastos de administración al RPM; este deber de devolución de los valores recibidos por la AFP ha sido tratado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en su jurisprudencia en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, en la que indicó:

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

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los

gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Ahora bien, la orden a COLPENSIONES de recibir nuevamente al demandante no le causa desequilibrio financiero a la entidad, pues su regreso va acompañado de los aportes y rendimientos además de los gastos de administración, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Finalmente, igualmente resulta acertado la condena en costas en primera instancia a Protección S.A. toda vez que resultó vencida en juicio, contestó la demanda y propuso excepciones, lo que se ajusta al art. 365 del C.G.P.

Por todo habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada, y como se resolvieron de forma desfavorable los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A., OLD MUTUAL A. y COLPENSIONES, se les impondrá costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

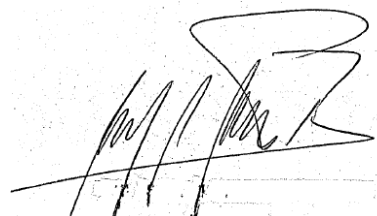
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

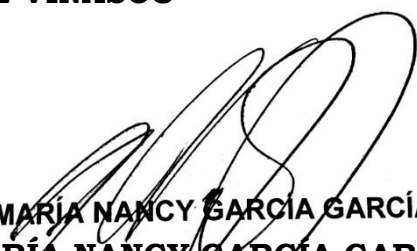
SEGUNDO: COSTAS esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., OLD MUTUAL A. y COLPENSIONES, fijese la suma de 1 SMLMV a cada una por valor de agencias en derecho.

Lo resuelto queda notificado a las partes en ESTRADOS.

Los magistrados:


GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL)


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-007-2019-00555-01
DEMANDANTE:	ALFONSO MARÍA ZAMORA
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Recurso de Apelación Sentencia N° 446 de 12 de noviembre de 2019
JUZGADO:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Incrementos pensionales

APROBADO POR ACTA No. 16
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 74

Hoy, ocho (08) de julio de dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **Dra. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia N° 446 de 12 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **ALFONSO MARÍA ZAMORA** contra **COLPENSIONES**, radicado **76001-31-05-003-2019-00555-01**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, la cual se traduce en los siguientes términos,

SENTENCIA No. 73

1) ANTECEDENTES:

El señor **ALFONSO MARÍA ZAMORA**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES con el fin de obtener el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% en razón a su cónyuge, conforme el art. 21 del Decreto 758 de 1990, a partir del mes de febrero de 2003, debidamente indexado.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 2-9 demanda y 44-51 contestación de demanda.

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, decidió la primera instancia mediante sentencia No. 446 de 12 de noviembre de 2019 en la que resolvió absolver a la entidad demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

El juzgado de primera instancia fundamentó la decisión en que conforme a lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019, los incrementos pensionales que consagra el art. 21 del Ac. 049 de 1990 aprobado por el D. 758 del mismo año, fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, y que sólo resulta procedente dicho reconocimiento para las pensiones reconocidas en vigencia del citado Acuerdo, situación que no se configura en el caso del demandante, por lo que absolvió a la entidad demandada de las pretensiones del actor.

2) RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE:

El apoderado del demandante interpuso y sustentó recurso de apelación manifestando que para la data en que se agotó la reclamación administrativa y se presentó la demanda, se encontraba vigente otro marco jurisprudencial que permitía el reconocimiento incremento pensional, bajo el cumplimiento de los requisitos exigidos, los cuales acredita el demandante. Arguyó que con la aplicación retroactiva de la sentencia SU se están vulnerando los principios fundamentales de la igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima.

3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Mediante auto del 18 de junio de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la parte demandante aduce que para el presente caso no puede aplicarse lo dispuesto en la sentencia SU 140 de 2019, toda vez que la demanda fue presentada antes de su expedición, por lo que, no es posible aplicar dicha decisión retroactivamente al caso, así las cosas, se debe otorgar el derecho al incremento pensional por personas a cargo de acuerdo al Decreto 758 de 1990.

Por su parte, la entidad demandada Colpensiones, expresa que los incrementos pensionales no son susceptibles de aplicación al demandante, toda vez que fueron objeto de derogatoria por parte de la Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019; por lo tanto, solicita al T.S.C. confirme la sentencia de primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La sentencia apelada debe **CONFIRMARSE**, son razones:

DEL STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE:

Mediante Resolución 9472 de 2003 el entonces Seguros Social le reconoció al demandante, la pensión de vejez a partir del 28 de febrero de 2003, con fundamento en el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (fl.11).

DEL INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% POR CONYUGE A CARGO:

Sobre el asunto de fondo que plantea la decisión, cabe reseñar que esta esta Corporación venía siguiendo la posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, las sentencias con

radicaciones 21517 del 27 de julio de 2005, 29741 y 29751 del 5 de diciembre de 2007 y 55822 del 23 de agosto de 2017, en consonancia con lo expuesto por el Consejo de Estado en decisión del 16 de noviembre de 2017¹, en el sentido que el Acuerdo 049 de 1990 seguía siendo parte integral del sistema de seguridad social de la Ley 100 de 1993 y había lugar al reconocimiento del incremento pensional por derecho propio y cuando se tratara de pensiones de vejez reconocidas en el régimen de transición con fundamento en el Decreto 758 de 1990.

Así mismo, aplicando la doctrina constitucional según sentencias T-217 de 2013, T-831 de 2014, T-319 de 2015, T-369 del 2015, T-395 de 2016 y más recientemente en sentencia T-088/18, se dijo que el incremento por persona a cargo es un elemento de la pensión, que sigue la suerte de las causas que le dieron origen y por lo tanto es imprescriptible, siendo afectadas por ese fenómeno solo las mesadas que no se reclamaban antes de los tres años previos al reconocimiento de dicho incremento.

Sin embargo, sobre este tema se hace menester traer a colación la sentencia SU-140 de 2019, en la que concluye la Corte sobre los incrementos por personas a cargo que traía el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma data que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, estos desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica, y más de ello, por su incompatibilidad con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

La Corte Constitucional ha señalado en múltiple jurisprudencia, la vigencia y validez de la fuerza vinculante del precedente judicial en materia de tutela, señalando que las autoridades públicas, tanto administrativas como judiciales, están obligadas a acatar los precedentes que fije la jurisprudencia constitucional. En ese sentido precisó que si bien es cierto la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la *ratio decidendi*, constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma.

Así, la Sala recoge el criterio que venía sosteniendo sobre la vigencia y reconocimiento de los incrementos pensionales previstos en el Acuerdo 049 de 1990, a pesar de la expedición de la Ley 100 de 1993, acogiendo la nueva postura de la Corte Constitucional en la sentencia de Unificación mencionada, en tanto constituye un precedente aplicable a los supuestos fácticos esbozados, lo que conlleva a que deba confirmar la sentencia apelada, en consideración a que para la fecha en que se causó el derecho a la pensión de vejez, que fue con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, ya habían sido derogados orgánicamente por la mencionada normatividad.

Es menester señalar que la aplicación de esta jurisprudencia no está supeditado a la fecha en la cual se interpuso la demanda, pues con anterioridad a la expedición de la misma no existía unificación respecto a la vigencia de los incrementos por persona a cargo instituidos en el decreto

¹ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá, D. C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08).

758 de 1990. Se resalta que la sentencia SU-310 de 2017, fue anulada, razón por la que no constituye un precedente en la materia que nos ocupa.

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

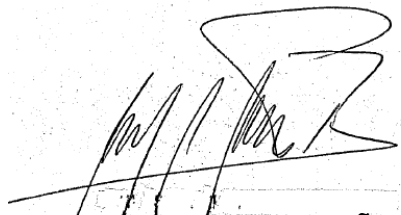
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: En esta instancia las costas corren a cargo de la parte actora. Se fija la suma de \$200.000 como valor de agencias en derecho.

Los Magistrados,


GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(SALVAMENTO DE VOTO)


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-008-2017-00227-01
DEMANDANTE:	ANA JULIA GUEVARA MENDOZA
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia No. 284 del 26 de julio de 2017
JUZGADO:	Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Pensión de sobrevivientes– Condición más beneficiosa.

APROBADO POR ACTA No. 16

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 66

Hoy, ocho (08) de julio de dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA, Dra. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el recurso de APELACIÓN interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **ANA JULIA GUEVARA MENDOZA** contra **COLPENSIONES**, con radicado **76001-31-05-008-2017-00227-01**

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en los siguientes términos,

SENTENCIA No. 65

1) ANTECEDENTES:

La señora **ANA JULIA GUEVARA MENDOZA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES**, con el fin que se declare que la actora tiene derecho a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su compañero permanente Carlos Alberto Escobar a partir del 24 de septiembre de 2015, en aplicación de la condición más beneficiosa. Además, solicita el pago del retroactivo pensional, con los incrementos legales, las mesadas adicionales, el pago de los intereses moratorios o de manera subsidiaria se ordene la indexación de las sumas adeudadas y el pago de costas y agencias en derecho.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 23-35 demanda, folios 40-46 contestación de la demanda Colpensiones (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado 8° Laboral del Circuito de Cali desató la litis en primera instancia mediante sentencia en la cual resolvió: **1)** Absolver a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra **2)** Condenar en costas a la demandante, como agencias en derecho se fija la suma de \$100.000 (Fl.66).

El juzgado de primera instancia fundamentó su decisión, aduciendo que el causante no dejó acreditado el derecho, ya que contaba con cero semanas dentro de los últimos 3 años anteriores al fallecimiento que exige el art 46 L.100/93 modificado por el art. 12 L. 797/03. Además, al 01/04/94 contaba con 37 años de edad y 896 semanas de cotización, lo cual, evidencia que no había reunido el requisito de la edad, para ser beneficiario del régimen de transición. Agrega el juez primigenio que tampoco cumple con la densidad que exige la L.100/93 que exige 1.300 semanas de cotización; puesto que el causante cotizó un total de 974 semanas.

El *a quo* sostiene que aún si se aplicara el principio de la condición más beneficiosa, es claro que conforme al precedente jurisprudencial no resulta dable aplicar el Ac. 049/90, pues la condición más beneficiosa no implica que el juzgador efectúe un recuento histórico de toda la normatividad que cobijó al afiliado en el pasado. Aunado a ello, el causante no estaba cotizando para la entrada en vigencia de la L.797/03 y tiene cero semanas cotizadas en el año anterior a su muerte, razón por la cual se absolvió a Colpensiones de las pretensiones de la demanda.

2

Inconforme con la decisión, la parte demandante interpone recurso de apelación.

2) RAZONES DE LA APELACIÓN PARTE DEMANDANTE:

Señala que se trata de un derecho a la seguridad social y es irrenunciable; afirma que el recurso lo interpone por no estar de acuerdo con que no se reconozca la pensión de sobrevivientes a la demandante con el argumento de no acreditar los requisitos de las 50 semanas en los 3 años anteriores al fallecimiento, como tampoco acredita los requisitos para aplicar la condición más beneficiosa.

Afirma que la juez se está apartando de los pronunciamientos de la Corte Constitucional como son las sentencias: T-584/2011, T-566/2014, T-012/2014, T-549/2014, T-953/2014 y T-294/2017, que en estas sentencias la Corte estudió las solicitudes de pensión de sobrevivientes de personas que si bien es cierto no acreditaron el requisito de las semanas cotizadas al momento del fallecimiento, aplicaron la condición más beneficiosa, toda vez que las personas dejaron acreditar más de 500 semanas al 01/04/1994. Que en el caso que no cupa el señor Carlos Alberto Campo al momento del fallecimiento, como lo señaló la juez, dejó acreditadas 1.145 semanas de las cuales se encuentran unos periodos en mora que Colpensiones por negligencia no los cobró, pero deben llegar a la historia Laboral y también al 01/04/1994 dejó acreditadas 896 semanas.

Concluye que el señor Campo al momento del fallecimiento dejó acreditada la pensión de sobrevivientes bajo la condición más beneficiosa establecida en el Acuerdo 049/1990, por lo tanto, solicita al TSC se estudie la solicitud pensional en aplicación de dicha condición, aplicando Ac. 049/90 como también estudie la posibilidad que se reconozca bajo los parámetros del art. 12 L.797/03 parágrafo 1°, toda vez que acredita los requisitos establecidos en la norma, por tal motivo solicita se revoque la sentencia de primera instancia.

3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Mediante auto del 18 de junio de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la parte demandante adujo que el señor Carlos Campo cotizó más de 1.145 semanas de las cuales 897 fueron acreditadas antes del 01 de abril de 1994 y en razón del principio de la condición más beneficiosa, se autoriza al juzgador hacer el salto normativo al Acuerdo 049 de 1990 para otorgar la pensión con 300 semanas cotizadas. Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia de primera y en su lugar reconocer la pensión de sobreviviente a la señora Ana Julia Guevara.

Recibido el expediente y surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

3

CONSIDERACIONES

La sentencia apelada debe **CONFIRMARSE** son razones:

1. NORMA APLICABLE Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA EN MATERIA DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

No existe duda que al fallecer el señor CARLOS ALBERTO CAMPO ESCOBAR el 24 de septiembre de 2015 (fl. 3), la norma vigente es la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, sin que el causante hubiera cumplido con el requisito de las 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, toda vez que la última cotización la realizó el 31 de julio de 2002,

Ahora, a fin de analizar si al momento de su fallecimiento había cumplido con los requisitos para la causación de la pensión de vejez o al menos el requisito de semanas para dar aplicación al contenido del parágrafo 1° del Art. 12 L.797/03; observa la Sala que el señor Carlos Alberto Campo nació el 21 de junio de 1956 (fl.21), por ende para el 01 de abril de 1994 no contaba con 40 años, sin embargo a dicha fecha tenía acreditadas 886,14 semanas, según se extrae del cuadro de servicios prestados plasmado por la entidad en la Resolución GNR 268596 de 2016 (Fl.17-18), por lo que en principio este era beneficiario del régimen de transición, establecido en el art. 36 de la ley 100 de 1993, prerrogativa que mantuvo a pesar de la expedición del **AL 01/2005**, por contar con mas 750 semanas de cotizadas al 25/07/2005.

Al ser beneficiario del régimen de transición, el de cujus debía reunir lo requisito establecidos en la normatividad que regía su derecho pensional, esto es el Ac. 049/90 antes del 31 de diciembre de 2014, fecha límite establecida en el AL.01/05, sin embargo, se evidencia que antes de dicha data no cumplió el requisito de edad, toda vez que la edad para acceder a la pensión la cumplía el 21 de junio de 2016, por tanto, los requisitos que regían la prestación eran los establecidos en el art. 33 de la L. 100/93 modificado por el art. 9° de la Ley 797/03, que a saber son: 62 años de edad y 1300 semanas de cotización. En cuanto al primer requisitos, no fue satisfecho por cuanto el actor falleció en el 2015 cuanto cotaba con 59 años de edad, respecto a las semanas, según el conteo efectuado por esta Sala, el cual se realizó teniendo en cuenta que conforme al Parágrafo 2ª del Art. 33 Ley 100/93, la semana cotizada es el período de siete (7) días calendario e incluyendo en la sumatoria los periodos en mora con su empleador Ferroavima Ltda, los que deben contabilizarse para el derecho pensional, por cuanto ante la mora debió la entidad comprometida realizar o adelantar las acciones de cobro de que tratan el Decreto 2665/88, y los Arts. 24-31 y 53 de la ley 100 de 1993, para recuperar o declarar como incobrable esa deuda ante la seguridad social, el afiliado fallecido acredita un total de **1.148,00 semanas**, tal como se observa en el cuadro anexo.

HISTORIA LABORAL					
EMPLEADOR	PERIODOS (DD/MM/AA)		DIAS	SEMANAS	OBSERVACION
	DESDE	HASTA			
J GLOTTMANN	13/04/1976	30/06/1976	79	11,29	FL. 30 vto.
J GLOTTMANN	1/07/1976	30/09/1976	92	13,14	FL. 30 vto.
J GLOTTMANN	1/10/1976	31/03/1977	182	26,00	FL. 30 vto.
J GLOTTMANN	1/04/1977	30/06/1977	91	13,00	FL. 30 vto.
J GLOTTMANN	1/07/1977	30/09/1977	92	13,14	FL. 30 vto.
J GLOTTMANN	1/10/1977	31/12/1977	92	13,14	FL. 30 vto.
J GLOTTMANN	1/01/1978	31/03/1978	90	12,86	FL. 30 vto.
J GLOTTMANN	1/04/1978	30/06/1978	91	13,00	FL. 30 vto.
J GLOTTMANN	1/07/1978	31/12/1978	184	26,29	FL. 30 vto.
J GLOTTMANN	1/01/1979	31/03/1979	90	12,86	FL. 30 vto.
J GLOTTMANN	1/04/1979	30/06/1979	91	13,00	FL. 30 vto.
J GLOTTMANN	1/07/1979	31/10/1979	123	17,57	FL. 30 vto.
J GLOTTMANN	1/11/1979	31/12/1979	61	8,71	FL. 30 vto.
J GLOTTMANN	1/01/1980	4/02/1980	35	5,00	FL. 30 vto.
AZUCARES Y MIELES ASOC LTDA	23/03/1980	26/04/1980	35	5,00	FL. 31
IMPORTADORA ABERSA LTDA	29/04/1980	18/06/1980	51	7,29	FL. 31
ROBLEDO HNOS	26/06/1980	31/01/1981	220	31,43	FL. 31
ROBLEDO HNOS	1/02/1981	21/05/1981	110	15,71	FL. 31
ALUMINIO ALCAN DE COLOMBIA	22/05/1981	31/01/1982	255	36,43	FL. 31
ALUMINIO ALCAN DE COLOMBIA	1/02/1982	31/08/1982	212	30,29	FL. 31
ALUMINIO ALCAN DE COLOMBIA	1/09/1982	12/01/1983	134	19,14	FL. 31
ALUMINIO NAL S.A	13/01/1983	30/04/1983	108	15,43	FL. 31
ALUMINIO NAL S.A	1/05/1983	30/04/1984	366	52,29	FL. 31
ALUMINIO NAL S.A	1/05/1984	31/01/1985	276	39,43	FL. 31
ALUMINIO NAL S.A	1/02/1985	30/04/1986	454	64,86	FL. 31
ALUMINIO NAL S.A	1/05/1986	31/10/1986	184	26,29	FL. 31

ALUMINIO NAL S.A	1/11/1986	31/07/1987	273	39,00	FL. 31	
ALUMINIO NAL S.A	1/08/1987	29/02/1988	213	30,43	FL. 31	
ALUMINIO NAL S.A	1/03/1988	17/09/1989	566	80,86	FL. 31	
ALUMINIOS CALI LTDA	3/10/1989	31/10/1989	29	4,14	FL. 31	
ALUMINIOS CALI LTDA	1/11/1989	13/10/1990	347	49,57	FL. 31	
FERROALVIMA LTDA	22/11/1990	14/08/1991	266	38,00	FL. 31	
IND PANAM DE METALES	22/08/1991	20/12/1991	121	17,29	FL. 31	
DINALUM LTDA	16/07/1992	31/12/1992	169	24,14	FL. 31	
DINALUM LTDA	1/01/1993	13/01/1993	13	1,86	FL. 31	
DINALUM LTDA	18/02/1993	31/12/1993	317	45,29	FL. 31	
DINALUM LTDA	1/01/1994	1/04/1994	91	13,00	FL. 31	
DINALUM LTDA	2/04/1994	31/12/1994	274	39,14	FL. 31	
FERROALVIMA LTDA	1/04/1995	15/04/1995	15	2,14	FL. 31	
FERROALVIMA LTDA	1/05/1995	1/06/1995	32	4,57	FL. 31	
FERROALVIMA LTDA	1/08/1995	22/08/1995	22	3,14	FL. 31	
FERROALVIMA LTDA	1/09/1995	5/05/1996	248	35,43	FL. 31	
FERROALVIMA LTDA	6/05/1996	31/08/1999	1213	173,29	FL. 21 vto.	mora
T Y S TEMP A SU SERVICIO LTDA	1/06/2002	18/06/2002	18	2,57	FL. 31	
T Y S TEMP A SU SERVICIO LTDA	1/07/2002	11/07/2002	11	1,57	FL. 31	
TOTAL			8036	1.148,00		

Según lo expuesto, el señor Campo Escobar no dejó causado el derecho a la pensión de vejez y tampoco acredita la densidad de 1.300 semanas mínimas requeridas en el régimen de prima para reconocer la prestación de sobrevivientes conforme a lo establecido en el parágrafo 1° del art. 12 L.797/03.

Ello da lugar a realizar el estudio bajo los requerimientos del art. 46 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, conforme al alcance que tanto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, le han otorgado al principio de la condición más beneficiosa, con el que se propende por dar protección pensional a quienes no cumplieron la densidad de semanas requeridas en la norma vigente al momento de producirse la contingencia de la muerte o la invalidez, pero sí acreditaban el número de semanas cotizadas exigidas en la normatividad anterior.

Se ha de aclarar que según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4650-2017, la condición más beneficiosa tiene un carácter excepcional, por lo tanto su aplicación es restringida y temporal, razón por la cual en dicha providencia trazó los lineamientos para la concesión de las pensiones en aplicación de este principio cuando se cumplan los requisitos de cotización y acaecimiento de la muerte del afiliado entre el 29 de enero de 2003 – 29 de enero de 2006, periodo en el cual sostuvo que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos; pues bien, descendiendo al caso bajo estudio, en cuanto a la ocurrencia del deceso se tiene que la muerte del causante no se enmarca en ese periodo (24/09/2015), así como tampoco se da la satisfacción del segundo requisito, ya que revisada la historia laboral del señor Carlos Alberto Campo Escobar se precisa que este no acredita la densidad de semanas que exigía la Ley 100/93 en su versión original, al no haber cotizado 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento, ya que no cotizó ninguna semana durante dicho lapso (fl. 21).

Ahora bien, frente a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, esta Sala de Decisión había adoptado el criterio instituido por la Corte Constitucional en sentencia SU 442 de 2016, pese a lo anterior, y ante el ajuste jurisprudencial a la interpretación del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes que realizó la Corporación en **sentencia SU 005 de 2018**, asume la posición mayoritaria de esta sala este cambio jurisprudencial, en consecuencia se acoge al criterio en ella expuesto.

Así entonces, se tiene que a través de la sentencia SU-005 de 2018, expedida por la Corte Constitucional, la corporación ajustó la jurisprudencia en el entendido que: *“sólo respecto de las personas vulnerables resulta proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar, de manera ultractiva, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 -o regímenes anteriores- en cuanto al requisito de semanas de cotización, para efectos de valorar el otorgamiento de dicha prestación económica, aunque la condición de la muerte del afiliado hubiese acaecido en vigencia de la Ley 797 de 2003”*.

En el referido fallo se dejó sentado por el Alto Tribunal, que la regla dispuesta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, relacionada con la aplicación de la condición más beneficiosa de afiliados que fallecen bajo la vigencia de la ley 797 de 1993, únicamente para aplicación ultractiva de la norma inmediatamente anterior, esto es la Ley 100 de 1993, resulta desproporcionada y contraria a los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, cuando quien pretende acceder a la pensión de sobrevivientes es una persona vulnerable, pues si bien no adquirieron el derecho en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, los aportes del afiliado, bajo dicho régimen, dieron lugar a una expectativa que, por las circunstancias particulares, amerita protección constitucional.

Se hace claridad en la providencia que se consideran como personas vulnerables aquellos individuos que hayan superado el test de procedencia, esto es, las personas en quienes confluían circunstancias que *“(i) les permitan pertenecer a un grupo de especial protección constitucional o en quien confluían múltiples riesgos tales como pobreza extrema, discapacidad, enfermedades graves, analfabetismo etc., (ii) para quienes el desconocimiento de la pensión de sobrevivientes afecta directamente su mínimo vital, (iii) dado que dependía económicamente del afiliado que falleció y (iv) quien no realizó las cotizaciones en los últimos años de su vida por una imposibilidad insuperable, tienen una afectación intensa a sus derechos fundamentales y, por tanto, la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia resulta, para ellos en particular, desproporcionada y, por tanto, contraria a la Constitución”*.

Así entonces, una vez realizado el test de procedencia en el sub examine, determina esta Sala que la demandante pertenece a un grupo de especial protección, ya que la señora Guevara Mendoza en la actualidad cuenta con 78 años - fl. 2- (tercera edad).

Ahora en cuanto al tópico relativo a la *afectación directa de la satisfacción de necesidades básicas*, se encuentra probado con el expediente administrativo de la señora Guevara que milita a folio 49, con lo manifestado por las testigos Carolina Saldarriaga Gueverara (minuto 16:07) y Martha

Beatriz Daza (minuto 25:00) en la audiencia de trámite y juzgamiento e incluso con la consultada efectuada por la Sala en el RUAF, que la demandante cuenta con una fuente autónoma de renta proveniente de la pensión de vejez reconocida por el ISS-Colpensiones en el año 1997, la que para el 2016 ascendía a \$2.500.152, por lo que se establece que no hay una afectación al mínimo vital generado por la ausencia del reconocimiento de la prestación que aquí se deprecia.

Respecto a la tercera condición exigida por el test, dado que la actora percibe ingresos por cuenta de su pensión de vejez desde el 01 de marzo de 1997, es decir antes del fallecimiento del causante, no se logra probar su dependencia económica respecto a este, a contrario sensu con lo indicando por una de la testigo Carolina Saldarriaga (minuto 16:30) se determina que la demandante era quien asumía los gastos del hogar, por lo tanto, tampoco supera la actora esta condición del test.

En lo atinente a establecer que el afiliado fallecido se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el SGP para la adquisición del derecho a la pensión de sobrevivientes, según se expuso en la sentencia Su 005/2018 este requisito fue creado mediante dicha providencia, por lo que la existencia de estas situaciones se infiere de las condiciones de edad del causante y ausencia ingresos por cuenta de un empleo al momento de su muerte.

Por último, en lo referente a establecer que la actora tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión, se establece sobre este tópico que la demandante fue diligente en las gestiones adelantadas, ya que el deceso del señor Agudelo acaeció en septiembre de 2015, la reclamación administrativa data del mes de octubre del mismo año, el acto administrativo de Colpensiones mediante el cual se niega la prestación es de diciembre de 2015 y la demanda se radicó en abril de 2017.

De acuerdo con lo anterior, al no encontrarse acreditadas todas las condiciones previstas en el test de procedencia, se concluye que la demandante no lo supera con el fin de que le sea aplicado el Decreto 758 de 1990, en virtud de la condición más beneficiosa.

Así las cosas, toda vez que el señor CARLOS ALBERTO CAMPO ESCOBAR, no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes bajo la Ley 797 de 2003, norma vigente al momento de su fallecimiento, tampoco en aplicación de la Ley 100 de 1993 en su versión original, y ante la imposibilidad de aplicar el Decreto 758/1990 bajo la nueva posición de la Corte Constitucional en la sentencia SU-005 de 2018, habrá de confirmarse la sentencia recurrida por no asistirle derecho a la demandante al reconocimiento de la prestación pretendida.

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

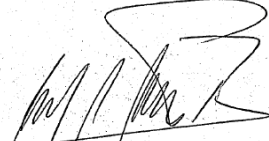
- 1. CONFIRMAR** la sentencia apelada.

2. COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Fijese como agencias en derecho la suma de \$200.000.

Los Magistrados,



GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(SALVAMENTO DE VOTO)**



**MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA**
*Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)*

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-008-2019-00326-01
DEMANDANTE:	DIEGO ARMANDO OCAMPO NAHAR
DEMANDADO:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN SA
ASUNTO:	Apelación Sentencia No. 395 del 3 de septiembre de 2019
JUZGADO:	Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Nulidad de Traslado de Régimen

APROBADO POR ACTA No. 16
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 71

Hoy, ocho (08) de julio de dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **Dra. MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por Protección S.A. y Colpensiones, contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **DIEGO ARMANDO OCAMPO NAHAR** contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, radicado **76001-31-05-008-2019-00326-01**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, la cual se traduce en los siguientes términos,

SENTENCIA No. 70

1) ANTECEDENTES:

El señor **DIEGO ARMANDO OCAMPO NAHAR**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN, con el fin que se declare la ineficacia del traslado realizado por el demandante a Protección SA, se ordene el retorno al RPM, se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por el actor al RAIS, así como los rendimientos, y se condene al pago de costas y agencias en derecho.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 112-132 demanda, 145-155 contestación de la demanda por parte de Colpensiones y 164-173 contestación de Protección S.A (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia mediante sentencia, en la que resolvió: Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandada s; declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Protección S.A, en consecuencia ordenó que Protección devuelva a Colpensiones todos los valores recibidos, como cotizaciones que incluyan gastos de administración y rendimientos; y condenó en costas a Protección.

2) RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de Colpensiones señaló que la parte demandante debió probar lo señalado en el escrito de la demanda, que tampoco cumple con los requisitos del art. 2 de la Ley 797 de 2003, toda vez que está próximo a cumplir la edad para pensionarse, por lo que solicita se revoque la decisión.

La apoderada de Protección, interpuso recurso contra lo dispuesto en el numeral primero a tercero de la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que la afiliación primigenia del demandante fue a través de Colfondos y con posterioridad a Protección, situación de la que refiere no se hizo mención por la *a quo*; además señaló que la afiliación fue libre, voluntaria y sin presiones. Frente a los gastos de administración, señaló que Protección administró los aportes de la demandante, con la mayor diligencia y cuidado, por tanto descontó el porcentaje correspondiente, conforme lo autoriza el art. 20 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003; señaló que en caso de proceder el traslado solo se retornaría lo correspondiente a los aportes del afiliado, más los rendimientos generados, pero no la comisión descontada por Protección por la gestión realizada; señaló que del art. 1746 del CC se debe entender que no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras, lo que corresponde a los rendimientos, por lo que no es procedente la devolución de los gastos de administración; al respecto, citó sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008 y, frente a la buena fe, a la Sala de Casación Civil. Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas impuestas.

3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Mediante auto del 18 de junio de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión; sin embargo, ninguna de las partes presentó alegatos dentro del término concedido para tal fin.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Con el estudio de la legalidad de la sentencia se dirime los argumentos expuestos en los recursos de apelación.

La sentencia apelada debe **CONFIRMARSE** son razones:

En el caso de autos no se discuten los siguientes hechos: **1)** Se encuentra acreditado que el demandante nació el 28 de julio de 1961 (fl.4). **2)** Que se afilió al ISS el 21 de enero de 1982 (fl. 5) **3)** Que el demandante se trasladó al RAIS, en principio a través de Colfondos y con posterioridad a Protección S.A. (fl.176).

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si fue acertada la decisión de la *a quo* al declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS y la orden de devolver a COLPENSIONES los valores que PROTECCIÓN S.A. hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como aportes, rendimientos, incluso el porcentaje de gastos de administración. Finalmente, si es procedente la condena en costas impuesta al fondo de pensiones.

Es de advertir que, cuando se pretende por vía judicial la nulidad del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para la vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Entre las obligaciones enrostradas está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, por ello, el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y la sentencia SL12136 rad. No 46292 del 3 de septiembre de 2014

Es de anotar que las jurisprudencias antes citadas corresponden a traslado respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, sin embargo en reciente pronunciamiento (sentencia SL1452 rad. 68852 de 3 de abril de 2019) la Sala de Casación Laboral aclaró que esa falta de deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Entonces en definitiva le corresponde al fondo de pensiones quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, este es quien tiene los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que como se dijo, PROTECCIÓN SA no probó. No puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las

normas que rigen a los fondos privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Así mismo, se considera que a pesar de que el demandante firmó el formulario del traslado, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado; teniendo en cuenta que era deber de la administradora realizar un proyecto pensional, en donde se informe el monto de pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Conforme a lo expuesto la ineficacia del traslado que fue decretada por la *a quo* se generó por la falta de asesoría del afiliado al momento de realizar su traslado al a AFP, situación que permite su retorno al RPM independientemente que se encuentre a menos de 10 años de cumplir la edad pensional, encontrando entonces que no le asiste razón al apoderado de Colpensiones en la inconformidad sobre este punto planteada en su recurso.

Respecto a lo señalado en el recurso de Protección S.A. en cuanto a la improcedencia de la devolución de los gastos de administración ordenada por la *a quo*, concluye esta Sala que tampoco le asiste razón a la apelante en este punto, ya que al declararse la nulidad del traslado al RAIS, la afiliación del actor se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, es decir que como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, lo que acarrea como consecuencia la devolución de sus aportes, rendimientos y gastos de administración al RPM; este deber de devolución de los valores recibidos por la AFP ha sido tratado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en su jurisprudencia en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, en la que indicó:

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

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

Ahora bien, la orden a COLPENSIONES de recibir nuevamente al demandante no le causa desequilibrio financiero a la entidad, pues su regreso va acompañado de los aportes y rendimientos además de los gastos de administración, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Finalmente cabe aclarar que el regreso del señor DIEGO ARMANDO OCAMPO NAHAR al régimen de prima media es en virtud de la ineficacia

del traslado como antes se analizó y no por virtud de la Ley como lo plantea el apoderado de COLPENSIONES.

Finalmente, igualmente resulta acertado la condena en costas en primera instancia a Protección S.A. toda vez que resultó vencida en juicio, contestó la demanda y propuso excepciones, lo que se ajusta al art. 365 del C.G.P.

Por todo habrá de confirmarse la sentencia apelada y como se resolvieron de forma desfavorable los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, se les impondrá costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

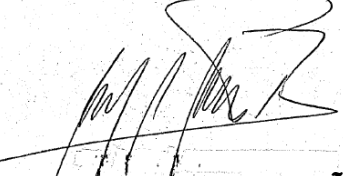
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: COSTAS esta instancia a cargo de Protección SA. Y Colpensiones, fijese la suma de 1 SMLMV a cada una por valor de agencias en derecho.

Lo resuelto queda notificado a las partes en ESTRADOS.

Los magistrados:


GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
*Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dec 491 de 2020)*

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-009-2017-00213-01
DEMANDANTE:	MARÍA CRISTINA PEÑA LASSO
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia No. 308 del 30 de agosto de 2017
JUZGADO:	Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Sustitución Pensional

**APROBADO POR ACTA No. 16
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 63**

Hoy, ocho (08) de julio de dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **Dra. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones ordenado en la misma providencia, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA CRISTINA PEÑA LASSO** contra **COLPENSIONES**, con radicado **76001-31-05-009-2017-00213-01**

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en los siguientes términos,

S E N T E N C I A No. 62

1) ANTECEDENTES:

La señora **MARÍA CRISTINA PEÑA LASSO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES**, con el fin que se condene a la demandada a reconocer y pagar a la actora pensión de sobrevivientes a partir del 28 de septiembre de 2015. Así mismo, que se reconozca y paguen los intereses moratorios de que trata el art. 141 L.100/93 y el pago de costas y agencias en derecho del proceso.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 2-6 demanda, folios 43-48 contestación de la demanda Colpensiones (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado 9 Laboral del Circuito de Cali desató la litis en primera instancia mediante sentencia en la cual resolvió: **1)** Declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada. **2)** Condenar a Colpensiones al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, en su calidad de cónyuge supérstite del causante Libardo Salcedo, a partir del 28 de septiembre de 2015, en cuantía equivalente a 1 SMLMV. **3)** Condenar a Colpensiones a pagar la suma de \$18.933.658 por concepto de retroactivo causado entre el 28/09/2015 y el 31/08/2017, incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre. **4)** Autorizar los descuentos con destino al SGSSS. **5)** Condenar a pagar los intereses moratorios consagrados en el art. 141 L.100/93 a partir de la ejecutoria de la presente sentencia. **6)** Costas a cargo de la parte vencida, fíjese la suma de \$4.426.302 como agencias en derecho.

El juzgado de primera instancia fundamentó la condena, al considerar que de acuerdo a la prueba testimonial recaudada se pudo demostrar que el causante tomó la decisión de dejar el hogar formado con su compañera Elvira Lasso, para definitivamente irse a vivir con María Cristina Peña Lasso, con quien vivió hasta la fecha de su muerte bajo el mismo techo, no sin antes contraer matrimonio con ella, lo cual, demostró que la actora convivió con el pensionado fallecido por espacio de 6 años hasta el momento del deceso. En virtud de lo anterior, el juez reconoció la pensión de sobrevivientes a la actora en su condición de cónyuge del pensionado fallecido a partir del 28/09/2015, fecha de su deceso, en cuantía equivalente a la mesada percibida por él al momento de la muerte.

En cuanto a la excepción de prescripción, encontró que no han transcurrido los 3 años que establecen las leyes sociales para que opere dicho fenómeno, pues el derecho surgió el 28/09/2015, la reclamación se efectuó el 05/11/2015 y la demanda se radicó el 18/04/2017. Adicionalmente, ya que la pensión de vejez se causó desde el 02/10/1999, se le reconoce a la actora el derecho a percibir las mesadas adicionales de junio y diciembre; por lo que, se debe cancelar a la demandante, por concepto de retroactivo causado desde el 28/0/2015 al 31/08/2017, la suma de \$18.933.658.

Respecto al pago de intereses moratorios del art. 141 L. 100/93, el juez primigenio adujo que teniendo en cuenta el art. 34 del Ac. 049/90, que habla de la suspensión del trámite de la prestación cuando surja controversia entre pretendidos beneficiarios; no puede predicarse que Colpensiones haya incurrido en mora en el pago de la prestación económica de sobrevivientes; en consecuencia, decretó el pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación.

2) RAZONES DE LA APELACIÓN DEMANDADA:

La parte demandada señala que, si bien es cierto se le ha concedido mediante este trámite la pensión de sobrevivientes a su representada, no está de acuerdo con la causación de los intereses moratorios, toda vez que en el presente caso no hay conflicto de beneficiarios. Puesto que, dentro del proceso se le demostró a Colpensiones el fallecimiento de la señora Elvira, ocurrido en el año 2014 y la calidad de cónyuge de la señora María Cristina; por lo que, no se puede pregonar que hay un conflicto de beneficiarios. Así

las cosas, se debe condenar a la entidad al reconocimiento y pago de los intereses moratorios desde su causación y no desde la ejecutoria de la sentencia como lo ordenó el juzgado de instancia. Adicionó que de manera subsidiaria, en caso que persista la decisión de primera instancia solicita al superior ordene la indexación de las sumas adeudadas, dado el fenómeno de la pérdida del valor adquisitivo. En consecuencia, solicita al TSC se sirva modificar el punto que se apela.

3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Mediante auto del 18 de junio de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión; sin embargo, ninguna de las partes presentó alegatos dentro de la oportunidad.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La sentencia apelada y consultada debe **MODIFICARSE** son razones:

En el caso de autos no se discuten los siguientes hechos: **1)** Que el señor Libardo Salcedo era beneficiario de pensión de vejez reconocida por el Instituto de Seguros Sociales a través de Resolución No. 016769 de 2000 (fl. 49 CD, la cual ascendía a 1 SMLMV. **2)** Fallecimiento del señor Libardo Salcedo el 28 de septiembre de 2015 (fl. 18). **3)** Que el 04 de septiembre de 2015 el señor Salcedo contrajo matrimonio con la demandante (fl.23 ss.). **4)** Petición de reconocimiento de pensión de sobrevivientes a Colpensiones efectuada por María Cristina Peña Lasso el 05 de noviembre de 2015 (Fl.9). **5)** Que la solicitud de sustitución fue negada a la cónyuge supérstite por la Entidad a través de Resolución No. GNR 16580 del 20 de enero de 2016 (fl 9).

3

1. REQUISITOS SUSTITUCIÓN PENSIONAL:

Teniendo en cuenta la fecha del deceso del causante, esto es el 28 de septiembre de 2015, la norma que determina cuales son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece:

“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;*

Conforme lo señala la norma transcrita, para ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, la cónyuge o compañera permanente supérstite, deben acreditar que hicieron vida marital con el causante y que la convivencia con en este se dio durante al menos cinco años con anterioridad a su muerte.

Tal como lo ha aclarado la SL de la CSJ en sentencias SL4925-2015 Y SL1399-2018, en los casos como el presente en vigencia de la Ley 797 de 2003, el requisito de la convivencia durante mínimo 5 años es común al o la cónyuge y compañera permanente, ya que este condiciona el surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, entendiendo esta como la *“convivencia real y efectiva que entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común.”*, definición que excluye los encuentros casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que a pesar de ser prolongadas en el tiempo, no generan las condiciones de una comunidad de vida, como es el caso de un romance o noviazgo.

Así las cosas, se procede a analizar el material probatorio con el fin de comprobar si le asiste el derecho a la reclamante a la pensión deprecada.

En el plenario se encuentra probada y acreditada la calidad de cónyuge su persiste de la demandante conforme a la escritura de protocolización de matrimonio civil celebrado ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Jamundí el día 04 de septiembre de 2015, escritura que fue elevada ante la Notaría Única de Jamundí - Valle el 05 de octubre de 2015.

Comparecieron al proceso los señores Ruby Romero Carabalí, Ingrid Julieth Rivas y Libardo Salcedo Carabalí, quienes afirman que la demandante inició su convivencia con el causante aproximadamente desde el año 2009 hasta el fallecimiento de este en el 2015, es decir por espacio de seis años, que inicialmente la convivencia se dio como compañeros permanentes, la que tuvo el carácter de simultánea con la señora Elvira Lasso Aguilar hasta el 2012, fecha en la cual el causante cesó la convivencia con esta última; los testigos dan cuenta que el de cujus contrajo matrimonio en el año 2015 con la demandante, que era este quien sufragaba los gastos del hogar; se destaca lo manifestado por la testigo Ingrid Rivas quien señala que la demandante fue quien lo cuidó durante su enfermedad y lo indicado por la testigo Ruby Carabali quien da cuenta que la velación del señor Salcedo se llevó a cabo en casa de la señora María Cristina Peña.

Para la Sala los testimonios recepcionados guardan coherencia en aspectos como el inicio de la convivencia de la pareja en el 2009, la celebración del matrimonio civil en el 2015, el tiempo que convivieron en Corregimiento de Quinamayó jurisdicción del Municipio de Jamundí e incluso uno de los testigos tiene conocimiento de situaciones de pareja relativas a que la persona que asumía gastos de compra de víveres para el hogar era el causante.

Considera esta Colegiatura que con la prueba testimonial arrimada, la actora demostró el requisito de convivencia con el causante durante los 5 últimos años anteriores al fallecimiento, pues a pesar que desde la celebración del vínculo matrimonial y el deceso del señor Libardo Salcedo transcurrió alrededor de un mes, quedó acreditado que desde el año 2009 ya convivían como pareja, es decir que se reúne con suficiencia el término establecido por la Ley, aclarando que es completamente valido sumar el tiempo de convivencia como compañeros y como cónyuges, ello por cuanto la norma aplicable al presente asunto, esto es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, no impone que el tiempo de convivencia deba demostrarse según la calidad que se ostenta, dicho precepto únicamente exige que quien

reclama demuestre haber hecho vida marital con el causante y que haya convivido no menos de 5 años, situación que según se explicó en precedencia quedó debidamente probada en el plenario, por lo que se concluye que la señora Peña Lasso con el deceso de su cónyuge adquirió la calidad de beneficiaria de la prestación pensional.

De acuerdo con lo anterior, al encontrarse reunidos los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, determina esta Sala que se encuentra ajustado a derecho el reconocimiento de la prestación efectuado por la Juez Primigenia en la sentencia apelada y consultada.

2. EXCEPCIONES DE FONDO, PRESCRIPCIÓN.

Todo lo anterior, conlleva a inferir que en efecto al acaecer la muerte del señor Libardo Salcedo dejó causado el derecho a la sustitución, y en sede judicial, la demandante demostró ser la beneficiaria de la misma.

Lo anterior deja sin fundamento las excepciones propuestas, incluso la de prescripción, puesto que el derecho se causó el 28 de septiembre de 2015 (fl.18), la demandante presentó la reclamación pensional el 05 de noviembre de 2015 (fl.9), la que fe resuelta mediante Resolución No. GNR 16580 del 20 de enero de 2016 (fl. 9) y la demanda fue presentada el 18 de abril de 2017 (fl. 6), evidenciándose entonces que no transcurrió el término los 3 años establecidos en el art. 151 del CPTSS, tal y como lo concluyó el A Quo, debiéndose confirma lo resuelto en este sentido.

Ya en el plano de las liquidaciones, dado que la mesada pensional fue reconocida por un SMLMV el retroactivo pensional causado entre el 28 de septiembre de 2015 y el 31 de agosto de 2017, teniendo derecho a 14 mesadas anuales, una vez liquidado por la Corporación asciende a la suma de **\$18.933.658,00 (Tabla Anexa)**, suma que coincide con la calculada por el A Quo, por tanto, se confirmará el monto ordenado en primera instancia.

5

Anexo 1

RETROACTIVO			
AÑO	VALOR MESADA	NO. MESADAS ADEUDADAS	TOTAL
2015	\$644.350	4,1	\$2.641.835,00
2016	\$689.455	14	\$9.652.370,00
2017	\$737.717	9	\$6.639.453,00
TOTAL:			\$18.933.658,00

Así mismo se confirmará la autorización a la entidad demandada para que descuenta del retroactivo pensional adeudado los aportes que a salud corresponde efectuar a la demandante para ser transferidos a la entidad a la que se encuentre afiliada o elija para tal fin. (Artículo 143 inciso 2 de la Ley 100/93, en concordancia con el artículo 42 inciso 3, Decreto 692/94).

3. INTERESES MORATORIOS

El art. 141 de la Ley 100 de 1993 concede a los beneficiarios de las pensiones, el derecho a gozar de los intereses moratorios cuando no se les reconoce a tiempo las mesadas correspondientes.

Ahora, para esta Sala de Decisión los intereses moratorios proceden desde el momento en que se vence el plazo para decidir sobre la prestación y, por ende, como se trata de pensión de sobrevivientes, el término legal para ello es de 2 meses, conforme a lo dispuesto en la Ley 717 de 2001, art. 1, modificado por el artículo 4 Ley 1204 de 2008, sin que haya lugar a analizar la existencia de buena o mala fe del deudor, por cuanto se trata de resarcimiento económico para contrarrestar los efectos adversos de la mora, y no tiene carácter sancionatorio¹.

En el caso bajo estudio se tiene que la juez primigenia dispuso el pago de este concepto a partir de la ejecutoria de la sentencia, al considerar que conforme al artículo 6° de la Ley 1204 de 2008, al existir controversia entre beneficiarias de la prestación esta quedaba en suspenso, por lo que no se podría predicar que la entidad se encontrara en la obligación de reconocer la pensión.

Al respecto considera esta Corporación, que tal y como lo expuso la parte demandante en su apelación, en el sub examine no nos encontramos frente a una controversia entre beneficiarias, pues se ha de tener en cuenta que la única persona que se presentó en sede administrativa a reclamar el pago de la pensión de sobrevivientes fue la señora María Cristina Peña Lasso, la que fue negada por la entidad ante la existencia de un reconocimiento de incremento pensional, que en su momento fue solicitado por el causante por tener a la señora Elvira Lasso Aguilar como compañera permanente a cargo, persona que a pesar de haber ostentado dicha calidad, no podía acudir a reclamar el pago de la pensión que aquí se deprecia por cuanto falleció en el año 2014, según se aprecia en el registro civil de defunción que milita a folio 22, es decir antes del deceso del señor Libardo Salcedo.

6

Así las cosas, ante la ausencia de controversia entre beneficiarias, la entidad demandada se encontraba en obligación de reconocerle a la actora la pensión de sobrevivientes una vez vencido el término de dos meses establecido en la Ley 717 de 2001.

Conforme a lo expuesto, los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional, se causan a partir del **06 de enero de 2016**, día siguiente a la fecha en que se cumplen los 2 meses exigidos (05 de enero de 2016 fl- 9) en la mencionada ley, hasta que se haga efectivo el pago del retroactivo liquidado y no como erradamente lo dispuso la juez primigenia a partir de la ejecutoria de esta providencia. En consecuencia, al asistirle razón en su inconformidad al recurrente habrá de modificarse en tal sentido el numeral sexto de la sentencia consultada y apelada.

Por último, en atención a lo dispuesto en el artículo 283 del C.G.P. se actualiza la condena por concepto de retroactivo del 28 de septiembre de 2015 al 30 de abril de 2020, la cual asciende a **\$48.664.467,00**.

¹ Línea jurisprudencial reiterada en las siguientes providencias, entre otras: Sentencia de 23 de septiembre de 2002, rad. N° 18512, sentencia SL3087-2014, rad. 44526, Sentencia SL16390 del 20 de octubre de 2015, rad. No. 40868.

AÑO	VALOR MESADA	NO. MESADAS ADEUADAS	TOTAL
2015	\$644.350	4,1	\$2.641.835,00
2016	\$689.455	14	\$9.652.370,00
2017	\$737.717	14	\$10.328.038,00
2018	\$781.242	14	\$10.937.388,00
2019	\$828.116	14	\$11.593.624,00
2020	\$877.803	4	\$3.511.212,00
TOTAL:			\$48.664.467,00

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral sexto de la sentencia apelada y consultada en cuanto a que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se causan a partir del 06 de enero de 2016.

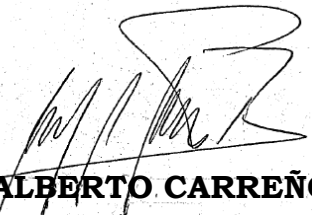
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: ACTUALIZAR conforme lo dispone el artículo 283 del C.G.P. la condena por concepto de retroactivo pensional por las mesadas causadas entre el 28 de septiembre de 2015 y el 30 de abril de 2020, la cual asciende a **\$48.664.467,00**.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia

Los Magistrados,


GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA


MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 497 de 2020)

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-010-2015-00142-01
DEMANDANTE:	ROBERTO LOZANO MARMOLEJO
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Consulta de la Sentencia N° 84 del 26 de abril de 2018
JUZGADO:	Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Pensión de Invalidez

**APROBADO POR ACTA No. 16
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 61**

Hoy, ocho (08) de julio dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **Dra. MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el grado jurisdiccional de CONSULTA ordenado en favor de Colpensiones de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **ROBERTO LOZANO MARMOLEJO** contra **COLPENSIONES**, con radicado **76001-31-05-010-2015-00142-01**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, la cual se traduce en los siguientes términos,

S E N T E N C I A No. 60

1. ANTECEDENTES:

El señor **ROBERTO LOZANO MARMOLEJO**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones, con el fin que se condene a Colpensiones al pago de la pensión de invalidez, por acreditar los requisitos exigidos en el parágrafo 2° del art. 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 1° de la Ley 860 de 2003, así como al pago de los intereses moratorios y las costas del proceso.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 2-8 demanda, 32-37 contestaciones de la demanda Colpensiones, (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, decidió la primera instancia mediante sentencia, en la que resolvió: Declarar probada la excepción de prescripción y no probadas las restantes; declarar que no existe cosa juzgada; declarar que el demandante tiene derecho a la pensión de invalidez de origen común en cuantía de 1 SMLMV, calculando como retroactivo causado entre el 3 de junio de 2007 y el 31 de marzo de 2018, la suma de \$88.156.221; condenó a Colpensiones a pagar los intereses moratorios a partir del 3 de octubre de 2010; autorizó los descuentos con destino al SGSSS, y condenó en costas a Colpensiones.

El *a quo* para fundamentar la decisión, señaló que el demandante acredita los requisitos exigidos en el parágrafo 2° del art. 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 1° de Ley 860 de 2003, toda vez que el demandante es beneficiario del régimen de transición consagrado en el art.36 de la citada Ley 100 de 1993, y por ende se le exigiría 1000 semanas de cotización para acceder a la pensión de vejez, por tanto, señaló que al haber cotizado 780,86 superó el 75% exigido por la norma citada.

En lo referente a la cosa juzgada, precisó que la misma no se configuró porque no existía identidad de pretensiones en cuanto a la normativa a aplicar en el proceso que adelantó en la ciudad de Bogotá DC.

Contra la anterior decisión no se interpuso recurso alguno, razón por la cual, el presente asunto fue remitido a esta Sala a fin de surtirse el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 C.P.T y S.S.

2) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Mediante auto del 18 de junio de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la entidad demandada sostuvo que en el presente asunto si bien el demandante cuenta con el 70,40% de PCL que acreditan el porcentaje requerido para reconocer la pensión de invalidez, no logra acumular las 50 semanas cotizadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez; puesto que el actor desde el 26 de marzo de 2004 al 26 de marzo de 2007 solamente consolidó un total de 25,72 semanas. Por lo anterior, solicita que la Sala revoque las condenas impuestas en su contra.

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión dentro del término concedido para tal fin.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La sentencia consultada debe **CONFIRMARSE:**

1.- COSA JUZGADA

Para que pueda predicarse la existencia de esta figura jurídica deben

concurrir los siguientes elementos (i) identidad de objeto, (ii) identidad de causa petendi e (iii) identidad de partes, tal como lo consagra el art. 303 del CGP.

De la documental que reposa en el expediente se advierte que el señor ROBERTO LOZANO MARMOLEJO anteriormente había interpuesto demanda ordinaria laboral de primera instancia contra COLPENSIONES, proceso de conocimiento del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, quien mediante sentencia proferida el 12 de junio de 2013 que fue revocada por el superior, había reconocido la pensión de invalidez con fundamento en el Decreto 758 de 1990. La Sala Laboral que conoció en segunda instancia, señaló que la norma a aplicar era la Ley 860 de 2003, precisando que el demandante no cumplía con el requisito de semanas allí exigido. Señaló que la condición más beneficiosa aplicada por el *a quo* no era procedente, en tanto, dicho principio opera para acudir a la norma anterior, que en este caso sería la Ley 100 de 1993 y no el Decreto 758 de 1990, como lo hizo el juez de primera instancia. Preciso que tampoco resulta aplicable el parágrafo 2° del art. 39 de la Ley 100 de 1993, con su modificación, en tanto, pese a acreditar el 75% de semanas exigidas para acceder a la pensión de vejez, el demandante no contaba con las 25 semanas en los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la PCL, por tener 21,44.

Entre el proceso previamente adelantado por el demandante y el aquí ventilado, se advierte que concurre la identidad de partes y de objeto que corresponde a la misma pretensión material que es la pensión de invalidez, la cual en el primer proceso se solicitó con fundamento en el D. 758 de 1990 en virtud de la aplicación del principio de la condición más beneficios (fl.111), tesis que fue acogida en primera instancia, sin embargo, el Tribunal la revocó.

Ahora, en el presente proceso se pretende también la pensión de invalidez, pero con fundamento en el parágrafo 2 del art. 39 de la Ley 100 de 1993, análisis que, si bien fue estudiado por el Tribunal en el proceso que se tramitó en Bogotá, lo cierto es que, no lo encontró próspero por las razones antes señaladas.

A lo anterior, se debe añadir la situación sobreviviente de la corrección de la historia laboral del demandante conforme se avizora a folios 45 y 127, en la que se advierte que se incluye el periodo de abril de 2004, por ende, considera esta Colegiatura que existen algunos visos de divergencia entre las pretensiones y los hechos alegados, por lo que le asiste razón al *a quo* al declarar no probada la excepción de cosa juzgada.

2.- PENSIÓN DE INVALIDEZ

Ahora le corresponde a la Sala verificar si en el presente asunto se acreditaron los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor ROBERTO LOZANO MARMOLEJO.

No existe duda que al momento de la estructuración de la Pérdida de Capacidad Laboral del señor LOZANO MARMOLEJO, esto es el 26 de marzo de 2007 (fl.11 Vto.), la norma vigente es la Ley 860 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, la cual en su artículo 1° determina:

Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración [...].

Por su parte el artículo 38 *ibídem* en cuanto al estado de invalidez señala que: *“se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”*

Revisadas las pruebas que obran en el plenario se establece que si bien el demandante acredita el porcentaje de PCL requerido por la norma –pues cuenta con 70,40% (fl.11 Vto.)– no cumple con el requisito de las 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, ya que solo reunió 25,71 semanas en ese periodo (fl. 71), conforme al cuadro que se anexa:

Anexo 1

Razón social	Desde	Hasta	N° de Días	Semanas
Roberto Lozano	1/04/2004	31/05/2004	60	8,57
Roberto Lozano	1/08/2004	30/09/2004	60	8,57
Roberto Lozano	1/12/2004	31/12/2004	30	4,29
Roberto Lozano	1/03/2006	31/03/2006	30	4,29
Total				25,71

De otro lado, se determina que al demandante le es aplicable el contenido del párrafo 2° del art .39 de la Ley 100 de 1993, con su modificación, toda vez que cuenta con el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, como pasa a explicarse.

El señor LOZANO MARMOLEJO, nació el 28 de diciembre de 1947 (fl.9), por ende, es beneficiario del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que contaba con mas de 40 años al 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigor de la citada Ley, sin que le sea exigible lo consagrado en el AL. 1 de 2005, por cuanto cumplió los 60 años el 28 de diciembre de 2007.

Ahora, como el demandante se afilió al sistema desde el año 1968, como trabajador del sector privado, le resulta entonces aplicable las disposiciones que se consagran en el Decreto 758 de 1990, es decir, en materia de pensión de vejez el acreditar un mínimo de 1000 semanas cotizadas.

Al respecto se advierte de la historia laboral citada, que el demandante cotizó un total de 781,30 semanas en toda la vida laboral, lo cual supera el 75% exigido por el legislador en el citado párrafo, además cuenta con las 25 semanas en los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la PCL, como se señaló en precedencia, de ahí que se confirmará la decisión adoptada por el Juez de primera instancia.

3.- EXCEPCIONES DE FONDO – PRESCRIPCIÓN Y LIQUIDACIÓN

De acuerdo con lo anterior, no prosperan las excepciones de fondo propuestas por la demandada, así como tampoco la de prescripción teniendo en cuenta que al demandante le fue notificado el dictamen de PCL el 19 de mayo de 2010 (fl.12), reclamó la pensión el 2 de junio del mismo año (fl.13) la cual fue negada mediante Resolución notificada el 11 de agosto de 2011 (fl.16), contra la cual se interpuso los recursos de ley, que se resolvieron el de reposición el 6 de noviembre de 2013 (fl.15), y el de apelación mediante acto administrativo del 16 de enero de 2014 (CD. Fl.73), y la demanda se radicó el 10 de marzo de 2015 (fl.8), es decir, que el término prescriptivo estaba suspendido y en todo caso, no habían transcurrido los 3 años de que trata el art. 151 del CPTSS, sin embargo, como el *a quo* declaró probada esta excepción sin que haya sido objeto de controversia por la parte demandante, se confirmará la decisión del juez, teniendo en cuenta que el proceso se conoce en consulta a favor de Colpensiones.

Ya en el plano de las liquidaciones, dado que la mesada calculada por el juez primigenio ascendió a 1 SMLMV y este punto no fue objeto de controversia, el retroactivo pensional causado entre el 3 de junio de 2007 y el 31 de marzo de 2018, teniendo derecho a 14 mesadas anuales (parágrafo transitorio 6° del art. 1° AL 01/2005), una vez liquidado por la Corporación asciende a la misma suma obtenida por el *a quo* (fl.135), por lo que también se confirmará dicho monto.

Ahora, en atención a lo dispuesto en el artículo 283 del CGP se actualiza la condena por concepto de retroactivo del 3 de junio de 2007 al 30 de abril de 2020 la cual asciende a **\$111.854.719** –conforme al anexo 2–.

Anexo 2

RETROACTIVO			
AÑO	VALOR	N° MESADA	TOTAL
2007	\$ 433.700	8,933	\$ 3.874.387
2008	\$ 461.500	14	\$ 6.461.000
2009	\$ 496.900	14	\$ 6.956.600
2010	\$ 515.000	14	\$ 7.210.000
2011	\$ 535.600	14	\$ 7.498.400
2012	\$ 566.700	14	\$ 7.933.800
2013	\$ 589.500	14	\$ 8.253.000
2014	\$ 616.000	14	\$ 8.624.000
2015	\$ 644.350	14	\$ 9.020.900
2016	\$ 689.455	14	\$ 9.652.370
2017	\$ 737.717	14	\$ 10.328.038
2018	\$ 781.242	14	\$ 10.937.388
2019	\$ 828.116	14	\$ 11.593.624
2020	\$ 877.803	4	\$ 3.511.212
			\$ 111.854.719

Se confirmará la autorización a la entidad demandada para que descuenta del retroactivo pensional adeudado los aportes que a salud corresponde efectuar al demandante para ser transferidos a la entidad a la que se encuentre afiliado o elija para tal fin. (Art. 143 inciso 2 de la Ley 100/93, en concordancia con el art. 42 inciso 3, Decreto 692/94).

4.- INTERESES MORATORIOS

El art. 141 de la ley 100 de 1993 concede a los beneficiarios de las pensiones, el derecho a gozar de los intereses moratorios cuando no se les reconoce a tiempo las mesadas correspondientes.

Ahora, para esta Sala de Decisión los intereses moratorios proceden desde el momento en que se vence el plazo para decidir sobre la prestación y, por ende, como se trata de pensión de invalidez, el término legal para ello es de 4 meses, conforme a lo dispuesto en el art. 19 del Decreto 656 de 1994, sin que haya lugar a analizar la existencia de buena o mala fe del deudor, por cuanto se trata de resarcimiento económico para contrarrestar los efectos adversos de la mora, y no tiene carácter sancionatorio¹.

Conforme a lo expuesto, los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional, se causan a partir del **3 de octubre de 2010**, día siguiente a la fecha en que se cumplen los 4 meses exigidos (fl.13) en el mencionado decreto y hasta que se haga efectivo el pago del retroactivo, tal y como lo concluyó el juez de primera instancia.

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

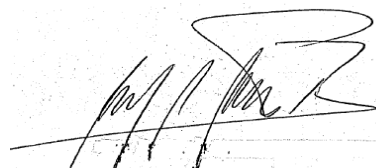
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia consultada.


SEGUNDO.- ACTUALIZAR conforme lo dispone el artículo 283 del CGP la condena por concepto de retroactivo pensional por las mesadas causadas entre el 3 de junio de 2007 al 30 de abril de 2020 la cual asciende a **\$111.854.719**.

TERCERO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Los Magistrados,


GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO


CARLOS ALBERTO CARRENO RAGA


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)
(ACLARACIÓN DE VOTO)

¹ Línea jurisprudencial reiterada en las siguientes providencias, entre otras: Sentencia de 23 de septiembre de 2002, rad. N° 18512, sentencia SL3087-2014, rad. 44526, Sentencia SL16390 del 20 de octubre de 2015, rad. No. 40868.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-016-2019-0120-01
DEMANDANTE:	JULIO LIZUNDIA
DEMANDADOS:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia No. 133 del 16 de agosto de 2019
JUZGADO:	Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali.
TEMA:	Pensión de Invalidez

**APROBADO POR ACTA No. 16
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 64**

Hoy, ocho (08) de julio de dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **Dra. MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **JULIO LIZUNDIA** contra **COLPENSIONES**, con radicado **76001-31-05-016-2019-0120-01**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, la cual se traduce en los siguientes términos,

SENTENCIA No. 63

1. ANTECEDENTES:

El señor **JULIO LIZUNDIA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con el fin que se reconozca y pague la pensión de invalidez a partir del 23 de febrero de 2005, incluida las mesadas de junio y diciembre. Además, solicita se condene al pago del reajuste o incremento de ley causado, los intereses moratorios y se condene al pago de costas y agencias en derecho.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 19-22 demanda, 28-33 contestación de la demanda por Colpensiones, (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado 16° Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia mediante sentencia, en la que resolvió: **1)** Condenar a Colpensiones, al

reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a Julio Lizundia a la cual tiene derecho a partir del 23 de febrero de 2005, fecha de estructuración de la PCL, por efecto de la prescripción propuesta por la parte demandada se pagará la mesada pensional a partir del 08 de febrero de 2016. **2)** Ordenar a COLPENSIONES el pago de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales, en monto de un salario mínimo legal vigente para cada anualidad, en forma vitalicia, a favor del actor, con los respectivos incrementos de ley. **3)** Negar las excepciones propuestas por Colpensiones. Se decreta probada parcialmente la excepción de prescripción. **4)** Condenar en costas a COLPENSIONES, tásense como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

El juzgado de primera instancia fundamentó la condena, aduciendo que si bien el señor Lizundia cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 79%; no cuenta con las 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la estructuración de la invalidez que exige el art. 1° de la Ley 860 de 2003. Sin embargo, en aplicación al precedente normativo y la jurisprudencia de las Altas Cortes, el *a quo* establece que de acuerdo a la historia laboral del demandante, cotizó un total de 690,43 semanas en toda su vida laboral, de las cuales 585,86 semanas fueron cotizadas antes del 1 de abril del 94; es decir, que cumplía con más de las 300 semanas que exige el Acuerdo 049 del 90 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para la obtención de la pensión de invalidez. Así las cosas, reconoce la prestación al señor Lizundia a partir del 23 de febrero de 2005 F.E., en cuantía de un SMLMV con las mesadas adicionales y los respectivos incrementos de ley.

Respecto de la excepción de prescripción formulada, quedaron extinguidas las mesadas pensionales causadas entre el 23 de febrero del 2005 al 07 de febrero de 2016.

En cuanto a los intereses moratorios según el artículo 141 de Ley 100 del 93, adujo que al no cumplirse los 4 meses que tenía la entidad para responder a la reclamación no hay lugar al reconocimiento de los mismos.

Inconformes con la decisión, ambas partes en litis interponen recurso de apelación.

2) RAZONES DE LA APELACIÓN PARTE DEMANDANTE:

La parte demandante señala que la pensión de invalidez debe ser reconocida y pagada a partir de la fecha de estructuración; es decir, a partir del 23 de febrero de 2005, teniendo en cuenta que el derecho del actor nace desde la fecha del dictamen que le determina un 79% de PCL. Además, no transcurrieron los tres años desde la fecha de emisión del dictamen. Respecto a los intereses moratorios, expresa que deben ser reconocidos a partir del 09 de junio de 2019 en favor del señor Lizundia, toda vez que la pensión de invalidez se solicitó el 08 de febrero de 2019 y la entidad demandada no emitió la contestación dentro de los cuatro meses de ley. Adicionalmente, solicita se indexe la pensión de invalidez a partir del 23 de febrero de 2005 hasta el día anterior a los intereses moratorios, es decir el 08 de junio de 2019, debido a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

Por su parte, la entidad demandada, manifiesta que debido a que la invalidez del demandante se estructuró el 23 de febrero de 2005, el derecho en principio estaría gobernado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100/93, el cual exige 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración.

Sin embargo, con los cambios normativos y jurisprudenciales, el principio de la condición más beneficiosa supone una sucesión normativa en la que el derecho del afiliado estaba debidamente consolidado en vigencia de la ley anterior y se trastoca con el advenimiento de la nueva norma.

Adicionalmente, la entidad reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor del demandante en cuantía única de \$4.280.015 con base en 724 semanas de cotización; dicha prestación se pagó en abril y fue cobrada en debida forma por el interesado. Por lo tanto, de acuerdo al artículo 6° del Decreto 1730 de 2001, existe una incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida y la pensión de invalidez solicitada. Reitera además, que el señor Lizundia no acreditó las semanas requeridas por la norma vigente a la fecha de estructuración, ni las 26 semanas que exigía la norma inmediatamente anterior (Ley 100 del 93).

Agrega la apelante que en caso de no ser de recibo el recurso, se faculte a Colpensiones a descontar del retroactivo el valor pagado por indemnización sustitutiva y los valores por concepto de pago a salud.

3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Mediante auto del 18 de junio de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la entidad demandada adujo que reconoció en favor del demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por una cuantía única de \$4.280.015, por lo que, se ratifica en lo sustentado en el recurso de apelación y solicita se revoque el fallo de primera instancia absolviendo a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones.

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión dentro del término concedido para tal fin.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La sentencia apelada y consultada debe **REVOCARSE PARCIALMENTE Y ADICIONARSE** son razones:

Sea lo primero el estudio de la legalidad de la condena en grado jurisdiccional de Consulta, lo que a su vez dirime las razones del recurso de apelación de la demandada.

En el caso de autos no se discuten los siguientes hechos: **1)** Que el señor Julio Lizundia fue calificado por Medicina Laboral de Colpensiones, el día 02/05/2018, dictaminándole una PCL de 79% (fl.5) **2)** Que la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca a través de dictamen de fecha 14/12/2018, determina que la F.E. es el 23/02/2005 (Fl. 12). **3)** Que el demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez ante Colpensiones el 08 de febrero de 2019 (fl.13). **4)** Que Colpensiones niega el reconocimiento pensional mediante Resolución No. SUB 79877 del 30 de marzo de 2019 (folio 33 CD), argumentando que el actor no acredita el requisito de las 50 semanas en los 3 años anterior a la invalidez.

1. PENSIÓN DE INVALIDEZ – CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

En primer lugar, corresponde a esta Sala verificar si en el presente asunto se acreditaron los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor Julio Lizundia.

No existe duda que al momento de la estructuración de la Pérdida de Capacidad Laboral del señor Lizundia, esto es el 23 de febrero de 2005 (fl.12), la norma vigente es la Ley 860 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, que en su artículo 1° determina:

“Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración...”

Por su parte el artículo 38 ibídem en cuanto al estado de invalidez señala que: *“se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”*

Revisadas las pruebas que obran en el plenario se establece que si bien el demandante acredita el porcentaje PCL requerido por la norma –pues cuenta con 79% (fl.7)– no cumple con el requisito de las 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, ya que no cuenta con cotizaciones en ese periodo (fl. 15).

Se ha de aclarar que según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2358 de 2017, la condición más beneficiosa tiene un carácter excepcional, por lo tanto su aplicación es restringida y temporal, razón por la cual en dicha providencia trazó los lineamientos para la concesión de las pensiones en aplicación de este principio cuando se cumplan los requisitos de cotización y estructuración de la invalidez hasta el 26 de diciembre de 2006, periodo en el cual sostuvo que el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, continúa produciendo sus efectos; pues bien, descendiendo al caso bajo estudio, en cuanto a la a la satisfacción de la primera exigencia se tiene que la fecha de estructuración se enmarca en ese periodo (23/02/2008), sin embargo no se da la satisfacción del requisito de cotización, ya que revisada la historia laboral del señor Julio Lizundia se precisa que este no acredita la densidad de 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a la invalidez, ya que no cotizó ninguna durante dicho lapso (fl. 15).

Ahora bien, frente a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, esta Sala de Decisión había adoptado el criterio instituido por la Corte Constitucional en sentencia SU 442 de 2016, pese a lo anterior, y ante el ajuste jurisprudencial a la interpretación del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de invalidez que realizó la Corporación en **sentencia SU-556 de 2019**, asume la posición mayoritaria

de esta sala este cambio jurisprudencial, en consecuencia se acoge al criterio en ella expuesto.

Así entonces, se tiene que mediante la sentencia **SU-556 de 2019**, expedida por la Corte Constitucional, la corporación ajustó la jurisprudencia en el entendido que: *“solo respecto de personas en situación de vulnerabilidad, esto es, aquellas que satisfacen las exigencias del “test de procedencia” de que trata el título 3 supra resulta razonable y proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar de manera ultractiva las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 en lo que respecta a la exigencia de densidad de semanas de cotización, a pesar de que su condición de invalidez se hubiere estructurado en vigencia de la Ley 860 de 2003”*.

En el referido fallo se dejó sentado por el Alto Tribunal, que resultaba necesario unificar el criterio en lo relativo a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa para el reconocimiento de la pensión de invalidez, con el fin de lograr un tratamiento jurisprudencial uniforme, pues en pensión de sobrevivientes, se efectuó mediante la sentencia SU-005 de 2018.

Se hace claridad en la providencia que se consideran como personas vulnerables aquellos individuos que hayan superado el test de procedencia, esto es, las personas en quienes confluyan circunstancias de *«(i) pertenecer a un grupo de especial protección constitucional o se encuentren en situación de riesgo derivada de las condiciones como analfabetismo, vejez, pobreza extrema, cabeza de familia, desplazamiento o padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa. (ii) para quienes el desconocimiento de la pensión de invalidez afecta directamente la satisfacción del mínimo vital y vida digna, (iii) justifiquen su imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigente al momento de la estructuración de la invalidez, y (iv) demuestren una actuación diligente para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez»*.

5

Una vez aplicado el test de procedencia al caso bajo estudio, determina esta Corporación que:

Primero. El demandante pertenece a un grupo de especial protección al demostrarse procesalmente que ostenta situaciones que le generan un riesgo inminente y requieren de un miramiento exclusivo, toda vez que el señor Julio Lizundia a la fecha cuenta con 79 años -fl.18- (tercera edad); así mismo al haberse probado con la historia clínica arrojada al proceso que padece ceguera de ambos ojos a causa de enfermedad degenerativa retiniana (fl5 C.2), además, sufre de *“episodio depresivo severo, hipertensión arterial, rinoфарингитис aguda, infección de vías urinarias”* (fl.11).

Segundo. Se evidencia que la negativa al reconocimiento de la pensión afecta la vida digna y el mínimo vital del demandante, quien según consulta realizada por el despacho en el RUAF, figura como afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado, y no registra afiliaciones al Sistema de Pensiones, Caja de Compensación Familiar, ni Riesgos Laborales; así mismo al consultarse en el portal web de la Superintendencia de Notariado, no registra bienes inmuebles que le puedan generar rentas, por lo que se infiere que el demandante actualmente no percibe ingresos.

Tercero. Resulta evidente que la ausencia de cotizaciones surge de la imposibilidad de laborar, ante la patología que padece el demandante denominada: “ceguera de ambos ojos” por enfermedad degenerativa retiniana, la que le causó una PCL de 79%, desde el año 2005; situación que también se infiere de las condiciones de edad del actor y ausencia ingresos por cuenta de un empleo al momento de la estructuración de su invalidez.

Cuarto. Finalmente, se evidencia la diligencia para el reconocimiento de la prestación, toda vez que el dictamen de PCL se notificó el 17 de mayo de 2018 (Fl.3), el actor presentó inconformidad dentro del término de traslado, fue calificado en primera instancia por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca el 14 de diciembre de 2018 (fl.11), el 8 de febrero de 2019 radicó reclamación administrativa solicitando la pensión (fl.13), la que fue resuelta de manera negativa en marzo del mismo año y la demanda se presentó el 11 de marzo de 2019 (fl.22)

De acuerdo con lo anterior, al encontrarse acreditadas las condiciones previstas en el test de procedencia, es posible estudiar el derecho pretendido al tenor de lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, ello por cuanto dicha norma gobernaba la situación pensional del demandante antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues se encontraba afiliado al RPM desde el 04 de enero de 1967 (f.15); precepto bajo el cual cumple el requisito de semanas, pues al 1° de abril de 1994 contaba con **623** semanas –conforme al anexo 1–, siéndole exigible con la normatividad en mención bajo el amparo de la condición más beneficiosa 300 semanas a la entrada en vigencia del Sistema general de pensiones, en consecuencia, tiene derecho a la pensión que reclama, por lo tanto, no le asiste razón a Colpensiones en la inconformidad planteada en su apelación.

6

Anexo 1

HISTORIA LABORAL					
	DESDE	HASTA	DIAS	SEMANAS	OBSERVACIONES
INGENIO PROVIDENCIA	04/01/1967	11/01/1967	8	1,14	Fl.33 CD
HDA EL SAMAN	17/04/1967	17/05/1967	31	4,43	Fl.33 CD
URIBE PABLO (RETIRAD	11/08/1970	22/08/1970	12	1,71	Fl.33 CD
INGENIO PROVIDENCIA	24/05/1971	12/02/1976	1.726	246,57	Fl.33 CD
ALBERTO GIRALDO SALA	19/09/1983	20/09/1983	2	0,29	Fl.33 CD
PORCICOLA EL CERRITO	06/12/1983	11/04/1984	128	18,29	Fl.33 CD
INGENIO DEL SUAREZ S	21/11/1984	01/06/1985	193	27,57	Fl.33 CD
AGRÍCOLA EL RINCON Y	25/08/1986	06/08/1987	347	49,57	Fl.33 CD
AGRÍCOLA EL RINCON Y	18/08/1987	18/02/1988	185	26,43	Fl.33 CD
TRAPICHE V LUCIA	22/03/1988	09/02/1990	690	98,57	Fl.33 CD
GAONA PARDO LUIS H	20/03/1990	09/04/1990	21	3,00	Fl.33 CD
GAONA PARDO LUIS H	15/08/1990	22/12/1990	130	18,57	Fl.33 CD
AGRÍCOLA EL RINCON Y	18/01/1991	15/05/1991	118	16,86	Fl.33 CD
AGRÍCOLA EL RINCON Y	05/06/1991	07/01/1992	217	31,00	Fl.33 CD
OLIVARES SAAVEDRA MA	06/03/1992	20/11/1992	260	37,14	Fl.33 CD
CASTILLO ZAMBRANO SE	24/02/1993	13/12/1993	293	41,86	Fl.33 CD
		TOTAL	4.361	623,00	

Por otro lado, en cuanto a *la incompatibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión con la pensión de invalidez* (minuto 17:28 CD Fl. 47) que alega la demandada Colpensiones en su recurso; determina esta Sala que el señor Lizundia manifestó al ISS su imposibilidad de seguir cotizando, por lo que le fue reconocida indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por la suma de \$4.280.015, mediante Resolución No. 2480 de 2004, según la copia de dicho al acto administrativo que reposa en el expediente del actor allegado en CD por Colpensiones visible a folio 33.

Bajo esta óptica si bien el demandante no se puede catalogar estrictamente como pensionado o afiliado al sistema, lo cierto es que tanto la jurisprudencia constitucional como la especializada coinciden en que la prestación de indemnización sustitutiva es una alternativa cuando la persona no logra consolidar el derecho pensional, por tanto, se encuentra protegida al ser una manifestación del derecho a la seguridad social.

Considera la Corporación que no es argumento para negar la prestación pretendida la aplicación del art. 6° del Decreto 1730 de 2001¹, por las siguientes razones: **primero**, porque dicha normativa se refiere a que no será factible contabilizar las semanas cotizadas con anterioridad a la manifestación expresa de acceder a la indemnización, para un reconocimiento pensional posterior, sin que ello evite la posibilidad, que en caso de constatarse que lo que realmente procedía era el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez, sea perfectamente válido otorgar la prestación pensional. (Al respecto ver entre otras Sentencia STL17201-2015); **segundo**, porque también ha indicado la CSJ-SL que *“el hecho de recibir el afiliado la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no impide reclamar esta prestación si el afiliado logra demostrar que tenía derecho a la pensión, que debe ser concedida. Y también ha explicado, en criterio mayoritario, que la circunstancia de recibir el afiliado tal indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no impide la causación de la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios o la de invalidez en su propio caso”* (Rad. No. 34015, 17/07/2009); **tercero**, se trata de dos contingencias diferentes, vejez e invalidez, es decir que su fundamento es independiente, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia **SU-556/2019 en la que expuso**: *“la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que no existe incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de pensión de vejez y la pensión de invalidez, dado que la causa y fundamento de cada derecho es independiente. De una parte, la indemnización sustitutiva es consecuencia de no haber acreditado el número de semanas mínimas de cotización para ser acreedor de la pensión de vejez, a pesar de que el afiliado cuente con la edad legalmente requerida. De otra parte, la pensión de invalidez se causa con la declaratoria de invalidez del afiliado y la acreditación de densidad de semanas de cotización exigida por la norma vigente para adquirir el derecho. Con todo, es preciso aclarar que, como el beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, así como de la pensión de invalidez, es el mismo afiliado, en caso de que se determine que este tiene el derecho que reclama, es procedente ordenar que se efectúe el descuento correspondiente.”*

7

¹ **ARTÍCULO 6o. INCOMPATIBILIDAD.** *Salvo lo previsto en el artículo 53 del Decreto 1295 de 1994, las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez. Las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto.*

En ese orden de ideas, no queda duda que la pensión de invalidez es perfectamente accesible para el afiliado que no alcanzó los requisitos para recibir pensión de vejez, y en razón a ello recibió indemnización sustitutiva, sin embargo, como el beneficiario de ambas prestaciones económicas es el mismo afiliado, resulta procedente se autorizar a Colpensiones para que, en caso de haber realizado efectivamente el pago de la indemnización sustitutiva, proceda a descontar del monto del retroactivo de las mesadas de la pensión de invalidez el valor que haya cancelado.

2. EXCEPCIONES DE FONDO – PRESCRIPCIÓN

De acuerdo a lo anterior, no prosperan las excepciones de fondo propuestas por la demandada, ni siquiera la de prescripción; dado que el dictamen de PCL efectuado por Colpensiones fue notificado el 18 de mayo de 2018 (Fl.3), el que fue objeto de inconformidad por parte del actor, resuelta en primera instancia por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, mediante dictamen de fecha 14 de diciembre de 2018, siendo a partir de la notificación de esta última experticia que inicia la contabilización del término de prescripción trienal, pues *“en tratándose del reconocimiento de la pensión de invalidez, esta solo se torna exigible para el asegurado desde que se emite y se notifica el dictamen de calificación, pues es a partir de tal data que aquél conoce el grado de la afectación a su salud y podría recriminársele su eventual inactividad o incuria en reclamar la prestación, así como considerarse el inicio del término trienal a efectos de que se consolide el fenómeno extintivo”*(CSJ SL-1794/2019); por tanto, dado que este último dictamen data de diciembre de 2018, y el actor presentó en febrero de 2019 la reclamación administrativa ante Colpensiones y en marzo del mismo año la presente demanda, no ha transcurrido el termino de 3 años que exige el artículo 151 del CPTSS.

8

De acuerdo con lo anterior, le asiste razón a la apoderada de la parte demandante en su recurso, por ende, se revocarán parcialmente los numerales 1 y 3 de la sentencia apelada y consultada en lo relativo a que se declaró probada la excepción de prescripción y en su lugar se ordenará el pago de las mesadas pensionales a partir de la fecha de estructuración, es decir a partir del 23 de febrero de 2005.

En cuanto al número de mesadas pensionales, se establece que en los términos del parágrafo transitorio 6° del AL.01/05 el actor tiene derecho a 14 mesadas anuales por haberse causado la pensión antes del 31 de julio de 2011.

En lo referente a los descuentos con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se determina que la Juez primigenia omitió ordenarlos en la sentencia, por lo tanto, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 143 inciso 2° de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 42 inciso 3° del Decreto 692 de 1994, se autorizará a la entidad demandada para que del retroactivo de las mesadas adeudadas, descuenta los aportes que al Sistema corresponde efectuar al demandante para ser transferidos a la entidad a la que se encuentre afiliado o aquella que elija para tal fin, debiéndose adicionar la sentencia en ese sentido.

3. INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN.

El art. 141 de la ley 100 de 1993 concede a los beneficiarios de las pensiones, el derecho a gozar de los intereses moratorios cuando no se les reconoce a tiempo las mesadas correspondientes.

Ahora, para esta Sala de Decisión en el presente asunto no hay lugar a la causación de este concepto, en aplicación del criterio expuesto por la CSJ en sentencias como la SL 704-2013 y SL 4650-2017 en las que se precisó que no hay lugar a ordenar el pago de los referidos intereses en aquellos eventos en que las decisiones de condenar a las administradoras de pensiones al reconocimiento de una prestación pensional surjan de la creación jurisprudencial. De acuerdo con lo anterior, dado que el derecho pensional aquí reconocido se efectuó en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, no se puede predicar que la entidad accionada se encontrara en el deber legal de reconocer la prestación desde el momento en que venció el plazo para resolver la solicitud de la pensión de invalidez (4 meses), por ende Colpensiones no incurrió en la mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ya que su obligación de pagar la pensión surge solo a partir de la decisión adoptada en sede judicial.

Según lo expuesto, la exigibilidad en el pago de las mesadas pensionales en el asunto de marras se produce desde la firmeza de la decisión que ordena el reconocimiento de la pensión, por lo que le asiste parcialmente razón al recurrente en la inconformidad planteada en cuanto a que se absolvió totalmente del pago de este concepto a la entidad llamada a juicio, debiéndose adicionar la sentencia, ordenando que a partir de la ejecutoria de esta providencia se deberán pagar los intereses moratorios al actor.

Así las cosas, con anterioridad a la ejecutoria de esta sentencia sólo procede la indexación de las mesadas adeudadas, por lo que se adicionará igualmente la sentencia, indicando que se ordenará la actualización monetaria entre la causación del retroactivo y la ejecutoria de esta decisión, dado el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo.

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

- 1. REVOCAR PARCILAMENTE** los numerales 1 y 3 de la sentencia apelada y consultada en cuanto a que se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción.
- 2. MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia en el sentido de ordenar el pago de las mesadas pensionales a partir del **23 de febrero de 2005**.
- 3. ADICIONAR la sentencia apelada y consultada para CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor del actor, de intereses moratorios del art. 141 L. 100/93 que se causan a partir de la ejecutoria de esta providencia, los que se liquidaran sobre las mesadas de la pensión especial de vejez adeudadas, y a la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago de las mismas.

4. **ADICIONAR** la sentencia en el sentido de Ordenar a Colpensiones la indexación de las mesadas adeudadas desde el 23 de febrero de 2005, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

5. **ADICIONAR** la sentencia apelada y consultada para autorizar a Colpensiones para que del retroactivo a pagar descuenta la suma correspondiente a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le haya sido reconocida y pagada al señor Julio Lizundia.

6. **ADICIONAR** la sentencia apelada y consultada para **AUTORIZAR** a Colpensiones para que del retroactivo por mesadas adeudadas descuenta los aportes que a salud corresponde efectuar al demandante para ser transferidos a la entidad a la que se encuentre afiliado para tal fin.

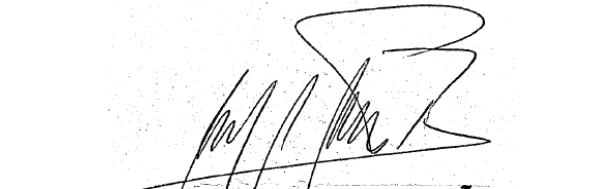
7. **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

8. **SIN COSTAS** en esta instancia.

Los Magistrados,

10


GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL)


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-017-2019-00205-01
DEMANDANTE:	FREDY MERCADO CORRALES
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Consulta - Apelación de Sentencia N° 194 de 19 de septiembre de 2019.
JUZGADO:	Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Incrementos pensionales

APROBADO POR ACTA No. 16
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 70

Hoy, ocho (08) de julio de dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **Dra. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuestos por la parte demandada, así como grado jurisdiccional de consulta a su favor contra la sentencia N° 194 de 19 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **FREDY MERCADO CORRALES** contra **COLPENSIONES**, radicado **76001-31-05-017-2019-00205-01**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, la cual se traduce en los siguientes términos,

SENTENCIA No. 69

1) ANTECEDENTES:

El señor **FREDY MERCADO CORRALES**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES con el fin de obtener el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% en razón a su cónyuge quien depende económicamente de él.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 5-7 demanda y 32-36 contestación de demanda.

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, decidió la primera instancia mediante sentencia No. 194 de 19 de septiembre de 2019 en la que resolvió declarar probada parcialmente la excepción de prescripción, CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a

reconocer y pagar al actor el incremento pensional suplicado a partir del 21 de agosto de 2015 debidamente indexado.

El juzgado de primera instancia señaló que el demandante es beneficiario del régimen de transición y la pensión se le reconoció con fundamento en el Ac. 049 de 1990 aprobado por el D. 758 del mismo año, por ende, tiene derecho a que se le reconozca el incremento pensional que consagra la última normativa citada. Ahora, con relación a la sentencia SU-140 de 2019, precisó que para la fecha en que se presentó la demanda, la posición de la Corte Constitucional era otra, consistente en que los incrementos pensionales se encontraban vigentes, debiendo prevalecer la confianza legítima, como lo ha señalado la Sección Cuarta del Consejo de Estado en providencia del 26 de septiembre de 2016.

2) RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de Colpensiones interpuso y sustentó recurso de apelación en los siguientes términos:

Que los incrementos pensionales se encuentran derogados, conforme a la sentencia SU 140 de 2019 proferida por la Corte Constitucional; precisó que si bien la demanda se presentó con antelación a la expedición de la citada sentencia, la misma no moduló efectos contrario al establecido para los efectos de las sentencias proferida por la Corte Constitucional, es decir, a partir de su promulgación, por ende, se debe dar aplicación a lo allí dispuesto en virtud de la seguridad jurídica.

3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Mediante auto del 18 de junio de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la demandada Colpensiones afirma que los incrementos pensionales contenidos en el Acuerdo 049 del 90 fueron derogados de acuerdo a la sentencia SU 140 de 2019 en virtud del principio de sostenibilidad financiera; por lo cual, no hay lugar a la aplicación de los mismos y solicita al T.S.C. sea revocada la sentencia de primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primero analizar la legalidad de la sentencia en grado jurisdiccional de consulta que a su vez dirimen los argumentos de las apelaciones.

La sentencia consultada y apelada debe **REVOCARSE**, son razones:

DEL STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE:

Mediante resolución No. 5987 de 2004 (fl.12) el ISS le reconoció al demandante la pensión vejez con fundamento en el régimen de transición y el Ac. 049 de 1990 aprobado mediante D. 758 de 1990.

DEL INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% POR CONYUGE A CARGO:

Sobre el asunto de fondo que plantea la decisión, cabe reseñar que esta Corporación venía siguiendo la posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, las sentencias con radicaciones 21517 del 27 de julio de 2005, 29741 y 29751 del 5 de diciembre de 2007 y 55822 del 23 de agosto de 2017, en consonancia con lo expuesto por el Consejo de Estado en decisión del 16 de noviembre de 2017¹, en el sentido que el Acuerdo 049 de 1990 seguía siendo parte integral del sistema de seguridad social de la Ley 100 de 1993 y había lugar al reconocimiento del incremento pensional por derecho propio y cuando se tratara de pensiones de vejez reconocidas en el régimen de transición con fundamento en el Decreto 758 de 1990.

Así mismo, aplicando la doctrina constitucional según sentencias T-217 de 2013, T-831 de 2014, T-319 de 2015, T-369 del 2015, T-395 de 2016 y más recientemente en sentencia T-088/18, se dijo que el incremento por persona a cargo es un elemento de la pensión, que sigue la suerte de las causas que le dieron origen y por lo tanto es imprescriptible, siendo afectadas por ese fenómeno solo las mesadas que no se reclamaban antes de los tres años previos al reconocimiento de dicho incremento.

Sin embargo, sobre este tema se hace menester traer a colación la sentencia SU-140 de 2019, en la que concluye la Corte sobre los incrementos por personas a cargo que traía el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma data que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, estos desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica, y más de ello, por su incompatibilidad con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

La Corte Constitucional ha señalado en múltiple jurisprudencia, la vigencia y validez de la fuerza vinculante del precedente judicial en materia de tutela, señalando que las autoridades públicas, tanto administrativas como judiciales, están obligadas a acatar los precedentes que fije la jurisprudencia constitucional. En ese sentido precisó que si bien es cierto la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la *ratio decidendi*, constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma.

Así, la Sala recoge el criterio que venía sosteniendo sobre la vigencia y reconocimiento de los incrementos pensionales previstos en el Acuerdo 049 de 1990, a pesar de la expedición de la Ley 100 de 1993, acogiendo la nueva postura de la Corte Constitucional en la sentencia de Unificación mencionada, en tanto constituye un precedente aplicable a los supuestos fácticos esbozados, lo que conlleva a que deba revocar la sentencia apelada y consultada, en consideración a que para la fecha en que se causó el derecho a la pensión de vejez, que fue con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, ya habían sido derogados orgánicamente por la mencionada normatividad.

¹ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá, D. C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08).

Es menester señalar que la aplicación de esta jurisprudencia no está supeditado a la fecha en la cual se interpuso la demanda, pues con anterioridad a la expedición de la misma no existía unificación respecto a la vigencia de los incrementos por persona a cargo instituidos en el decreto 758 de 1990. Se resalta que la sentencia SU-310 de 2017, fue anulada, razón por la que no constituye un precedente en la materia que nos ocupa.

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

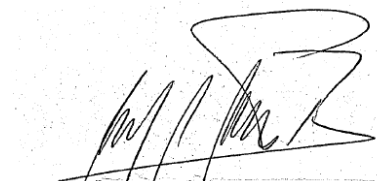
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia consultada y apelada, para en su lugar absolver a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: Las costas de primera y segunda instancia corren a cargo del demandante. En esta instancia se fija la suma de \$200.000 por valor de agencias en derecho.

Los Magistrados,


GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(SALVAMENTO DE VOTO)


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-018-2016-00697-01
DEMANDANTE:	MARÍA GLORIA VILLADA HERNÁNDEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia No. 147 del 17 de julio de 2017
JUZGADO:	Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Pensión de sobrevivientes– Condición más beneficiosa

APROBADO POR ACTA No. 16
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 65

Hoy, ocho (08) de julio de dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **Dra. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia de primera instancia, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor ordenado en la misma providencia, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA GLORIA VILLADA DE HERNÁNDEZ** contra **COLPENSIONES**, radicado **76001-31-05-018-2016-00697-00**

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en los siguientes términos,

S E N T E N C I A No. 64

1) ANTECEDENTES:

La señora **MARÍA GLORIA VILLADA DE HERNÁNDEZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, para que en virtud del principio de la condición más beneficiosa, la actora en su condición de compañera permanente supérstite del señor Gilberto Agudelo Grajales, se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes por cumplir con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049/90, desde el 06 de enero de 2016. Así mismo, se condene al pago de intereses moratorios o subsidiariamente se conceda la indexación de las sumas resultantes y se condene al pago de costas y agencias en derecho a la demandada.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se

encuentran a folios 3-7 demanda, folios 31-36 contestación de la demanda Colpensiones (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Cali desató la litis en primera instancia mediante sentencia en la cual resolvió: **1)** Declarar no probados los medios exceptivos propuestos por la demandada. **2)** Condenar a Colpensiones a pagar a la actora pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del causante Gilberto Agudelo Grajales desde el 06 de enero de 2016, sobre la base de 13 mesadas anuales, en cuantía de 1 SMLMV. **3)** Condenar a Colpensiones a pagar la suma de \$13.982.148 por concepto de retroactivo liquidado entre el 06/01/2016 y el 31/07/2017. **4)** Autorizar el descuento por concepto de aportes con destino al SGSSS. **5)** Autorizar a Colpensiones a descontar del retroactivo, en caso que haya sido cobrada, la indemnización sustitutiva pensional por valor de \$7.012.305. **6)** Condenar a pagar los intereses moratorios del art. 141 L.100/93 a partir del 9 de abril de 2016. **7)** Condenar en costas a la demandada. Se fija como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

El juzgado dieciocho laboral del circuito en primera instancia fundamentó la condena, aduciendo que como la muerte del causante se produce el 06/01/2016, la norma aplicable al presente asunto al L. 100/93 con la modificación efectuada por la L.797/03. Sin embargo, el causante alcanzó a cotizar 707 semanas al sistema de seguridad social, de las cuales 613 semanas fueron cotizadas al 01/04/1994, razón por la cual, se da cumplimiento a los postulados de la Corte Constitucional para el salto normativo de la L.797/03 al D.758/90, por tener cotizadas más de 300 semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la L.100/93, aplicando el principio de la condición más beneficiosa.

Respecto a la calidad de beneficiaria de la pensión, sostiene el *a quo* que la actora logró probar que convivió con el señor Gilberto Agudelo los 5 años anteriores a su muerte, razón por la cual, se le concede la prestación desde el 06/01/2016, omitiendo la prescripción de mesadas, puesto que no alcanzan a transcurrir los 3 años que exige la norma.

En cuanto al monto de la mesada, se obtuvo un IBL inferior al SMLMV, por tanto, se reconoce la mesada por valor de 1 SMLMV. Con relación al retroactivo pensional causado entre el 06/01/2016 hasta el 31/07/2017 asciende a \$13.982.148.

Adicionalmente, el juez primigenio autoriza a Colpensiones a descontar del retroactivo el monto pagado por la indemnización sustitutiva y reconoce los intereses de mora desde el 09/04/2016, dos meses después de efectuada la reclamación (08/02/2016).

Inconforme con la decisión, la parte demandada interpuso recurso de apelación.

2) RAZONES DE LA APELACIÓN DE COLPENSIONES

La parte demandada señala que, la norma aplicable al caso es la L.797/03 y que revisada la historia laboral del causante se observa que el mismo no cuenta con las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento.

Manifiesta que a pesar que en la sentencia del 08/05/2012 Rad.35319 La CSJ justificó la posibilidad de acudir a la condición más beneficiosa en aquellos casos en los que se reclama vigencia de la L.797/03, por virtud del principio de progresividad y en atención a que no existe régimen de transición en pensión de sobrevivientes e invalidez, también ha explicado la

Sala que ello implica aplicar la condición más beneficiosa contenida en la norma inmediatamente derogada, más no escrutar indefinidamente en el pasado hasta encontrar una condición que pueda ser cumplida por quien alega en el mencionado principio que lo beneficia, por ello no podría acudir al Acuerdo 049/90 para justificar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con 300 semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la L.100/93.

Indica que de acuerdo a lo anterior para que el derecho a la pensión de sobrevivientes de un afiliado fallecido en vigencia de la L. 797/03 sea reconocida con el art. 46 L.100/93, respecto a la densidad de semanas cotizadas es indispensable que el peticionario registre 26 semanas de aportes en el último año a la entrada en vigencia de la L.797/03 y en segundo término teniendo en cuenta el momento en que el afiliado haya dejado de cotizar al sistema, debe acreditar 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de su muerte; que revisada la historia laboral del causante se evidencia que el mismo no cuenta con las 26 semanas exigidas a la entrada en vigencia de la L. 797/03, de tal manera que no es beneficiario de la condición más beneficiosa. Por lo anterior solicita al TSC revoque la sentencia apelada y absuelva a la entidad de las pretensiones.

3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Mediante auto del 18 de junio de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la parte demandante sostiene que se debe aplicar al caso el principio de la condición más beneficiosa sin exigir el cumplimiento del test de procedibilidad instituido en la sentencia SU 005 de 2018, teniendo en cuenta la dicha providencia no era de conocimiento público al momento de presentarse la demanda ni a la fecha de la proferida sentencia.

Por su parte, la entidad demandada aduce que fue reconocida y pagada en favor de la demandante la indemnización sustitutiva en razón del fallecimiento del señor Gilberto Agudelo, lo cual, la hace incompatible con la pensión de vejez, según el art. 6 del Dcto. 173 de 2001. Aunado a ello, sostiene que el causante no dejó causado el derecho, puesto que no cuenta con las 50 semanas dentro de los últimos tres años anteriores al fallecimiento. Ahora bien, en virtud de la condición más beneficiosa, la jurisprudencia ha reiterado que dicho principio no da lugar a una regresión histórica normativa, lo que impide analizar el caso a la luz de las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990.

Recibido el expediente y surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La sentencia apelada y consultada debe **REVOCARSE** son razones:

En el caso de autos no se discuten los siguientes hechos: **1) Fallecimiento**

del señor GILBERTO AGUDELO GRAJALES el 06 de enero de 2016 (fl.14). **2)** Que entre el causante y la demandante procrearon dos hijos llamados Lideride y Libardo Agudelo Villada, nacidos el 29 de enero de 1982 y el 23 de marzo de 1985, respectivamente (Fl.15-16). **3)** Petición de reconocimiento de pensión de sobrevivientes a Colpensiones efectuada por la demandante el 8 de febrero de 2016, en calidad de compañera permanente del causante (Fl.9). **4)** Que a través de Resolución No. GNR 86654 de 2016 Colpensiones le reconoció la calidad de beneficiaria del causante y le otorgó indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por no contar el afiliado con la densidad de semanas exigida por el art. 46 de la L.100/93, modificado por el art. 12 L.797/03 (fl.11).

1. NORMA APLICABLE Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA EN MATERIA DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

No existe duda que al fallecer el señor Gilberto Agudelo el 06 de enero de 2016 (fl. 14), la norma vigente es la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, sin que el causante hubiera cumplido con el requisito de las 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, toda vez que la última cotización la realizó el 30 de noviembre de 2001, alcanzando un total de 707,86 semanas en toda la vida laboral (fl. 64).

Ello da lugar a realizar el estudio bajo los requerimientos del art. 46 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, conforme al alcance que tanto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como la Corte Constitucional, le han otorgado al principio de la condición más beneficiosa, con el que se propende por dar protección pensional a quienes no cumplieron la densidad de semanas requeridas en la norma vigente al momento de producirse la contingencia de la muerte o la invalidez, pero sí acreditaban el número de semanas cotizadas exigidas en la normatividad anterior.

Se ha de aclarar que según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4650-2017, la condición más beneficiosa tiene un carácter excepcional, por lo tanto su aplicación es restringida y temporal, razón por la cual en dicha providencia trazó los lineamientos para la concesión de las pensiones en aplicación de este principio cuando se cumplan los requisitos de cotización y acaecimiento de la muerte del afiliado entre el 29 de enero de 2003 – 29 de enero de 2006, periodo en el cual sostuvo que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos; pues bien, descendiendo al caso bajo estudio, en cuanto a la ocurrencia del deceso se tiene que la muerte del causante no se enmarca en ese periodo (06/01/2016), así como tampoco se da la satisfacción del segundo requisito, ya que revisada la historia laboral del señor Gilberto Agudelo se precisa que este no acredita la densidad de semanas que exigía la Ley 100/93 en su versión original, al no haber cotizado 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento, ya que no cotizó ninguna semana durante dicho lapso (fl. 64).

Ahora bien, frente a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, esta Sala de Decisión había adoptado el criterio instituido por la Corte Constitucional en sentencia SU 442 de 2016, pese a lo anterior, y ante el ajuste jurisprudencial a la interpretación del principio de la

condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes que realizó la Corporación en sentencia SU 005 de 2018, asume la posición mayoritaria de esta Sala este cambio jurisprudencial, en consecuencia se acoge al criterio en ella expuesto.

Así entonces, se tiene que a través de la sentencia SU-005 de 2018, expedida por la Corte Constitucional, la corporación ajustó la jurisprudencia en el entendido que: *“sólo respecto de las personas vulnerables resulta proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar, de manera ultractiva, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 -o regímenes anteriores- en cuanto al requisito de semanas de cotización, para efectos de valorar el otorgamiento de dicha prestación económica, aunque la condición de la muerte del afiliado hubiese acaecido en vigencia de la Ley 797 de 2003”*.

En el referido fallo se dejó sentado por el Alto Tribunal, que la regla dispuesta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, relacionada con la aplicación de la condición más beneficiosa de afiliados que fallecen bajo la vigencia de la ley 797 de 1993, únicamente para aplicación ultractiva de la norma inmediatamente anterior, esto es la Ley 100 de 1993, resulta desproporcionada y contraria a los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, cuando quien pretende acceder a la pensión de sobrevivientes es una persona vulnerable, pues si bien no adquirieron el derecho en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, los aportes del afiliado, bajo dicho régimen, dieron lugar a una expectativa que, por las circunstancias particulares, amerita protección constitucional.

Se hace claridad en la providencia que se consideran como personas vulnerables aquellos individuos que hayan superado el test de procedencia, esto es, las personas en quienes confluyan circunstancias que *“(i) les permitan pertenecer a un grupo de especial protección constitucional o en quien confluyan múltiples riesgos tales como pobreza extrema, discapacidad, enfermedades graves, analfabetismo etc., (ii) para quienes el desconocimiento de la pensión de sobrevivientes afecta directamente su mínimo vital, (iii) dado que dependía económicamente del afiliado que falleció y (iv) quien no realizó las cotizaciones en los últimos años de su vida por una imposibilidad insuperable, tienen una afectación intensa a sus derechos fundamentales y, por tanto, la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia resulta, para ellos en particular, desproporcionada y, por tanto, contraria a la Constitución”*.

Así entonces, una vez realizado el test de procedencia en sub examine determina esta Sala que la demandante pertenece a un grupo de especial protección, ya que la señora Villada de Hernández en la actualidad cuenta con 67 años - fl. 12- (tercera edad).

Ahora en cuanto al tópico relativo a la *afectación directa de la satisfacción de necesidades básicas*, se encuentra probado con el expediente administrativo de la señora Villada que milita a folio 43, con los manifestado por los testigos Juan de Jesús Grajales (minuto 7:15) y Miriam Iris Correa (minuto 10:42) en la audiencia de trámite y juzgamiento e incluso con la consultada efectuada por la Sala en el RUAJF, que la demandante cuenta con una fuente autónoma de renta proveniente de la pensión de vejez reconocida por el ISS-Colpensiones en el año 2008, por lo que se establece que no hay una afectación al mínimo vital generado por la ausencia del reconocimiento de la prestación que aquí se deprecia.

Respecto a la tercera condición exigida por el test, dado que la actora percibe ingresos por cuenta de su pensión de vejez desde el 02 de junio de 2008, es decir antes del fallecimiento del causante, no se logra probar su dependencia económica respecto a este, a contrario sensu se determina que el de cujus dependía económicamente de la demandante, pues así se desprende de las copias del proceso de incremento pensional por compañero permanente a cargo radicado No. 76001-41-05-009-2012-00189-00, promovido por la señora Villada Hernández ante el Juzgado Noveno Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Cali, que militan en el expediente administrativo y en el cual se condenó a la entidad a reconocer un incremento del 14% en la mesada, por lo tanto, tampoco supera la actora esta condición del test.

En lo atinente a establecer que el afiliado fallecido se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el SGP para la adquisición del derecho a la pensión de sobrevivientes, según se expuso en la sentencia Su 005/2018 este requisito fue creado mediante dicha providencia, por lo que la existencia de estas situaciones se infiere de las condiciones de edad del causante y ausencia ingresos por cuenta de un empleo al momento de su muerte.

Por último, en lo referente a establecer que la actora tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión, se establece sobre este tópico que la demandante fue diligentes en las gestiones adelantadas, ya que el deceso del señor Agudelo acaeció en enero de 2016, la reclamación administrativa data del mes de febrero del mismo año, el acto administrativo de Colpensiones mediante el cual se niega la prestación es de marzo de 2016 y la demanda se radicó en julio de dicho año.

De acuerdo con lo anterior, al no encontrarse acreditadas todas las condiciones previstas en el test de procedencia, se concluye que la demandante no lo supera con el fin de que le sea aplicado el Decreto 758 de 1990, en virtud de la condición más beneficiosa.

Así las cosas, toda vez que el señor GILBERTO AGUDELO GRAJALES, no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes bajo la Ley 797 de 2003, norma vigente al momento de su fallecimiento, tampoco en aplicación de la Ley 100 de 1993 en su versión original, y ante la imposibilidad de aplicar el Decreto 758/1990 bajo la nueva posición de la Corte Constitucional en la sentencia SU-005 de 2018, habrá de revocarse la sentencia recurrida por no asistirle derecho a la demandante al reconocimiento de la prestación pretendida.

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

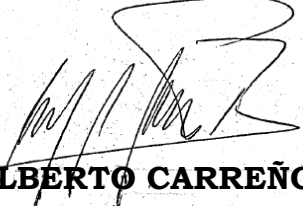
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia consultada y apelada y en su lugar absolver a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Los Magistrados,


GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(SALVAMENTO DE VOTO)


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)