

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OLGA ROCIO DAZA PARADA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA

En Bogotá, D.C., a los veinticuatro (24) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería al abogado Miguel Ángel Cadena Miranda quien se identifica con C.C. No 1.012.459.669 y la T.P. No. 366.614 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones y Porvenir SA contra la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2022, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Olga Rocío Daza Parada, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir SA y Protección SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión al deber de información. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, rendimientos financieros y gastos de administración; debiendo Colpensiones recibir y mantener su afiliación en el RPMPD, sin solución de continuidad. Asimismo, se condene al pago de las costas del proceso, y a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 19 de enero de 1968; se afilió al ISS de octubre de 1986 a septiembre de 1999; en agosto de 1999 fue visitada en su sitio de trabajo por asesores de la AFP Colmena, hoy Protección SA, quienes le ofrecieron beneficios superiores a los que obtendría en el RPMPD; los asesores de la época no le brindaron información sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS; en agosto del 2000 los asesores de Porvenir SA tampoco le informaron acerca de las características, condiciones, efectos y riesgos de cada régimen, promoviendo su traslado a dicha AFP; presentó solicitud de ineficacia de traslado ante las AFP; en similares términos presentó reclamación ante Colpensiones; obteniendo sendas respuestas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 05 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la reclamación presentada y la respuesta emitida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la solicitud de reconocimiento pensional, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica.

Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 06 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, la petición presentada y su respuesta; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

A su turno, Protección SA presentó contestación en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 07 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, la solicitud presentada y su respuesta; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y

porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 13 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia de la vinculación de la actora al RAIS, a través de la AFP Colmena, hoy Protección SA, efectuada en el año 1999. Declaró que la demandante nunca se vinculó al RAIS y siempre permaneció en el RPMPD. Ordenó a Porvenir SA trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses, rendimientos financieros, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados. Ordenó a Protección SA a devolver a Colpensiones, lo que haya deducido por concepto de gastos de administración, debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones recibir a la actora como su afiliada, actualizando y corrigiendo su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Se abstuvo de imponer condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, Colpensiones y Porvenir SA interponen recursos de apelación, así: Porvenir S.A. adujo que el traslado de régimen pensional de la actora se efectuó de manera voluntaria, sin presiones e informada, de conformidad con la normatividad vigente para el año 1999; además, la accionante pudo verificar la información en cualquier momento acudiendo a la Ley 100 de 1993. Agregó que a la promotora de la litis le asisten unos deberes como consumidora financiera, lo que le imponía actuar con mediana diligencia sobre el acto jurídico del traslado. Dijo que los formularios de afiliación no fueron tachados de falsos y que la demandante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS al no haber retornado al RPMPD con anterioridad. Afirmó que no es procedente la devolución de los rendimientos ya que, al declarar

la ineficacia de traslado, esto supone que la afiliación nunca se dio y no se generaron rendimientos, además, estos son propios del régimen privado. Añadió que tampoco es procedente restituir los gastos de administración, dado que fueron usados para la correcta administración de los recursos y ya no se encuentran en su poder. Finalmente, manifestó que no se pueden devolver dichos emolumentos indexados porque se generaría en una doble condena.

Por su parte, Colpensiones manifestó que no se logró demostrar una omisión al deber de información en cabeza de los fondos privados. Asimismo, indicó que el motivo principal para solicitar la ineficacia del traslado es netamente económico, por lo cual, si se confirma la decisión de primer grado, se afectaría la sostenibilidad financiera del sistema. Pro último, afirmó que Colpensiones es un tercero de buena fe que no incidió en el traslado de régimen.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos expuestos en su respectiva apelación.

El extremo demandante presentó alegatos en esta instancia, solicitando se confirme la sentencia de primer grado.

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

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones y Porvenir SA al momento de sustentar sus recursos de apelación, y en consulta aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la

prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas son las AFP demandadas quienes tienen la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo "los asesores de la época no le brindaron información sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, Rad. 56174, 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP a los afiliados, sin distinciones de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Colmena, hoy Protección SA, al momento del traslado

del régimen pensional, efectuado el 18 de agosto de 1999. Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Pues bien, la representante legal de Protección SA, al absolver interrogatorio de parte, indicó que a la accionante se le brindó asesoría verbal y que la única prueba que existe de ésta es el formulario de afiliación. A su turno, la demandante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que en el año 1999 trabajaba en la alcaldía de Chía y allí fue visitada por asesores de distintos fondos, quienes le indicaron que trasladarse era la mejor opción, que el ISS se iba a acabar, que iba a tener mejores rendimientos; el asesor les dijo que pasarían los recursos, pero no les dio más información.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Colmena, hoy Protección SA, al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Sobre el particular, cabe señalar que, contrario a lo indicado por Porvenir SA en su apelación, no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia de la afiliada al RAIS, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 18 de agosto de 1999, fecha de suscripción del formulario de afiliación con la AFP Colmena, hoy Protección SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Colmena, hoy Protección SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable la afiliada debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que

otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por las recurrentes relativas a que la actora podía verificar la información acudiendo a la Ley 100 de 1993 y que incumplió con sus obligaciones como consumidora financiera; ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado. Fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio de la afiliada de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019

del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia extunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; por lo que no es de recibo la tesis planteada por Porvenir SA en su apelación, referente a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que fueron usados para la correcta administración de los recursos y ya no se encuentran en su poder; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus

propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En lo que respecta a la inconformidad planteada por Porvenir SA frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y por ello la necesidad de traerlos a valor presente; además sobre los aportes si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido por el a quo. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos; lo que impone modificar la decisión apelada y consultada en este punto.

Siguiendo con el análisis del problema jurídico planteado, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiese realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional y su actuar estuviese revestido de buena fe, dadas las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se modificará la decisión apelada y consultada en los términos previamente indicados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP accionadas, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

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

R E S U E L V E

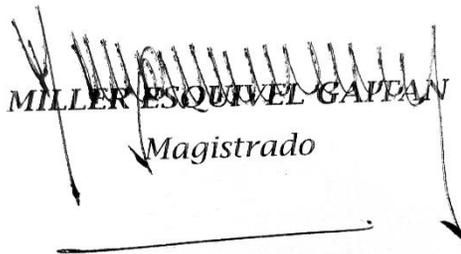
Primero.- *Modificar el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que la indexación ordena a Porvenir SA opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo concedido en el ordinal siguiente; conforme a lo considerado.*

Segundo.- Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Protección SA y a Porvenir SA el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

Tercero.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

Cuarto.- Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho, a cargo de cada una de ellas.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FANNY TAMAYO BASTIDAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA, LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA

En Bogotá, D.C., a los veinticuatro (24) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y las AFP Porvenir SA y Skandia SA contra la sentencia proferida el 2 de noviembre de 2022, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Fanny Tamayo Bastidas, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Skandia SA, Protección SA y Porvenir SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, así como de los traslados horizontales efectuados entre AFP, dada la omisión al deber de información. En consecuencia, se condene a Protección SA a trasladar a Colpensiones los aportes obligatorios, rendimientos financieros, bono pensional e intereses; debiendo Colpensiones recibir dichos emolumentos y actualizar su historia laboral; sin que Protección SA deduzca costos administrativos o del fondo de solidaridad. Asimismo, se condene al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 4 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 3 de noviembre de 1964; inicialmente realizó cotizaciones al ISS; las AFP accionadas no le suministraron información clara sobre las condiciones de cada uno de los regímenes, ni le realizaron una proyecciones de su mesada pensional; presentó reclamación ante las AFP solicitando información sobre la asesoría que le brindaron al momento del traslado, así como la declaratoria de ineficacia del traslado, obteniendo respuestas negativas; presentó reclamación ante Colpensiones en similares términos, recibiendo respuesta negativa; las accionadas no suministraron información necesaria, suficiente, eficaz, completa, oportuna, y comprensible incumpliendo con su deber de información.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 19 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, la reclamación presentada y la respuesta emitida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de

la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica.

A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 13 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y la solicitud presentada; sobre las restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Protección SA contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda (archivo 15 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su traslado al RAIS, la solicitud presentada y la respuesta dada; sobre las restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuesto las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

Skandia SA contestó oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda (archivo 11 del expediente digital). No aceptó ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento

de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

Skandia SA llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros SA, quien contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Propuso las excepciones que denominó el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA, prescripción de la acción de nulidad, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 43 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, mediante la AFP Porvenir SA. Condenó a las AFP demandadas a trasladar a Colpensiones el saldo total de la cuenta de ahorro individual, incluyendo rendimientos financieros, sin descontar suma alguna, debidamente indexados y comisiones. Absolvió a la llamada en garantía de todas las pretensiones formuladas en su contra. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, Colpensiones y las AFP Skandia SA Y Porvenir SA interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA argumentó que la demandante realizó el traslado de régimen de manera válida, sin presiones, informada, consciente y espontánea. Dijo que su actuar ha estado revestido de

buena fe y que no es posible devolver los rendimientos y gastos de administración ya que son propios y exclusivos del régimen privado.

Skandia SA manifestó que, las primas de seguros previsionales fueron giradas a la aseguradora, quien brindó la correspondiente cobertura, lo que impide su devolución y, en caso de confirmarse esta condena, debe ser la llamada en garantía quien responda por ella. Indicó que tampoco es posible devolver los gastos de administración, los cuales fueron descontados por disposición legal y como contraprestación por la gestión realizada, en virtud de la cual se generaron altos rendimientos. Aseguró que la indexación de las sumas y la devolución de los rendimientos genera una doble condena. Solicitó que se declare probada la excepción de prescripción.

A su turno, Colpensiones argumentó que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003. Agregó que el traslado de la actora se dio de forma libre y voluntaria; y que se debe salvaguardar el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

La llamada en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros SA presentó alegatos solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las partes al momento de sustentar sus recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 58 años de edad, en tanto nació el 3 de noviembre de 1964, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 03 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda, como insistentemente lo ha dicho la sala, que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 21 de noviembre de 1994, con destino a la AFP Porvenir SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas son las AFP demandadas quienes tienen la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo "las accionadas no suministraron información necesaria, suficiente, eficaz, completa, oportuna, y comprensible incumpliendo con su deber de información", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, Rad. 56174, 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de

las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP a los afiliados, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 21 de noviembre de 1994. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

La demandante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que, en el año 1994, para ingresar a trabajar a una empresa temporal, el departamento de recursos humanos le pasó su contrato de trabajo y el formulario de afiliación, sin preguntarle si estaba afiliada a otro fondo, sólo le dijeron que era los mismo que cualquier otro régimen. Indicó que no había ningún asesor por parte de la AFP que le brindará información al momento de la vinculación.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir SA, al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes

citada. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes."

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional.

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta

declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por las AFP recurrentes, relativos a que estos valores fueron descontados por disposición legal, como contraprestación por la gestión adelantada, o no se encuentran en su poder; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con

prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

De conformidad con el criterio jurisprudencial antedicho, resulta claro que corresponde a Skandia SA asumir, con cargo a su propio patrimonio, lo descontando por concepto de gastos de administración, en los que se incluye el valor del seguro previsional; como acertadamente lo concluyó el a quo. Imponiéndose confirmar la absolución impartida respecto de la llamada en garantía, ya que “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.” (Sentencia del 9 de septiembre de 2008 con radicado No. 31989).

En lo que respecta a la inconformidad planteada por Skandia SA frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y por ello la necesidad de traerlos a valor presente. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos, como acertadamente lo concluyó el a quo; lo que impone confirmar la decisión apelada y consultada en este punto.

Siguiendo con el análisis del problema jurídico planteado, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiese realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional y su actuar estuviese revestido de buena fe, dadas las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Protección SA, Porvenir SA y Skandia SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

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

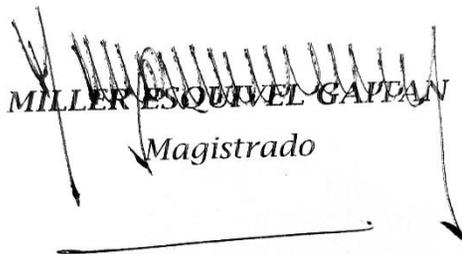
R E S U E L V E

Primero.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Protección SA, a Porvenir SA y a Skandia SA el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

Tercero.- Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes (AFP Skandia S.A ., Porvenir S.A. y Colpensiones). Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho, a cada una de ellas.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ORIOL CARDONA PAVA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y COLFONDOS SA PENSIONES Y CEASNTÍAS

En Bogotá, D.C., a los veinticuatro (24) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada Aida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con C.C. No 37.627.008 y la T.P. No. 221.228 del CS de la J, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones la sentencia del 1° de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Oriol Cardona Pava, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Colfondos SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se ordene a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos e intereses, así como los rendimientos causados; debiendo Colpensiones activar su afiliación en el RPMPD sin solución de continuidad. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 27 de marzo de 1959; realizó cotizaciones al ISS desde el 19 de febrero de 1987 hasta el 31 de octubre de 2000; se afilió a Colfondos SA el 31 de enero de 1995; el asesor de la AFP no le brindó información sobre los requisitos para obtener una pensión por vejez, las ventajas y desventajas de su afiliación, ni acerca de las modalidades de pensión en el RAIS; solicitó ante las accionadas la anulación de su traslado de régimen, obteniendo respuestas negativas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 12 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la afiliación de la actora a Colfondos SA, la reclamación presentada y su respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa

propuso las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Colfondos SA presentó contestación oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 07 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la solicitud presentada por la accionante y la respuesta emitida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 22 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, el 31 de enero de 1995. Condenó a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a gastos de administración, primas de seguros previsionales, así como lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Condenó a Colpensiones a aceptar los dineros trasladados y a actualizar la historia laboral del actor. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Colfondos SA.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia argumentando que no es procedente el traslado de régimen solicitado por el actor.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones a efectuar el estudio de la sentencia proferida en primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 69 del CPT y SS.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Sea lo primero señalar que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, efectuado por intermedio de la AFP Colfondos SA, decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha Administradora de Fondos de Pensiones, mostrándose conforme al respecto; razón por la cual, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar exclusivamente la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, al no haberse recurrido la decisión de primer grado; precisando que era Colfondos SA quien tenía la información que debió suministrar al demandante, por ser la que promovió su afiliación al RAIS.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad o ineficacia es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original. De igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos

rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP accionada por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el demandante, imponiéndose confirmar la decisión consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

“Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.”

En atención a lo anterior, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de prima media,

que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiese realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, dadas las consecuencias de la declaratoria de ineficacia; debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998). Enfatizando que las eventuales prestaciones económicas a cargo de Colpensiones, no resultan gratuitas o una sanción, pues para ello se ordenó la entrega de los dineros de la cuenta de ahorro individual del accionante, que bien puede ser superiores a los que se habrían obtenido en RPMPD.

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Colfondos SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

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

R E S U E L V E

Primero.- *Adicionar la sentencia consultada en el sentido de conceder a Colfondos SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia consultada.*

Tercero.- *Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

~~MILLER ESQUIVEL GAYDAN~~
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MÓNICA ORDÓÑEZ GARZÓN CONTRA FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los veinticuatro (24) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada Fundación Hospital San Carlos contra la sentencia del 6 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del asunto de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Mónica Ordóñez Garzón, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y a la Fundación

Hospital San Carlos, para que se condene a reliquidar su pensión convencional, teniendo en cuenta la base salarial de \$156.080,00, desde el 16 de noviembre de 1993. Asimismo, se condene al pago de las mesadas 13 y 14; junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: trabajó con la Fundación Hospital San Carlos desde el 18 de octubre de 1978 hasta el 15 de noviembre de 1993, desempeñando el cargo de ayudante de enfermería; mediante acta No. 2.453 del 22 de octubre de 1993 la Fundación Hospital San Carlos le reconoció pensión convencional, en cuantía inicial de \$135.400,00, por 14 mesadas al año; a través de Resolución GNR 099548 del 18 de mayo de 2013 Colpensiones le otorgó pensión de vejez, con una mesada en cuantía inicial de \$793.504,00, efectiva a partir del 1° de junio de 2013; al momento de reconocérsele pensión de vejez, la mesada de su pensión convencional ascendía a \$928.500,00, por lo que la prestación pasó a ser de carácter compartido; el 14 de octubre de 2015 solicitó ante la Fundación Hospital San Carlos la reliquidación de su pensión convencional, obteniendo respuesta negativa; desde que Colpensiones reconoció el pago de la pensión de vejez, la Fundación Hospital San Carlos cesó el pago de la mesada 14.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna (archivo 01 del expediente digital), oponiéndose a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó la calidad de pensionada por vejez que ostenta la actora; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones

administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

A su turno, encontrándose dentro término legal, la Fundación Hospital San Carlos dio contestación a la demanda en escrito incorporado en el archivo 01 del expediente digital, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos aceptó el reconocimiento de la pensión de jubilación a favor de la actora, la reclamación presentada por ésta y la respuesta emitida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de obligación alguna por parte de la Fundación Hospital San Carlos dentro del presente caso, error del demandante en la apreciación del salario devengado para el año 1993, inexistencia del derecho a reclamar las mesadas 13 y 14, cobro de lo no debido, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 24 del expediente digital), en la que declaró que, a partir del 1° de julio de 2017, el mayor valor de la pensión de jubilación reconocida a la demandante a cargo de la Fundación Hospital San Carlos respecto de la pensión de vejez otorgada por Colpensiones, corresponde a \$92.074,00. Condenó a la Fundación Hospital San Carlos a pagar a la actora el retroactivo del mayor valor causado entre el 1° de julio de 2017 y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo y se incluya en nómina, retroactivo que al 30 de marzo del 2022, a razón de 13 mesadas, corresponde a \$5.828.416,00, suma que deberá pagarse debidamente indexada. Condenó a la Fundación Hospital San Carlos a pagar a la demandante la mesada 14 o mesada adicional de junio de la pensión de jubilación convencional, a partir de junio de 2017 en la misma cuantía que ha reconocido la mesada pensional, la cual ascendía para tal fecha a \$1.038.087,00, con los reajustes anuales correspondientes. Condenó a la Fundación Hospital San Carlos a pagar a Mónica Ordóñez Garzón el retroactivo de la mesada 14 o mesada adicional de junio, causado entre junio de 2017 y la fecha en que se incluya en nómina, debidamente indexado y que a junio de 2021 asciende a \$5.566.716,00, monto que deberá indexarse al

momento del pago. Absolvió de las restantes pretensiones formuladas. Declaró parcialmente probada la excepción de cobro de lo no debido propuesta por la Fundación Hospital San Carlos frente a la reliquidación y no probadas las demás. Declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido propuestas por Colpensiones. Condenó en costas a la Fundación San Carlos y a favor de la demandante. Condenó en costas a la demandante y a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la demandada Fundación Hospital San Carlos interpone recurso de apelación argumentando que no es procedente el reconocimiento del retroactivo pensional a partir de julio de 2017, ni el pago de la mesada 14, como tampoco la indexación de las sumas. Solicitó que se absuelva de la condena en costas.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la Fundación Hospital San Carlos presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación.

La parte demandante, así como Colpensiones, presentaron alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión del a quo.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la demandada Fundación Hospital San Carlos al momento de sustentar su recurso de apelación.

CALIDAD DE PENSIONADA DE LA DEMANDANTE

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que la Fundación Hospital San Carlos otorgó a Mónica Ordóñez Garzón, una pensión de jubilación

convencional, a partir del 16 de noviembre de 1993, en cuantía inicial de \$135.400,00, según se desprende del acta No. 2.453 del 29 de octubre de 1993 (archivo 01 del expediente digital).

De igual manera, está probado que, mediante Resolución GNR 099548 del 18 de mayo de 2013, inicialmente Colpensiones concedió a la accionante una pensión de vejez, en cuantía inicial de \$793.504,00, a partir del 1° de junio de 2013, teniendo en cuenta 1.567 semanas cotizadas, con arreglo a las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, como beneficiaria del régimen de transición (archivo 01 del expediente digital). Esta prestación fue reliquidada a través de la Resolución GNR 297716 del 10 de octubre de 2016, concediéndola en cuantía inicial de \$796.156,00, a partir del 22 de junio de 2013 (archivo 01 del expediente digital).

Tampoco es objeto de discusión que, por medio de Resolución SUB 145593 del 31 de julio de 2017, Colpensiones revocó los Actos Administrativos GNR 099548 del 18 de mayo de 2013 y GNR 297716 del 10 de octubre de 2016, en el sentido de establecer que la pensión de vejez de la accionante tiene el carácter de compartida con la prestación reconocida por la Fundación Hospital San Carlos, por lo que ajustó el valor de la mesada en cuantía de \$946.013,00, ajuste efectivo a partir del 1° de agosto de 2017 (archivo 01 del expediente digital). Con fundamento en esta decisión, a través de Resolución SUB 280861 del 6 de diciembre de 2017, Colpensiones dispuso ordenar a la actora el reintegro de los valores pagados por diferencias pensionales desde el 1° de junio de 2013 hasta el 30 de julio de 2017.

Asimismo, está demostrado que, a partir del 1° de julio de 2017 la Fundación Hospital San Carlos cesó el pago del mayor valor entre la pensión de vejez reconocida y la de jubilación convencional que venía pagando, aduciendo que “Conforme Resolución SUB 145593 del 31 de julio de 2017, emitida por Colpensiones, la acá demandante dejó de tener una pensión a cargo de mi representada”; tal como lo aceptó al dar contestación a la demanda y que se corrobora con los desprendibles de pago incorporados en el archivo 01 del expediente digital.

COMPARTIBILIDAD PENSIONAL - RETROACTIVO PENSIONAL

A fin de resolver la inconformidad de la recurrente, sea lo primero señalar que la pensión de jubilación otorgada a la promotora de la litis por parte de la Fundación Hospital San Carlos tuvo su fuente en el artículo 19 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre esa entidad y "ANTHOC", con vigencia 1992-1994, y se reconoció a partir del 16 de noviembre de 1993. En otras palabras, dicha prestación convencional se concedió con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de ese mismo año, el cual en su artículo 5° dispuso:

"ARTÍCULO 5°. Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del Decreto que apruebe este Acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.

La obligación de seguir cotizando al seguro de invalidez, vejez y muerte, de que trata este artículo, sólo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguros Sociales.

Parágrafo 1°. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales."

Luego, las pensiones convencionales causadas con posterioridad al 17 de octubre de 1985 tienen el carácter de compartibles con las de vejez otorgadas por el ISS, hoy Colpensiones, lo cual opera por ministerio de la ley, quedando a cargo del empleador el mayor valor, si lo hubiere; a menos que en la Convención Colectiva de Trabajo se hubiese excluido esa compartibilidad por las partes. Aspecto sobre el cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de manera pacífica y reiterada, entre otras, en la sentencia SL2437 del 6 de junio de 2018, en la que sostuvo:

"[...] lo cierto es que la compartibilidad pensional, en el caso de pensiones de carácter convencional, opera por ministerio de la ley, en aquellos eventos en que el derecho pensional se estructure -como en el sub lite, el 12 de noviembre de 2002- con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985, normatividad que consagró la compartibilidad de pensiones de carácter extralegal con las de vejez que llegare a reconocer el ISS."

De manera que, al ser la pensión de jubilación otorgada a la actora por parte de la Fundación Hospital San Carlos de carácter convencional, y su reconocimiento haberse efectuado con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985 emanado del ISS, sin que se hubiese acreditado pacto o acuerdo entre las partes respecto de la no compartibilidad pensional; es claro para la Sala que dicha prestación resulta compatible con la pensión de vejez a cargo de Colpensiones.

Adicionalmente, recuérdese que en el mismo artículo 19 convencional se estableció que “La FUNDACIÓN continuará aportando al ISS por los riesgos de vejez y cuando el trabajador cumpla los requisitos exigidos por el ISS y tenga derecho a la pensión de vejez, la reclamará al ISS y la FUNDACIÓN reconocerá únicamente las diferencias de las mesadas pensionales que no cubre el ISS”.

Por lo expuesto, no cabe duda que la Fundación Hospital San Carlos debe continuar pagando el mayor valor entre la pensión de vejez reconocida por Colpensiones y la de jubilación convencional, de cuyo pago se sustrajo a partir del 1° de julio de 2017, y que para esa anualidad correspondía a \$92.074,00 mensuales, más la mesada adicional de junio o mesada 14, como acertadamente lo concluyó el a quo.

Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado en este punto.

INDEXACIÓN DE LAS SUMAS DEBIDAS

Con respecto a esta inconformidad, cumple recordar que nuestra economía se caracteriza por su inestabilidad y por el deterioro progresivo del poder adquisitivo del dinero, y ha sido posición reiterada de la jurisprudencia reconocer la aplicabilidad de la teoría de la indexación como paliativo a dicha pérdida adquisitiva aduciendo razones de justicia y equidad, que debe ser asumida por el deudor moroso y de esta manera evitar perjuicios al acreedor. Así es oportuno rememorar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 13 de noviembre de 1991:

“Con apoyo en la perceptiva (el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y el 19 del Código Sustantivo del Trabajo, se aclara), la jurisprudencia de la Sala Laboral

de esta Corte, desde la referida sentencia del 18 de agosto de 1982, ha venido sosteniendo la posibilidad, de aplicar a los créditos de origen laboral, la corrección o actualización de la moneda. El soporte de esta doctrina ha sido varios: los principios del derecho del trabajo, en cuanto criterios de valoración inmanentes a esta rama del derecho, portadora, por antonomasia, de una intención cautelar y defensora de los precarios intereses del trabajador, en consideración a que es un sujeto que normalmente no cuenta sino con su fuerza de trabajo para subsistir, enajenándola al empleador, la jurisprudencia, principalmente de la Sala Civil de esta Corporación, que desde un tiempo un poco anterior, enfrentó el análisis de la incidencia de la inflación en las obligaciones diferidas de carácter civil; en los principios de equidad y justicia, comunes, a no dudarlo, a todas las ramas del derecho y en particular a la laboral; en la consagración positiva de la corrección monetaria, en variados campos de la actividad civil en nuestro país, en la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, así como también en la escasa producción doctrinaria al respecto; en las normas reguladoras del pago, también indudablemente comunes al derecho ordinario y al trabajo, en cuanto a dicho monto de extinguir las obligaciones tiene que ver con todo tipo de éstas, cualquiera sea su origen; y, en fin, en los principios de enriquecimiento injusto y el equilibrio contractual, fundantes de la doctrina elaborada sobre el tema por la jurisprudencia civil, pero en ningún modo ajenos a los criterios del derecho laboral.”

Como en el caso estudiado a la actora se le reconocen unas diferencias pensionales y mesadas adicionales causadas desde el año 2017, dichos valores deberán ser actualizados al momento en que se realice el pago del retroactivo por parte de Fundación Hospital San Carlos; razón por la cual se confirmará la decisión recurrida en este sentido.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso la Fundación Hospital San Carlos ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda,

debe la Fundación Hospital San Carlos asumir el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia. Argumentos por los que, igualmente, se condenará al pago de las costas de esta instancia, dada la improsperidad del recurso de apelación.

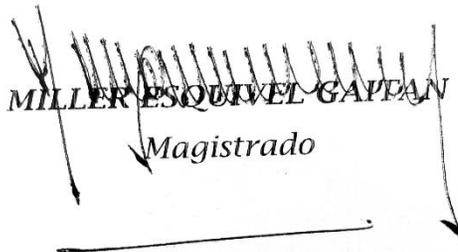
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada.*

Segundo.- *Costas en esta instancia a cargo de la recurrente. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$400.000,00 por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JAIRO PEÑA TOVAR CONTRA BANCO AGRARIO DE COLOMBIA SA

En Bogotá, D.C., a los veinticuatro (24) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora escogidos para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 29 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Jairo Peña Tovar, por medio de apoderado judicial, demandó al Banco Agrario de Colombia SA., para que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente, entre el 11 de febrero de 2008 y el 11 de julio de 2017; así mismo, se declare ineficaz la terminación del vínculo y, como consecuencia, se condene al reintegro al cargo desempeñado o a otro de superior categoría, el pago de los salarios, prestaciones legales y extralegales, compensación de vacaciones,

cotizaciones al sistema de seguridad social dejados de percibir desde la fecha de la desvinculación hasta que se haga efectivo el reintegro, indemnización por perjuicios morales y, de manera subsidiaria, la reliquidación de la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa en la suma de \$84.517.000, más las costas del proceso.

Como fundamento de las pretensiones, indicó que se vinculó con el Banco Agrario de Colombia SA, mediante un contrato de trabajo a término fijo, a partir del 11 de febrero de 2008, para desempeñar el cargo de profesional senior; que el 30 de junio de 2011, por acuerdo con el banco, se introdujo una modificación al término del contrato, en cuanto pasó de fijo a indefinido; que durante todo el tiempo de la vinculación, su desempeño fue sobresaliente, no obstante, luego de disfrutar el derecho a las vacaciones, el 23 de junio de 2017 la vicepresidencia de gestión humana generó la novedad 336608 con base en la cual le informó que el banco había tomado la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo a la finalización de la jornada laboral con fundamento en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945; que, mediante respuestas del 18 de septiembre, 6 de octubre y 20 de diciembre de 2017, el banco le informó que la decisión de terminar el vínculo obedecía a una decisión administrativa sin mayores documentos de soporte; que, para la fecha de terminación del contrato ejercía el cargo de gerente nacional de la gerencia operativa de convenios-dirección nacional, con un salario de \$13.189.000; que en la liquidación definitiva del contrato, el banco incluyó la suma de \$3.517.067, por concepto de indemnización, la cual no se ajusta a la ley, por cuanto no corresponde a los salarios del tiempo que hacía falta para que se cumpliera el plazo presuntivo; que luego de la terminación del contrato de trabajo, no se ha podido vincular a otra entidad del sector financiero pese a su larga trayectoria profesional, lo cual le ha producido una afectación a su salud emocional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por El Banco Agrario en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 07); en cuanto a los hechos señaló que algunos eran parcialmente ciertos y otros que no le constaban. Precisó que, "(...) el contrato entre las partes era un

contrato indefinido como plazo presuntivo, por lo que ha de entenderse que se ha celebrado por el término de seis (06) meses, en aplicación de la presunción establecida por el legislador en el artículo 2º de la Ley 64 de 1946, que modificó el artículo 8º de la Ley 6 de 1945, por lo que este tipo de contratos se rige por lo previsto en la Ley 6 de 1945, y en el Decreto 2127 de 1945, y en el presente asunto le es aplicable el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, compilado en el Decreto 1083 de 2015, que indica que la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo (...)". Propuso las excepciones de: cobro de lo no debido, falta de causa para reclamar, enriquecimiento sin causa del demandante, buena fe, pago, terminación del contrato respaldada en una causa legal y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que declaró probadas las excepciones de mérito y, como consecuencia, absolvió a la demandada. En su lugar, condenó en costas al accionante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, el demandante interpuso recurso de apelación. Sostuvo que: i) se entendió equivocadamente que la terminación del contrato de trabajo se produjo con fundamento en el vencimiento del plazo presuntivo, lo cual no es cierto, pues el vínculo feneció con fundamento en lo dispuesto en el artículo 51; ii) que los manuales o los reglamentos internos del banco forman parte integrante del contrato en cuanto prevén o disponen condiciones favorables al trabajador, por eso es necesario que el empleador justifique la desvinculación del trabajador, ya que, si no se hace, se estaría vulnerando el debido proceso; iii) que se negó el reintegro, pero, se olvidó que en el asunto es aplicable el Protocolo de San Salvador, que se refiere al trabajo como derecho fundamental, incluso, dicho tratado hace parte del régimen interno, al haber sido aprobado por una ley; iv) que, aunque la norma refiere a una indemnización cuando se termina unilateralmente el contrato de trabajo

por parte del empleador, en realidad había que entender que el legislador se refirió al reintegro, y; v) que en todo caso, el valor de la indemnización reconocido por el empleador no corresponde al que por ley le corresponde al trabajador.

Con fundamento en lo anterior, solicitó que se revoque la sentencia impugnada, para en su lugar, se concedan las pretensiones.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Tanto el demandante como la demandada presentaron alegaciones, defendiendo cada uno sus posiciones con argumentos similares a los de sus escritos procesales de la primera instancia.

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

Atendiendo lo previsto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por el demandante en su recurso de apelación.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA DEMANDADA

No se discute que, con fundamento en el artículo 47 de la Ley 795 de 2003, el Banco Agrario de Colombia “es una sociedad de economía mixta del orden nacional, sujeta al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, organizado como establecimiento de crédito bancario y vinculado al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural”; sin embargo, acorde con el certificado emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, aportado por la demandada, por Escritura Pública No 842 del 16 de septiembre de 2020 de la Notaría 12 de Bogotá, la entidad quedó vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por lo tanto, de conformidad con el párrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, en el evento en que el Estado tenga una participación en el capital social de la empresa superior al 90%, su régimen será el de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, lo cual remite al artículo 5° del D. 3135 de 1968, que establece que sus servidores tienen la calidad de trabajadores oficiales, con excepción de lo que los

estatutos de dichas empresas precisen sobre las actividades de dirección o confianza que deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, que no es el caso del accionante, por tanto, éste ostentó un cargo como trabajador oficial, en lo cual estuvieron de acuerdo las partes.

NEXO LABORAL - DURACIÓN

No es objeto de discusión lo señalado por el a quo, según el cual, entre los contendientes existió un contrato de trabajo a término fijo por un período de seis (6) meses, a partir del 1° de febrero de 2008, el cual se prorrogó en dos oportunidades, pero luego fue modificado por las mismas partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, para cambiar a término indefinido, pero, sujeto a plazo presuntivo, a partir del 1° de julio de 2011, el cual fue terminado el 23 de junio de 2017.

No sobra traer a mención la modificación del contrato de trabajo, de fecha 30 de junio de 2011, en los siguientes términos (archivo 04, folio 16):

“(...) de común acuerdo dejamos expresa constancia de nuestra voluntad de modificar el contrato celebrado el día Once, (11) de Febrero de 2008 en cuanto a su duración, para que en lo sucesivo se tenga como contrato a término indefinido. Para efectos formales y brindar mayor claridad a la relación laboral correspondiente, las partes señalan que la fecha a partir de la cual el contrato se tendrá como de término indefinido es el día Primero, (1) de Julio de 2011 y por lo tanto, a partir de tal día se contabilizarán los seis (6) meses correspondientes al plazo presuntivo que gobierna esta suerte de contratos”. (Subrayado propio)

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

El juzgador de primera instancia, en sus consideraciones señaló que la terminación del vínculo laboral por el empleador se dio por expiración del plazo presuntivo, por lo tanto, hizo uso de una facultad prevista por el legislador. Sobre ello, al verificarse la carta de terminación del contrato de trabajo que el Banco Agrario le entregó al demandante con fecha 23 de junio de 2017, por el área de Vicepresidencia de Gestión Humana, se encuentra lo siguiente:

“(...) Respetado Señor (a):

Por medio de la presente me permito comunicarle que el Banco de conformidad con lo establecido en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, ha tomado la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo a la finalización de la jornada laboral del día 23 de junio de 2017.

El Banco procederá a efectuar el pago de la indemnización y la liquidación de sus prestaciones sociales dentro del término legal establecido para tal fin.”

Así las cosas, frente al tema planteado, resulta pertinente recordar lo preceptuado por los artículos 40 y 43 del Decreto 2127 de 1945, los cuales fueron recopilados en el D. 1083 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública) en cuyos términos se dice lo siguiente:

“ARTICULO 40. El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses, a menos que se trate de contrato de aprendizaje o a prueba, cuya duración se rige por normas especiales.

[...]

ARTÍCULO 43. El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, salvo estipulación en contrario, se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo. La prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo determinado deberá constar por escrito; pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el trabajador continuare prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, el contrato vencido se considerará, por ese solo hecho, prorrogado por tiempo indefinido, es decir, por períodos de seis meses.” (Subraya la Sala)

Las normas transcritas claramente establecen que “el contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno”, debe entenderse celebrado por periodos de seis en seis meses, de manera que puede ser terminado por la expiración del plazo pactado o presuntivo, como lo prevé el literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la ley establece una suerte de presunción legal, de que el contrato de trabajo pactado de manera indefinida con trabajadores oficiales, se entiende celebrado por periodos de seis meses, a no ser que tal cuestión sea modificada a través de negociación individual o colectiva de las condiciones de

trabajo. Así lo expresó en la sentencia del 21 de febrero de 2005, con radicación N° 23957¹, en la que señaló:

“El plazo presuntivo es el imperio de la ley en favor del Estado cuando funge como empleador y por ende de la sociedad sobre la voluntad de las partes. La ley presume que en todo contrato laboral concertado por aquél, la ausencia de una estipulación sobre la duración del contrato implica, aunque parezca contradictorio, la fijación de un plazo de vigencia del contrato de seis meses según el Decreto 2127 de 1945. La presunción es legal, y por eso tanto en la contratación individual como en la colectiva, las partes pueden acordar lo contrario y apartarse del plazo presumido por el legislador. Y aquí, como ocurre con el régimen de los contratos a término fijo, con los cuales la identidad es manifiesta, en los gobernados por el plazo presuntivo la intención que exprese una de las partes de no prorrogar el contrato solamente es unilateral en apariencia, porque el imperio de la ley impone un contexto contractual en el cual se asume que las partes convinieron la fijación de un plazo semestral”. (Negrillas fuera de texto).

También ha definido el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria que cuando las partes a través de la negociación individual o colectiva de las condiciones de trabajo, consientan en apartarse de la figura del plazo presuntivo, tienen que elaborar cláusulas convencionales o contractuales expresas, que no dejen duda de que su intención es la de excluir los periodos de seis meses, así como de eliminar la terminación del contrato de trabajo por el vencimiento del plazo presuntivo y sancionar al empleador por la terminación unilateral del contrato de trabajo. Y es que, no basta con que en el contrato de trabajo se estipule el “término indefinido”, para que se entienda excluido el plazo presuntivo, sino que se requieren cláusulas que eliminen rotundamente la potestad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, por expiración del plazo presuntivo².

Es así como la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en repetidas oportunidades, ha descartado que el simple señalamiento en el contrato de trabajo de un “término indefinido”, tenga la vocación de alterar o eliminar el plazo presuntivo establecido legalmente; y por tal razón, si el contrato consagra simplemente una “duración indefinida”, queda inmerso en la estipulación legal por

¹ Reiterada, entre otras, en las sentencias del 30 de junio de 2005 con radicado N° 24607, del 28 de mayo de 2008 con radicación N° 31490, del 30 de septiembre de 2008 con radicado N° 32558, del 24 de marzo de 2010 con radicación N° 34584, del 2 de mayo de 2012 con radicado N° 39479 y del 12 de febrero de 2014 con radicación N° 39773.

² Al respecto ver, entre otras, las sentencias del 30 de septiembre de 2008 con radicación N° 32558 y del 12 de febrero de 2014 con radicado N° 39773.

virtud de la cual “el contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses”³.

A modo de conclusión, ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

“i) la figura del plazo presuntivo se encuentra plenamente vigente para los trabajadores oficiales; ii) por ello, cuando no se determine el plazo del contrato de trabajo o se diga que es indefinido, debe entenderse celebrado por periodos de seis meses; iii) y dicha figura puede ser excluida a través de la negociación individual o colectiva de las condiciones laborales, pero requiere de cláusulas claras y expresas y no de enunciaciones genéricas como la de existencia de un término indefinido”. (Sentencia SL2717 de 2018)

Trazados estos derroteros, observa la Sala que no existe discusión sobre la existencia del contrato de trabajo a término indefinido pero sometido al plazo presuntivo, como se indicó en líneas precedentes, de modo que no se desvirtuó la presunción legal de que el contrato de trabajo suscrito con el actor, pactado de manera indefinida, se entiende celebrado por periodos de seis meses, conclusión que fue reafirmada por el a quo; no obstante, en lo que sí se equivocó de manera protuberante, fue en haber afirmado que la terminación del vínculo obedeció a la expiración del plazo presuntivo, porque, claramente, como se trajo a mención en la carta emitida por el empleador, éste señaló expresamente, que no era por esa causal sino por la del artículo 51 del D. 2127 de 1945, es decir, de manera unilateral y sin justa causa, sin dejar cumplir el aludido plazo presuntivo.

Debe recordarse que, cuando el empleador público acude a la expiración del plazo presuntivo, lo hace sin tener a su cargo indemnización alguna por ello, en cambio, cuando acude a lo previsto en el artículo 51, la norma le impone el reconocimiento de una indemnización tarifada, que no es otra que el valor de los “(...) salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo”, que fue precisamente el pago que el Banco Agrario le hizo al demandante, bajo el amparo de esta preceptiva legal, y que la demandada no desconoció, por el contrario, desde la contestación reafirmó que ese era el fundamento legal para el finiquito de la relación contractual con el demandante.

³ Al respecto ver la sentencia del 13 de julio de 2006, con radicado N° 27416.

Pese a esa equivocación, no prospera la impugnación del promotor del litigio, porque el hecho de que el empleador público hubiera acudido a esa forma de terminación del contrato, no implica su ineficacia o invalidez, como se pretendió en la súplica principal de la demanda y, por lo tanto, el derecho al reintegro, dado que la norma no trae esa consecuencia, y no existe en el ordenamiento positivo esa posibilidad cuando el empleador decide prescindir de los servicios del trabajador oficial, con el simple argumento de su unilateralidad.

La única forma de posibilitar el reintegro, es si esa consecuencia hace parte de alguna cláusula de estabilidad laboral acordada convencional o contractualmente entre las partes, producto del derecho de los trabajadores oficiales de mejorar sus condiciones laborales o mínimos legales, es decir, a través de los instrumentos colectivos, la posibilidad de dictar para sí, normas sobre trabajo, pero en el asunto no se aportó convención, laudo u otro instrumento en el cual las partes hayan previsto algo parecido.

*Ahora, el demandante aportó los siguientes documentos, que no fueron tachados de falso por la entidad demandada, y en cada uno de ellos se lee lo siguiente: “**Procedimiento Trámite de novedades de desvinculación**” que en el apartado 7 numeral 1° se estableció que cualquier dependencia del banco debía solicitar “a la Vicepresidencia de Gestión Humana o Subgerencia Gestión Humana Regionales dentro de los tiempos establecidos por la Vicepresidencia de Gestión Humana y en todo caso dentro de la vigencia del contrato del funcionario, la terminación del contrato justificando el motivo por el cual no se le prorrogará”.*

*En el apartado 5 en las letras b) y c) del documento “**Marco Contextual Compensación y Pagos**” se estableció que, “toda novedad se debe tramitar con la digitalización de los documentos señalados en el manual de procedimientos” y que “las novedades deben tener la certificación de cumplimiento de todos los requisitos establecidos para su aprobación”; que en ese mismo documento en el apartado 17 sobre el trámite de desvinculaciones, en la letra j) se previó que “los documentos soporte para cada tipo de desvinculación que se detallan en la Guía para el Trámite de la Desvinculación, son de obligatoria presentación para llevar a cabo los trámites de liquidación definitiva” y en la letra m), se dijo que, “las solicitudes de*

desvinculación originadas por parte del Banco deben estar debidamente sustentadas y avaladas por el ordenador del gasto de cada Vicepresidencia o por el Gerente Regional según sea el caso, para lo cual deberá adjuntar los documentos establecidos por la Gerencia de Compensación en el anexo Requisitos documentales para cada tipo de Terminación del presente manual”.

Dichos documentos refieren en principio de una especie de justificación del despido, pero, contrario a la alegado por el demandante, de una lectura contextual de dichos documentos, la obligación del empleador de justificar o sustentar las razones para dar por terminado el vínculo laboral, no hace parte, como tal, de un procedimiento que regule la relación de trabajo, sino de unos mecanismos administrativos o gestión interna de situaciones administrativas dentro de la entidad para el manejo de todo lo relacionado con las novedades de personal entre dependencias o jerarquías de la entidad, más no un procedimiento para las relaciones entre trabajadores y empleador, pues, como en varios apartados lo mencionan esos documentos, muchos de esos trámites se amparan o se remiten a las fuentes que sí dan cuenta de las obligaciones del empleador como lo son el Reglamento Interno de Trabajo o las disposiciones legales en materia de descansos, licencias, incapacidades, pensiones, embargos, etc; al punto que la referencia al uso de formatos, documentos, aprobaciones, aplicativos, entre otros, parecidos, no deja duda sobre la regulación de temas administrativos entre dependencias de la entidad o de fiscalización de sus procesos, y no como equivocadamente lo adujo el actor, como supuesto procedimiento de garantías laborales para el trabajador.

Basta con traer a mención cuál es la finalidad de esos documentos, para entender que se tratan de una reglamentación organizacional de las novedades de personal y no derechos u obligaciones de los trabajadores, como sigue (archivo 04, folios 81 y 82) :

“Garantizar la adecuada y correcta aplicación de las normas y procedimientos definidos por el Banco sobre la compensación y pagos, al igual que proveer las herramientas para el manejo de la nómina y los procesos de compensación utilizados, en procura del mejoramiento en la gestión de la administración del Capital Humano. Documentar los procedimientos mediante los cuales se organiza, implementa y controla el sistema de pago de las remuneraciones y compensaciones de los funcionarios del Banco, con el fin de dar cumplimiento a las obligaciones laborales, fiscales y de seguridad social que establece el Gobierno Nacional. Informar a los funcionarios y a las

áreas las disposiciones y los procedimientos a seguir para el control y reporte de novedades de personal. Establecer las disposiciones y los procedimientos que se deben llevar a cabo en el trámite de desvinculaciones a fin de que se cumplan con los términos y plazos establecidos por la ley. Adicionalmente dar a conocer a los funcionarios las políticas, requisitos, condiciones y procedimientos que deben cumplir a fin de acceder a cualquiera de las tres líneas de créditos a funcionarios que se desarrollan dentro del Programa de Beneficios aprobado por la Junta Directiva del Banco.

El presente manual detalla la forma en que se realiza la administración del pago a los funcionarios vinculados laboralmente con el Banco o trabajadores en misión e incluye el registro y modificación de las condiciones contractuales entre el Banco y los funcionarios Planta Banco que tienen efecto directo en la liquidación mensual y el pago de la nómina, así como el control a modificaciones que se presenten entre las empresas temporales y los trabajadores en misión que tienen un efecto directo en el pago mensual y liquidaciones definitivas. Adicionalmente, con el fin de alcanzar los objetivos organizacionales de la Vicepresidencia de Gestión Humana y la administración de personal del Banco Agrario de Colombia, se definen los lineamientos para el manejo de situaciones que se presentan en desarrollo de los diferentes procedimientos de la Gerencia de Compensación, derivados de la actividad dinámica de la Entidad y, de acuerdo con las normas laborales legales vigentes.”

Por suerte que, si las dependencias respectivas no cumplieron con algún paso en la novedad de desvinculación del demandante, como fue, el de no reportar las razones de la terminación del contrato, la sanción no es el reintegro, pues las consecuencias son de orden administrativo de la entidad y no laborales o con incidencia en los derechos del trabajador.

De otro lado, la norma internacional que referenció el demandante como fundamento del reintegro, fue el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, que en el artículo 7° sobre “condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo”, en la letra d), requiere de los Estados, prever en su legislación interna “la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”, norma que fue ratificada por Colombia mediante la Ley 319 de 1996, declarada exequible con la sentencia CC C-251-/97.

Sin embargo, contrario a la interpretación que sugirió el recurrente, la especial protección al trabajo que contempla la norma internacional que hace parte de la legislación nacional, no exige que el reintegro sea el parámetro principal o necesario, en cuanto permite a cada legislador escoger entre esa figura y la indemnización, según su prudente juicio (potestad de configuración legislativa en materia laboral), lo cual se acompasa a la norma preconstitucional sobre el plazo presuntivo (CC C-003 de 1998), y la posibilidad del empleador público de terminación del contrato de trabajo sin justa causa, previo reconocimiento de una indemnización tarifada de perjuicios en lugar del pluricitado reintegro incluso, como lo ha explicado la jurisprudencia laboral, nada impide que el trabajador pueda acreditar perjuicios mayores para que el empleador proceda a su reconocimiento.

*Entonces, la existencia de un plazo presuntivo no implica la terminación y liquidación de los contratos de los trabajadores oficiales con la ocurrencia de la fecha señalada, puesto que estos se renuevan automáticamente con la mera prestación del servicio y **solo concluyen cuando una de las partes decide terminarlo unilateralmente o ambas por mutuo acuerdo**, y como en este caso, fue el empleador el que decidió ponerle fin, tal actuación se encuentra amparada en la ley.*

Finalmente, como el Banco Agrario decidió que la terminación del vínculo no tenía una motivación adicional que una mera decisión o directriz administrativa, por lo que, se insiste, acudió a lo previsto en el artículo 51 del D. 2127 de 1945 (artículo 2.2.30.6.15 del D. 1083 de 2015), lo procedente era el reconocimiento de los salarios faltantes para culminar el plazo presuntivo, que, como acertadamente lo adujo el sentenciador de primera instancia, al haberse modificado el contrato de trabajo, a partir del 1° de julio de 2011, con esta particularidad, los seis (6) meses de la última prórroga se cumplían el 30 de junio de 2017, por lo que, para el 27 de ese mismo mes y año, le faltaban ocho (8) días para cumplir el plazo presuntivo, que, con una salario mensual no discutido de \$13.189.000, por dichos días equivale la indemnización a \$3.517.067, que fue la que la demandada le reconoció al actor, según lo manifestó en la demanda, y se acreditó con la liquidación aportada por la pasiva (archivo 07, folio 38).

El demandante adujo que dicha liquidación es incorrecta, porque el verdadero valor ascendía a \$84.517.000, de conformidad con base en el último salario devengado y la totalidad del tiempo de servicio, pero ya se dijo, que la indemnización corresponde al período que faltaba para cumplir el plazo presuntivo, y no al acumulado de prestación del servicio, pues ese es el mandato legal, y no existe en el plenario otra fuente que diga que esa tasación de perjuicios es superior al mínimo o se establezca de otra forma; tampoco se acreditaron perjuicios mayores, o como lo sostiene la jurisprudencia laboral, la posibilidad de acreditar que el despido tenía por objeto lesionar al trabajador, o que le originó un grave detrimento no patrimonial, como se dijo, por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 24 de febrero de 2016, rad. 46517:

“En efecto, aunque es obvio que toda pérdida del empleo produce en el individuo frustración, tristeza o sentimientos negativos, tal situación no es la única que debe mirarse para imponer una condena por daño moral, pues no solo es necesario ponderar la manera cómo el trabajador se vio afectado en su fuero interno y cómo la actividad de la empresa lo lesionó injustificadamente sino que además deben probarse los daños de orden inmaterial ocasionados por el hecho del despido; lo cual, en el sub lite no tuvo ocurrencia, pues el censor, ni siquiera encaminó su argumentación en sede de casación a tal demostración por la vía que correspondía, esto es, por la fáctica.”

Por dichas razones, se confirmará la sentencia impugnada. Como la resolución del recurso de apelación resultó adverso al recurrente, las costas de esta instancia corren a su cargo.

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

R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia apelada, de conformidad con las razones explicadas en la parte motiva.

Segundo.- Las costas en esta instancia estarán a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$400.000,00, como agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE JAIME ZORRO GARZÓN CONTRA EPS CRUZ BLANCA*

En Bogotá, D.C., a los veinticuatro (24) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora escogidos para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería al abogado Jorge Merlano Matiz quien se identifica con C.C. No 438.405 y la T.P. No. 19.417 del CS de la J, como apoderado sustituto de Cruz Blanca EPS SA, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 25 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Jaime Zorro Garzón, actuando por medio de apoderado judicial, demandó a la EPS Cruz Blanca, para que se declare que incumplió con su obligación de brindar el tratamiento integral de rehabilitación desde el principio y hasta su terminación a su hijo Cristian Andrés Zorro Vejarano, por cuenta de su enfermedad relacionada con la farmacodependencia; que, como consecuencia, se condene a la demandada a reembolsar la totalidad de las sumas que sufragó de su propio peculio para el pago de la rehabilitación de su hijo, por valor de \$48.000.000; se condene al pago de los intereses moratorios, indemnización por perjuicios morales y lo que extra y ultra petita se llegare a acreditar en el proceso, lo mismo que las costas.

Como fundamento de las pretensiones, en síntesis, narró que es padre de Cristian Andrés Zorro Vejarano, quien, para la fecha de presentación de la demanda cumplió la mayoría de edad; que el grupo familiar se encontraba afiliado a la EPS Cruz Blanca SA en el régimen contributivo; que el joven Cristian Andrés Zorro Vejarano desde los 13 años era consumidor de sustancias psicoactivas; que el 27 de septiembre de 2013, el menor fue hospitalizado por urgencias en la IPS Narconon Colombia donde le fue aplicado un tratamiento con resultados positivos; que en razón de ello, se dirigió a la EPS Cruz Blanca para que autorizara la continuidad del tratamiento de rehabilitación a favor del menor en una institución especializada; que la EPS le respondió que no tenía convenio con ninguna IPS que prestara ese servicio, pero que el caso sería analizado; que, en razón de ello, tuvo que recurrir al ICBF para obtener ayuda, dado que su hijo, por cuenta del síndrome de abstinencia intentó el suicidio, por lo que, dicha entidad solicitó de manera urgente atención prioritaria de psiquiátrica; que el 11 de septiembre de 2014, el menor fue valorado por un especialista médico adscrito a la red pública de la Defensoría del Pueblo, quien ordenó proceso de desintoxicación y rehabilitación por drogas y psicoterapia, con el fin de superar la adicción; que, para atender esa

situación tuvo que internar a Cristian Andrés Zorro de manera urgente en la IPS Narconon Colombia, cuyos gastos fueron asumidos con su patrimonio; que, debido a los altos costos, dicha IPS solicitó que era mejor que la EPS autorizara el tratamiento y así darle continuidad, pues estaba en riesgo la salud del menor; que una vez fue hospitalizado Cristian Andrés por urgencias en la IPS Narconon, realizó petición a la EPS para la continuidad del tratamiento y le reembolsaran los gastos sufragados hasta ese momento, pero la entidad le respondió que no tenía convenio con la IPS ni con ninguna otra en esa materia.

Que, ante dicha respuesta, la madre del menor interpuso acción de tutela, con resultado positivo, pues el Juzgado Setenta y Ocho Penal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, mediante fallo del 7 de enero de 2015, ordenó a la EPS Cruz Blanca, que emitiera las respectivas autorizaciones de servicios en favor del menor ofendido en la IPS Narconon Colombia, o en otra de igual y/o mejores condiciones; que, luego de cinco (5) meses, la EPS emitió orden de servicios para la fundación Crecer, no obstante, como dicha IPS no cumplía con los parámetros del fallo de tutela y ante la urgencia de continuar con el tratamiento, tuvo que asumir el pago de los servicios, gastos que sumaron \$48.000.000; que Cristian Andrés Zorro Bejarano permaneció en la IPS Narconon, entre el 27 de septiembre de 2014 y ese mismo día y mes de 2015; que el 23 de junio de 2016, radicó derecho de petición solicitando el reembolso del dinero pero nunca fue contestado por la EPS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

La demanda fue radicada el 7 de julio de 2017, la cual le correspondió por reparto al Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, quien, mediante auto del 10 de agosto de ese mismo año, declaró la falta de competencia para conocer el asunto, por lo que, lo remitió a la Superintendencia Nacional de Salud, quien, a su vez, con proveído del 12 de diciembre de 2017, igualmente declaró la falta de competencia, y procedió a plantear el conflicto negativo, el cual fue dirimido por la entonces Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con providencia del 10 de abril de 2019, al asignarle la competencia al juzgado laboral, quien lo admitió el 6 de septiembre de esa anualidad.

Corrido el traslado de rigor, mediante auto del 11 de mayo de 2021, el juzgado tuvo

por no contestada la demanda, en todo caso, en la audiencia del artículo 77 del CPT y de la SS, de oficio le solicitó a la pasiva aportar todo lo relacionado con la historia clínica del hijo, que al final dicha entidad cumplió, y por ello se ordenó su incorporación al expediente (archivo 11 del expediente digital).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 20 del expediente digital), en la que absolvió a la demandada EPS Cruz Blanca de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del actor y condenó en costas de esta instancia a la parte demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de \$800.000

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de la a quo, la parte demandante interpuso recurso de apelación, para lo cual adujo que la juzgadora llevó a cabo una valoración probatoria descontextualizada y separada, además de no entender los supuestos fácticos de la demanda; que no era viable que la carga de la prueba sobre la idoneidad y calidad de los servicios que podía ofrecer la IPS que finalmente autorizó la EPS Cruz Blanca se equiparaban a los de la IPS en la cual el menor terminó el tratamiento de rehabilitación, se le impusieran a la parte actora, pues por su posición, era la demandada quien debía correr con esa carga; que no se tuvo en cuenta que la urgencia o continuidad en el tratamiento, sumado a la mora u obstáculos que impuso la EPS, el menor debió seguir el tratamiento en la IPS Narconon Colombia, y por ello, tuvo que asumir el costo, dados los riesgos en la salud y la vida de Cristian Andrés Zorro Vejarano por cuenta del síndrome de abstinencia.

Con fundamento en lo anterior, pide se revoque la decisión impugnada, para que, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte demandante presentó alegatos en esta instancia reiterando lo expuesto en el recurso de apelación.

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

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la parte demandante al momento de sustentar su recurso de apelación.

REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS

El demandante reclama el reconocimiento económico de los gastos en que tuvo que incurrir para la atención médica de su hijo en una IPS ajena a la contratación que tiene la EPS a la cual se encuentra afiliado el grupo familiar, en razón a que, según lo expuso en el libelo, la atención en institución externa, se originó por una urgencia y, por otro lado, porque, el organismo administrador actuó de manera negligente, desconociendo sus obligaciones, impidiendo de diversas formas la atención especializada e inmediata del entonces menor de edad, a efectos de controlar las enfermedades producto del consumo de sustancias psicoactivas.

La juzgadora de primera instancia negó el reembolso de dichos gastos, aduciendo que no se cumplían los supuestos del artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, esto es, que no se había configurado una urgencia, por cuanto se había acreditado que el hijo del demandante tenía un padecimiento desde hace varios años; que tampoco hubo negligencia o incumplimiento injustificado de las obligaciones de la entidad, dado que, la EPS trató de cumplir lo ordenado en el fallo de tutela que amparó los derechos fundamentales del menor, remitiéndolo a una IPS adscrita a su red de prestadores, y; que el demandante no demostró que el tratamiento ofrecido en esa IPS no fuera idóneo o con las mismas calidades a las ofrecidas en la IPS particular a la que finalmente acudió por cuenta propia.

Como el demandante insistió en los argumentos de su escrito inicial, conviene señalar que, efectivamente, el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994 es la norma que regula el tema del reconocimiento económico o reembolso de los gastos

en que tuvo que incurrir un afiliado al sistema de seguridad social, para la atención médica respectiva, disposición que establece lo siguiente:

ARTICULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS.

Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.

Dicha norma fue incluida posteriormente dentro de las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, con las modificaciones introducidas por la Ley 1438 de 2011, y, actualmente, con el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019, que precisó con contundencia las tres (3) circunstancias en que opera ese reembolso, así:

“(...)

b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los siguientes casos:

- 1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.*
- 2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.*
- 3. En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.”*

Así las cosas, desde la primera regulación se ha mantenido el derecho de los afiliados al sistema de seguridad social en salud, de reclamar el reconocimiento de los gastos respectivos que asumieron con su propio patrimonio, si se presenta alguna de estas tres circunstancias: i) atención de urgencias en caso de ser atendido

en una institución prestadora de servicios de salud que no tenga contrato con la respectiva EPS; ii) cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica, y; iii) en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.

Lo anterior se debe acompañar con el criterio doctrinal y constitucional sobre el derecho a la salud, según el cual, es un estado íntegro de bienestar de la persona, que comprende el aspecto moral, físico y social, por lo tanto, como lo explicó el alto Tribunal constitucional, la salud es un derecho fundamental autónomo, tal como se reseñó en la sentencia T-760 de 2008:

“...son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo...”¹

Lo anterior quedó comprendido en la Ley Estatutaria 1571 de 2015, que, igualmente, definió el derecho a la salud como fundamental, autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo (art. 2). De igual manera, es preciso señalar que, si bien es cierto, el ejercicio de este derecho se encuentra soportado sobre una estructura administrativa para su funcionamiento, tal situación no puede llegar al punto de convertirse en una barrera para hacer nugatoria la prestación del servicio de salud, lo cual comprende el diagnóstico, los procedimientos o intervenciones quirúrgicas, el suministro de medicamentos o cualquier otro servicio requerido para hacer efectivo este derecho, con mayor razón cuando se trata del servicio de urgencias; de suerte que todo lo relacionado con autorizaciones, cobros, corrección de información, actualización de datos,

¹ Cfr, consideración jurídica No. 3.2.1.3

entro otros parecidos están a cargo de la entidad administradora y no en cabeza del usuario.

A propósito, varias son las normas de la Ley 1571 de 2015 sobre esa materia:

ARTÍCULO 6o. ELEMENTOS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

(...)

Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas;

(...)

Progresividad del derecho. El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud;

ARTÍCULO 10. DERECHOS Y DEBERES DE LAS PERSONAS, RELACIONADOS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:

(...)

A que no se le trasladen las cargas administrativas y burocráticas que les corresponde asumir a los encargados o intervinientes en la prestación del servicio;

ARTÍCULO 14. PROHIBICIÓN DE LA NEGACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención de urgencia. (Subrayas propias)

Acorde con lo anterior, como lo narró el actor en la demanda, el 27 de septiembre de 2014, su hijo, en ese entonces menor de edad, debido a problemas en su estado de salud por el consumo de sustancias psicoactivas tuvo que ser internado en la IPS Narconon Colombia, que no hacía parte de la red de prestadores de servicios o con convenio de la EPS Cruz Blanca, actuación que, para la a quo, no podía ser considerada una urgencia, pues, según la historia clínica allegada, se trataba de una afección que el menor padecía hace varios años.

Esa calificación, en sí misma, va en contra de la definición del término. La noción de urgencia se encuentra en el artículo 3º del Decreto 412 de 1992 (compilado en el artículo 2.5.3.2.3 del Decreto 780 de 2016), que dispone lo siguiente:

“1. URGENCIA. Es la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte.

2. ATENCION INICIAL DE URGENCIA. Denominase como tal a todas las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato, tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud.

3. ATENCION DE URGENCIAS. Es el conjunto de acciones realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por las urgencias.”

Acorde con dichas definiciones, y acogiendo la prohibición de las barreras administrativas por parte de las entidades aseguradoras, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, la consideración y posterior atención de una patología que pueda ser catalogada de urgencia, no puede quedar en cabeza del personal que gerencia o administra los recursos de dichos entes, sino en personal calificado para ello, que no puede ser otro que los galenos respectivos, ni siquiera, al arbitrio del juez.

En tal sentido, el actor aportó el criterio o concepto médico especialista del Dr. Eduardo Gómez Gutiérrez, médico adscrito a la IPS Narconon Colombia, del 31 de enero de 2015, quien, además de haber indicado que Cristian Andrés Zorro Vejarano ingresó a la institución el 27 de septiembre de 2014, sus padecimientos eran los siguientes (archivo 01, fl 98):

“Signos y síntomas de dependencia psíquica a psicofármacos, drogas de abuso, alcohol y medicamentos de uso psiquiátrico.

Diagnóstico: FARMACODEPENDENCIA GRAVE./ (...) por su condición grave de adicción. Conducta: Se recomienda sensiblemente continuar con tratamiento para revertir la condición de adicción en curso y se desestima cualquier tratamiento adicional que incluya psicofármacos y medicación psicotrópica, dada la cronicidad de su grave estado de adicción (...) El tratamiento incluye internado de tiempo completo durante un período estimado de CINCO (5) meses, manteniendo estrecha valoración médica periódicamente de su evolución. En virtud y en razón de mi experiencia profesional, recomiendo que el joven Cristian Andrés Zorro Vejarano continúe siendo atendido en la Institución (...) debido al elevado riesgo que corre su

estado de salud. Se extiende la sensible recomendación médica referente a que el joven Cristian Andrés Zorro Vejarano requiere seguir siendo tratado para su estado de FARMACODEPENDENCIA GRAVE. Solicitamos a las entidades que bien correspondan colaborar con la agilización de trámites para que el joven (...) continúe con su tratamiento, porque de lo contrario, cada día que pasara sin tratamiento AUMENTARÍA EL RIESGO IMPLÍCITO DE GRAVEDAD DE SU ESTADO DE SALUD Y DE SU VIDA, por cuanto deben evitarse dilaciones que pudieren de lo contrario representar responsabilidad por parte de terceros. La condición de farmacodependencia de Cristian (...) es sumamente grave y deben seguir procedimiento de inmediato la aplicación de terapias de CONTENCIÓN para manejo profesional de su síndrome de abstinencia y terapéutica estándar de autocontrol de sus estados de ansiedad.”

Pero, para llegar a ese punto, es decir, sobre la gravedad de la enfermedad del menor, si bien es cierto, el actor llevó a Cristian Andrés a una primera consulta con la EPS, el 11 de febrero de 2014, en donde el galeno indicó que el joven consumía sustancias psicoactivas desde hace varios años, sin ninguna alteración física y/o mental aparente, es decir, con plenas facultades, lo mismo que las posteriores consultas del 25 de febrero y 21 de marzo de 2014, en donde el menor negó el consumo de dichas sustancias, y los galenos ordenaron remisión con las especialidades de psicología y psiquiatría, tal como lo manifestó el demandante, la atención o manejo del diagnóstico y el procedimiento no fue el mejor, pues en la consulta del 25 de febrero, en lugar, de proceder a la remisión especializada para la atención de este tipo de patología, se le indicó que debía acudir a “narcóticos anónimos”, es decir, que se dejó de atender la enfermedad con criterio científico, incumpliendo lo previsto en la Ley 1751 de 2015, que prevé que “el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud”.

Por esa misma razón, la enfermedad avanzó en el menor, al punto, que el 7 de abril de 2014, cuando Cristian Andrés se encontraba en el departamento del Tolima, tuvo que ser llevado al ICBF, y atendido por una profesional en psicología, quien solicitó a la EPS Cruz Blanca la atención inmediata del adolescente debido a que era necesario establecer “su nivel cognitivo y salud mental”, lo que continuó empeorando, y es ante el mismo ICBF de la regional Tolima, que el 3 de septiembre de 2014, el organismo hizo un llamado urgente y prioritario a la EPS Cruz Blanca, informándole que:

“(...) me permito solicitarle atención especializada (Área de Psiquiatría) al Adolescente en referencia, quien según concepto de la profesional en Psicología de esta defensoría de familia, requiere dicha atención con el fin de dar atención en

razón a que presenta Diagnóstico de Distimia, dejando su tratamiento farmacológica sin prescripción médica y en la actualidad se encuentra con conductas depresivas, y anteriormente ha presentado dos intentos de suicidio, en la actualidad el adolescente se encuentra bajo seguimiento del ICBF.”

Frente a ese llamado inmediato, el menor fue atendido el 11 de septiembre de 2014 en la IPS Saludcoop Tolima, en donde el galeno que lo atendió sugirió cuanto antes adelantar un proceso de desintoxicación y rehabilitación, además de controles de psicología y psicoterapia; de tal suerte, que al no encontrar una remisión especializada por parte de la EPS Cruz Blanca, el actor llevó a su hijo menor a la IPS Narconon Colombia, entidad que lo recibió el 27 de septiembre de 2014, con la consiguiente internación en ese centro médico, que, como lo advirtió el profesional de la salud de dicha institución, el cuadro del adolescente era grave y, por lo tanto, requirió de un manejo integral para recuperar su salud, que sin la continuidad en el tratamiento, podía recaer y perderse lo alcanzado hasta ese momento.

Entonces, no se compadece la observación de la juzgadora de primera instancia con el concepto médico especialista que dictaminó que el joven Cristian Andrés Zorro Vejarano, tenía una afectación a su salud no sólo mental, sino también física, por cuanto había experimentado episodios de suicidio, lo que implicaba un manejo inmediato, lo cual se acomoda al concepto de urgencia que se referenció previamente, con el objetivo de disminuir los riesgos de invalidez o muerte.

Eso, por un lado, pues por el otro, para la Sala también se configuró la negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS para cubrir las obligaciones para con sus usuarios, dado que, la a quo no avizó, precisamente, que por el incumplimiento de la entidad en la atención inmediata y especializada del menor, su progenitora tuvo que iniciar una acción de tutela a finales del 2014, la cual fue resuelta por el Juzgado Setenta y Ocho Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, quien, con sentencia del 7 de enero de 2015, otorgó el amparo a los derechos fundamentales “a la salud, la seguridad social y la vida en condiciones dignas” de Cristian Andrés Zorro vejarano, por lo que, le ordenó a la EPS Cruz Blanca “reali(zar) los trámites administrativos pertinentes a fin de AUTORIZAR al menor ofendido tratamiento farmacológico y psicoterapéutico en el instituto NARCONON, o en otra institución de igual y/o mejores condiciones y servicios; DRINDAR CONTROL por psiquiatría infantil y de adolescentes y por psicología clínica. Lo anterior de acuerdo a las prescripciones médicas y en las sesiones

formulas (sic) de manera continua. Como de igual manera brinde TRATAMIENTO INTEGRAL”.

Acatando dicha orden, la EPS Cruz Blanca autorizó el tratamiento con la IPS Fundación Crecer, en dos ocasiones: 26 de febrero y 10 de agosto de 2015, es decir, posterior a la crisis que condujo a la hospitalización del menor, que durante todo el 2014, estuvo clamando por una atención especializada para tratar su adicción, desconociendo diversos mandatos de la Ley 1751 de 2015, verbigracia, la oportunidad, relacionada con las prestación de los servicios y tecnologías de salud, las cuales deben proveerse sin dilaciones, la prevalencia de derechos a efectos de garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes, quienes, por cuenta de esa condición son sujetos de especial protección y, por ello, el artículo 11 ibídem, prevé que “(...) gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención”.

Justamente, dentro de las obligaciones de la EPS Cruz Blanca como cualquier organismo administrador o agente del sistema, no podía sustraerse de brindar atención integral frente a la enfermedad que padecía el hijo del demandante, dado que así lo estableció el legislador como política pública en la Ley 1566 de 2012, que en su artículo 2° estableció:

“ATENCIÓN INTEGRAL. *Toda persona que sufra trastornos mentales o cualquier otra patología derivada del consumo, abuso y adicción a sustancias psicoactivas lícitas o ilícitas, tendrá derecho a ser atendida en forma integral por las Entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud y las instituciones públicas o privadas especializadas para el tratamiento de dichos trastornos.*

PARÁGRAFO 1o. *La Comisión de Regulación en Salud incorporará, en los planes de beneficios tanto de régimen contributivo como subsidiado, todas aquellas intervenciones, procedimientos clínico-asistenciales y terapéuticos, medicamentos y actividades que garanticen una atención integral e integrada de las personas con trastornos mentales o cualquier otra patología derivada del consumo, abuso y adicción a sustancias psicoactivas lícitas e ilícitas, que permitan la plena rehabilitación psicosocial y recuperación de la salud.*

La primera actualización del Plan de Beneficios en relación con lo establecido en esta ley, deberá efectuarse en un término de doce (12) meses a partir de la promulgación de la presente ley.

(...)

Así las cosas, como era obligación de la demandada ofrecer la atención inmediata, integral y oportuna para la atención de la enfermedad del menor Cristian Andrés Zorro Vejarano, y no lo hizo, estaba justificada la actuación del demandante, al haber acudido a una institución particular y diferente de la red de servicios de la EPS a la cual se encontraba afiliado, con el fin de darle la atención necesaria para restablecer la salud y proteger la vida del menor.

Ahora, también erró la juzgadora de primera instancia, al haber afirmado que la carga de la prueba sobre la idoneidad del tratamiento o atención en la IPS Fundación Creser, que, por cuenta de la orden de tutela, la EPS Cruz Blanca autorizó esa entidad en 2015, le correspondía al actor, olvidando que, en un escenario como éste, se debe aplicar el principio de la carga dinámica de la prueba.

Claro que a lo previsto en el artículo 167 del CGP, aplicable al procedimiento del trabajo, según el artículo 145 del CPT y de la SS, quien pretende un derecho tiene la carga de alegar y probar los hechos que lo producen, pues “(...) de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado” (Sentencia CSJ SL, 22 abr 2004, rad. 21779); pero, hay eventos en donde la dificultad de obtener información, o por la posición de las partes, se hace necesario distribuir de manera equitativa esa labor, para garantizar el equilibrio entre los contendientes, con mayor razón en los casos de índole laboral o de la seguridad social, como el que se estudia, en donde es la EPS la que está en mejores condiciones de verificar la prestación de los servicios de las diferentes IPS y efectuar las comparaciones respectivas, y no imponerle esa carga al demandante, quien como afiliado al sistema, y muchas veces, desconocedor de los temas administrativos, científicos y económicos de contratación entre los agentes del sistema, prácticamente se le torna imposible asumir la labor de cotejo de los servicios que prestan las IPS especializadas en el manejo de sustancias psicoactivas, a efectos de mostrar cuál de las involucradas es mejor.

La demandada tenía esa posibilidad de mostrarle al juzgador que la IPS Fundación Creser estaba en las mismas o mejores condiciones con respecto a la IPS Narconon Colombia, de ofrecer el tratamiento integral, pero, no aportó ninguna prueba de ello, lo que justifica aún más, la decisión del demandante de persistir en que su hijo recibiera una atención adecuada con la financiación y apoyo de la EPS Cruz Blanca, despejando cualquier obstáculo administrativo, máxime si existía una orden de tutela de por medio, y se estaba en presencia de un sujeto de especial protección constitucional.

Por lo dicho, se revocará la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se condenará a la suma de \$48.000.000, cifra que se acreditó con las facturas de folios 55 a 94 del archivo 01, expedidas por la IPS Narconon Colombia, documentos que no fueron objetados por la demandada, y que dan cuenta de los gastos sufragados por el actor en el tratamiento integral que recibió el menor Cristian Andrés Zorro Vejarano. Dicha suma deberá ser cancelada debidamente indexada a la fecha del pago efectivo, en cuanto no existe norma que establezca que, por la mora en el desembolso de estos recursos por la EPS, se deba aplicar algún valor como resarcimiento a los perjuicios ocasionados.

Recuérdese, precisamente, que la indexación implica reconocer la deuda en el valor real, la cual se deprecia con el paso del tiempo; de ahí, que el juzgador pueda ordenar el pago como debe ser. En sentencia CSJ SL359-2021, dijo la Corte:

“Por lo visto, el juez del trabajo tiene el deber, incluso con el empleo de las facultades oficiosas, de indexar los rubros causados en favor de la demandante, lo cual, en vez de contrariar alguna disposición sustantiva o adjetiva, desarrolla los principios de equidad, justicia social y buena fe que tienen pleno respaldo constitucional; de paso protege la voluntad intrínseca del interesado, puesto que es impensable que desee recibir el crédito causado en su favor con una moneda depreciada.

Debe insistirse en que la indexación no aumenta o incrementa las condenas, sino, más bien, garantiza el pago completo e íntegro de la obligación. Sin la indexación, las condenas serían deficitarias y el deudor recibiría un menor valor del que en realidad se le adeuda, premisa que tiende a agudizarse en tiempos de crisis y congestión judicial.

En suma, la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno

inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral.”

En cuanto a los perjuicios morales, si bien no se desconoce la aflicción que puede padecer el núcleo familiar con la enfermedad de uno de sus integrantes, sobre todo por el tema del consumo de sustancias psicoactivas, era carga del demandante demostrar la mella o lesión específica por haber negado la EPS Cruz Blanca, al principio, la atención en la IPS finalmente escogida para el tratamiento del menor, lo cual no quedó acreditado, por lo tanto, se absolverá de ese concepto.

Como se tuvo por no contestada la demanda, no hay excepciones de mérito que deban ser objeto de análisis, por lo tanto, hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de las instancias corren a cargo de la demandada.

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

RESUELVE

Primero.- Revocar la sentencia apelada que absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en la demanda, para en su lugar, condenar a la pasiva al reembolso de \$48.000.000, que equivalen a los gastos que tuvo en que incurrir el demandante en la atención integral de su hijo Cristian Andrés Rozo Vejarano, por concepto de urgencias y negligencia de la demandada en la prestación del aludido servicio asistencial, de conformidad con lo explicado en la parte motiva.

Segundo.- Condenar a la demandada a reconocer dicha suma de manera indexada a la fecha de su pago efectivo.

Tercero. Absolver a la demandada del reconocimiento por indemnización de perjuicios morales.

Cuarto.- Costas de las instancias a cargo de la demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO
ORDINARIO LABORAL DE YULIETH CARIME GOMEZ QUINTERO CONTRA
ANIBAL SILVA PIMIENTO*

En Bogotá, D.C., a los veinticuatro (24) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 21 de julio de 2022, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Yulieth Carime Gómez Quintero, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Aníbal Silva Pimiento, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 17 de junio de 2015 al 29 de febrero de 2020, el cual fue terminado sin justa causa por parte del empleador. En consecuencia, se condene al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones; así como la sanción por no consignación de cesantías, la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, la indemnización por despido injusto, la licencia de maternidad, aportes a salud y pensión, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 03 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: el 17 de junio de 2015 comenzó a laborar para el demandado Aníbal Silva Pimiento, mediante contrato de trabajo verbal a término indefinido, en el establecimiento de comercio Restaurante Brisas de Santander de la 49, desempeñando labores como lavado de loza, mesera y auxiliar de cocina; percibía una asignación semanal de \$162.000,00, con un incremento anual de \$2.000,00; el demandado no la afilió al sistema de seguridad social, por lo que no le fue reconocida licencia de maternidad por el nacimiento de su hijo el 16 de julio de 2016; el 29 de febrero de 2020 el accionado le manifestó de manera verbal la no continuidad del contrato de trabajo; Aníbal Silva Pimiento no le ha pagado las acreencias laborales aquí reclamadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Aníbal Silva Pimiento en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 07 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó parcialmente la existencia del contrato de trabajo a partir del 16 de enero de 2016, las labores desempeñadas por la accionante y la remuneración pactada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó existencia de 3 contratos laborales entre las partes, pago parcial de la obligación denominada prestaciones sociales, cobro de lo no debido, mala fe del demandante- enriquecimiento sin causa, buena fe del empleador, justa causa para despedir por parte del empleador, prescripción y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento (archivo 19 del expediente digital), éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente del 17 de junio de 2015 al 29 de febrero de 2020, en el marco del cual la actora se desempeñó como mesera y auxiliar de cocina, devengando como asignación salarial el equivalente al smlmv de cada anualidad. Condenó al demandado a pagar a la accionante las siguientes sumas: i) \$3.936.429,00 por auxilio de cesantías, ii) \$317.106,00 por intereses a las cesantías, iii) \$18.613.962,00 como sanción por no consignación de las cesantías en un fondo, iv) \$2.776.177,00 por prima de servicios, v) \$1.590.196,00 como compensación en dinero de vacaciones, vi) \$3.043.050,00 como indemnización por despido sin justa causa, y vii) \$29.260,00 diarios a partir del 1° de marzo de 2020 y hasta que se efectúe el pago de las acreencias prestacionales debidas a título de sanción consagrada en el artículo 65 del

CST. Condenó al demandado a pagar en favor de la demandante los aportes con destino al sistema de seguridad social en pensiones por el periodo comprendido del 17 de junio de 2015 al 29 de febrero de 2020, sobre un IBC equivalente al smlmv, valor del cálculo actuarial que deberá ser pagado a satisfacción de la entidad administradora a la cual se encuentre afiliada la accionante. Absolvió al demandado de las demás pretensiones. Declaró probada la excepción de prescripción respecto de las acreencias laborales causadas con antelación al 6 de noviembre de 2017. Condenó en costas al accionado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada interpone recurso de apelación argumentando que no es posible declarar la existencia del contrato de trabajo en los extremos temporales señalados en el escrito de demanda, en aplicación de la presunción establecida en el artículo 77 del CPT y SS ante la inasistencia de la actora a la audiencia de conciliación, por lo que debieron tenerse por probados los extremos temporales aceptados en la contestación; sin que pueda dársele valor probatorio a la certificación aportada. Afirmó que pagaba las cesantías directamente a la trabajadora; y que no es viable condenar al pago de la sanción moratoria, toda vez que su actuar estuvo revestido de buena fe, pues realizó pagos de las prestaciones sociales a la finalización de cada año, aunado a que, una vez se enteró de este proceso, consignó al juzgado lo que creyó deber a la trabajadora; además, correspondía a la actora demostrar que el empleador actuó de mala fe. Indicó que se probó la justa causa de despido, por lo que debe absolverse del pago de la indemnización por despido injusto.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte demandada presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación.

CONSIDERACIONES

Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a examinar los puntos de censura propuestos por la parte demandada al momento de sustentar su recurso de apelación.

EXTREMOS TEMPORALES DE LA RELACIÓN LABORAL

No es objeto de discusión que la demandante prestó sus servicios personales para Aníbal Silva Pimiento, a través de un contrato de trabajo, en virtud del cual aquella se desempeñó como mesera y auxiliar de cocina, devengando como asignación salarial el equivalente al smlmv de cada anualidad; supuestos fácticos establecidos por el a quo, sin que fueran objeto de reproche en la alzada. La controversia planteada en esta instancia se contrae, en primer lugar, en verificar los extremos temporales de la relación laboral.

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegido a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo. Así, lo primero que se debe señalar es que Aníbal Silva Pimiento, al contestar la demanda, aceptó “que sí existió una relación laboral, pero no como se plantea en la demanda, sino se reitera existieron 3 contratos:

- 1. Contrato verbal desde el día 16 enero de 2016 hasta el día 2 de julio de 2016, que finalizó por abandono del cargo por parte de la demandante.*
- 2. Contrato verbal desde el día 16 de noviembre de 2016 hasta el día 29 de julio de 2017 por abandono del cargo por parte de la demandante.*

3. *Contrato verbal desde el día 10 de noviembre de 2017 hasta el 29 de febrero de 2020, por causal de despido por parte del empleador, causales 2, 5, 6 y 10 del Artículo 62 de Código sustantivo del trabajo”.*

Fue aportada una certificación firmada por Gerardo Silva en representación de “RESTAURANTE BRISAS DE SANTANDER”, aditada 9 de marzo de 2020, en la que hace constar que la promotora de la litis “laboró para nosotros desempeñando el cargo de MESERA, durante el periodo de CUATRO AÑOS Y SIETE MESES, comprendidos desde el 17 de junio del 2015 hasta el 29 de febrero del 2020 con un salario mensual de NOVECIENTOS OCHENTA MIL PESOS (980.000) M/CTE [...]” (archivo 01 del expediente digital).

Yulieth Carime Gómez Quintero, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que trabajó para el demandado del 17 de julio de 2015 al 29 de febrero de 2020, de lunes a sábado, de 8:00 a.m. a 4:00 p.m., realizando labores de lavado de loza, posteriormente mesera y finalmente auxiliar de cocina. Indicó que dejó de prestar sus servicios temporalmente en julio de 2016 porque se tomó tres meses de licencia de maternidad, no remunerada, ya que el demandado nunca la afilió a seguridad social. Agregó que inicialmente su salario fue de \$27.000,00 diarios y le pagaban semanalmente, aclarando que nunca le fueron canceladas sus prestaciones sociales. Aseguró que, un día lunes, tuvo un altercado con la esposa de Aníbal Silva y se dijeron “un poco de cosas”, a lo que la actora respondió que “todo lo malo que hiciera lo iban a pagar sus hijos”; el sábado siguiente, cuando Aníbal Silva llegó de un viaje, la llamaron y le dijeron que no había más trabajo.

Se recibió el testimonio de Félix Hernando Atanache Romero, quien manifestó ser cliente del Restaurante Brisas de Santander y tener una relación cercana con la demandante. Informó que vio laborando a la demandante en el citado establecimiento de comercio desde el año 2015, aproximadamente; y conocer,

por manifestaciones de la accionante, que recibía pagos mensuales, que se ausentó por su periodo de lactancia y que la finalización del contrato de trabajo se dio en enero o febrero de 2020.

El testigo Gerardo Silva Pimiento, hermano de Aníbal Silva Pimiento, informó que era el encargado de realizar contrataciones en el Restaurante Brisas de Santander, y fue él quien contrató a la demandante el 16 de enero de 2016. Manifestó que a la accionante se le pagaba semanalmente, que ella asistía 2 o 3 días a la semana y se ausentaba por temporadas, esto último ocurrió en 3 ocasiones. Dijo que fue él quien le informó a la accionante sobre la terminación del contrato de trabajo a finales del 2020 porque “empezó a tratar mal a mi hermano ...empezó a pelear con Yuli (esposa de Aníbal) y a pelear con la niña, a amenazar a la niña”. Indicó que firmó la certificación que obra en el plenario, aclarando que fue la actora quien le trajo ese documento y él se lo firmó como un favor para que consiguiera trabajo.

Este último testigo se caracterizó por su falta de naturalidad, evidenciándose parcialidad o interés indebido en su relato. En efecto, Gerardo Silva Pimiento se mostró poco espontáneo, al punto de parecer leyendo las respuestas a las preguntas formuladas, motivo por el cual fue requerido en varias ocasiones por el fallador de primer grado, persistiendo en tal comportamiento. Entonces, se encuentra comprometida la capacidad demostrativa de este testimonio, dado que no brinda credibilidad a la Sala sobre los hechos relatados.

Así, del estudio conjunto de las pruebas allegadas al proceso (art. 61 del CPT y SS), concluye la Sala que en el sub iudice se encuentra acreditada la existencia del vínculo laboral que unió a las partes en los extremos temporales señalados por el a quo, esto es, del 17 de junio de 2015 al 29 de febrero de 2020, tal como se establece con la certificación laboral aportada y con el dicho

del testigo Félix Hernando Atanache Romero. Ahora, si bien uno de los argumentos de defensa del extremo demandado se centra en que la certificación laboral fue firmada como un favor a la actora, cumple recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido de manera reiterada que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos “pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad”; paralelamente ha afirmado que el demandado tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida (sentencia SL2600 del 27 de junio de 2018).

Por tal razón, la carga de probar en contra de lo que certifica el propio demandado corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no quede duda, es decir, debe acreditar fehacientemente que lo registrado en la certificación no se atiene a la verdad, desvirtuando la información allí consignada con otros medios de convicción (sentencia SL516 del 16 de febrero de 2016); actividad probatoria que en el sub examine no se cumplió, toda vez que el único medio de convicción aportado en tal sentido corresponde al testimonio de Gerardo Silva Pimiento, el cual, como ya se refirió, no brinda certeza a la Sala sobre los hechos relatados.

De igual manera, se le recuerda a la parte accionada que la confesión ficta prevista en el artículo 77 del CPT y SS es una presunción de tipo legal que admite prueba en contrario, como acontece en el sub lite, dado que las pruebas documentales y testimoniales permiten establecer que el contrato de trabajo que unió a las partes estuvo vigente en los extremos temporales señalados en el escrito genitor, y no en los extremos reconocidos en la contestación de demanda, encontrándose desvirtuados estos últimos.

Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión recurrida en este punto.

**BUENA FE - INDEMNIZACIÓN MORATORIA - SANCIÓN POR NO
CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS**

Otro de los puntos de inconformidad del accionado se centra en la condena al pago de las sanciones consagradas en los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, ya que, según afirma, su comportamiento ha estado revestido de buena fe, pagando lo que ha considerado deber.

Así, la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, como la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no son de aplicación automática sino que se requiere que el empleador haya actuado de mala fe, ya sea cuando no paga los salarios y prestaciones sociales causados a la terminación del contrato de trabajo o cuando no consigna el auxilio de cesantías al fondo de cesantías elegido por el trabajador a más tardar el 15 de febrero del año siguiente a su liquidación. Sobre este punto ha sido pacífica la jurisprudencia de tiempo atrás sobre que la buena fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones sociales o no consignación del auxilio de cesantías lo exonera de la indemnización moratoria. Así, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó en sentencia de 16 de julio de 1979 "Sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia", por lo que ésta es una carga procesal del demandado, esto es probar que actuó de buena fe, la cual no se presume. Dicha Corporación, en sentencia del 23 de diciembre de 1982, reiterada en la del 20 de noviembre de 1990 (radicación N° 3956), y más recientemente en la sentencia del 30 de abril de 2013 con radicado N° 38666,

sentó su criterio en el sentido que "la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma-art.99 de la ley 50 de 1990-, al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento".

Significando, entonces, que estructurado el contrato de trabajo, éste se debe ejecutar, como todo contrato, dentro de la solvencia de la buena fe, no sólo por expreso mandato legal (art. 55 del C.S. del T), sino también por principio, porque, la buena fe, es algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico, en el sentido de que, la buena fe con una mayor relevancia en el área del derecho del trabajo, no se limita a determinada obligación u obligaciones o al conjunto de las obligaciones que abarque a las dos partes, sino que es, como bien lo define el maestro uruguayo Américo Plá Rodríguez en su Curso de Derecho Laboral, la buena fe lealtad, se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber. "Supone una posición de honestidad y honradez en el comercio jurídico en cuanto lleva implícita la plena conciencia de no engañar ni perjudicar ni dañar. Conlleva la convicción de que las transacciones se cumplen normalmente, sin trampas ni abusos ni desvirtuaciones. La buena fe que debe regir como principio del derecho del trabajo es la buena fe lealtad, o sea, que se refiere a un comportamiento y no a una mera convicción", destacando que este principio alcanza a ambas partes del contrato y no sólo a una de ellas.

Precisado lo anterior, observa la Sala que en el sub examine no obra prueba siquiera sumaria de los supuestos pagos efectuados por el accionado en favor de la demandante durante la vigencia del vínculo laboral, ni a su finalización, tampoco se acreditó que hubiese realizado algún pago por consignación luego de fenecido el vínculo, como lo señaló al sustentar su recurso; sin que se hubiese aducido, y menos demostrado, alguna justificante de tal omisión.

De lo que se colige, que el actuar del extremo pasivo desconoce a todas luces la legislación aplicable al caso, a más de ser vulneratorio de los derechos de la trabajadora, por lo que no constituye buena fe, razón por la que no se puede exonerar del pago de las mentadas indemnizaciones, al ser obligación del demandado realizar el pago completo de los salarios y prestaciones sociales debidos a la finalización del vínculo laboral, así como la de consignar el auxilio de cesantías en un fondo, y no lo hizo.

Bajo este entendido, al no probar que obró de buena fe en el impago de las acreencias reclamadas, no se le puede exonerar a Aníbal Silva Pimiento del pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, ni de la contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, siendo imperativo confirmar la decisión recurrida en este punto.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO

El siguiente punto de inconformidad del demandado se circunscribe a la condena al pago de la indemnización por despido injusto.

Cumple, entonces, precisar que se encuentra acreditado el hecho del despido, el cual fue aceptado desde la contestación de la demanda; por manera que es carga procesal del empleador demostrar la justeza del mismo. En consecuencia, procederá la Sala al análisis de los medios probatorios allegados al proceso.

En el caso de autos, no obra carta de despido; adicionalmente, la accionante en su interrogatorio de parte manifestó desconocer concretamente las razones por las cuales finalizó su vínculo laboral con Aníbal Silva Pimiento; y

este último, al contestar la demanda, aseguró que las causales de despido fueron las “2, 5, 6 y 10 del Artículo 62 de Código sustantivo del trabajo”.

Sobre el particular es de precisar que, de conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 62 del CST, “La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”. En otras palabras, la parte que hace cesar el contrato debe expresar, en el momento de la terminación del mismo, cuáles son los motivos concretos y exactos que tiene para tomar esa determinación, sin que posteriormente pueda invocar razones o causas distintas.

Con respecto a la finalidad de la disposición en cita, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

“[...] el trabajador tiene derecho a conocer con precisión los hechos que soportan la decisión de la empresa porque tal y como lo han sostenido la jurisprudencia y la doctrina, las finalidades de la norma se concretan en dos sentidos: uno, para quien toma la determinación de dar por terminado el contrato de trabajo que consiste en la imposibilidad de aducir con posterioridad causales o motivos diferentes y, otro, para la parte afectada quien tiene derecho a conocerlas antes de un eventual debate judicial para controvertirlas, sin que se le pueda sorprender en el proceso con otras nuevas y desconocidas.” (sentencia con radicación No. 38872 del 23 de marzo de 2011)

De lo narrado se sigue que no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral para dar por finalizado unilateralmente el contrato de trabajo, sino que es necesario indicar los hechos específicos que sustentan la determinación, solo así se garantiza el derecho de defensa. Así lo ha precisado de vieja data la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

“Conforme al párrafo del mismo artículo, la parte que hace cesar el contrato debe expresar en el momento de la terminación del mismo cuáles son los motivos concretos y exactos que tiene para tomar esa determinación, sin que posteriormente pueda invocar razones o causas distintas.

Si fuera permisible en la carta de despido se enumeran las causales genéricas que traen el código o una determinada disposición para dar por fenecido justamente el contrato de trabajo, tendría la parte que despidió tanta amplitud para hacer encajar dentro de esas causales y ya en el juicio, cualquier comportamiento, actitud o manifestación de la parte afectada, que podría equivaler a justificar el despido con posterioridad a su realización, lo cual es a todas luces inadmisibles”. (sentencia del 12 de noviembre de 1986. MP Juan Hernández Saénz)

Bajo los anteriores derroteros, y una vez revisado el elenco probatorio, concluye la Sala que los motivos o causas de la terminación del vínculo laboral no fueron comunicados al accionante de manera clara y precisa, al punto que ella actualmente afirma desconocerlos. Y, si en gracia de discusión se aceptase que son los enlistados en la contestación de demanda, se concluiría que allí se aducen de manera genérica incumplimientos a obligaciones contractuales, legales y reglamentarias, sin especificar los hechos que motivaron tal determinación; lo que, en todo caso, conlleva a que la terminación del vínculo laboral se dio sin justa causa, resultando procedente condenar a Aníbal Silva Pimiento al pago de la indemnización por despido injusto; imponiéndose confirmar la decisión condenatoria del a quo en este tópico.

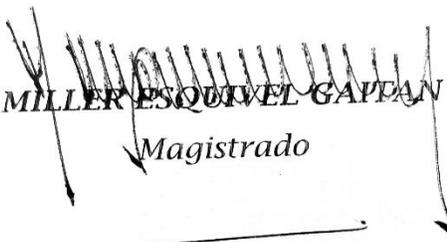
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada.*

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


MILLER ESQUIVEL GAFFAN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSE IGNACIO PARDO SILVA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

En Bogotá, D.C., a los veinticuatro (24) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería al abogado Nicolás Eduardo Ramos Ramos identificado con C.C. No. 1.018.469.231 y la T.P. No. 365.094 del C. S. de la J. como apoderado judicial sustituto de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, en la forma y para los efectos del poder conferidos.

Notifíquese

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por el demandante y por la demandada Porvenir SA contra la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2022, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

DEMANDA

José Ignacio Pardo Silva, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, a la AFP Porvenir SA y a La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS. En consecuencia, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar su pensión de vejez, junto con las mesadas adicionales y los intereses moratorios. Asimismo, se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones obligatorias y voluntarias, bonos pensionales y rendimientos financieros; debiendo igualmente asumir las sumas pagadas por concepto de mesadas pensionales. De igual manera, se declare que no es obligatorio restituir las mesadas pensionales a Porvenir SA y tampoco pueden ser descontados por Colpensiones. En subsidio petitionó que se condene al pago de la indemnización por los perjuicios ocasionados con el traslado de régimen, correspondiente a la diferencia entre la mesada pensional que habría pagado Colpensiones. Solicitó que se condene a La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público a reliquidar el bono pensional tipo A, teniendo en cuenta el salario mensual percibido en el mes de septiembre de 1991; y que se condene a Porvenir SA a reliquidar la pensión, teniendo en cuenta la remuneración mensual percibida durante el mes de septiembre de 1991; así como los intereses moratorios liquidados mes a mes, la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 11 de junio de 1954; se afilió al ISS el 14 de noviembre de 1984; se trasladó al RAIS el 19 de mayo de 1995, por intermedio de la AFP Porvenir SA; al momento de suscribir el

formulario de traslado, la AFP accionada no le informó de manera clara y por escrito sobre su derecho de retracto, las consecuencias jurídicas del traslado, las ventajas y desventajas, las características, condiciones y servicios de ambos regímenes; como consecuencia del traslado, percibe una mesada pensional inferior a la que pagaría Colpensiones; Porvenir SA le reconoció pensión de vejez a partir de julio de 2017; en septiembre de 1991 trabajaba para la sociedad Carbones del Cerrejón Limited; para liquidar el bono pensional tipo A, la oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público tuvo en cuenta el ingreso quincenal de septiembre de 1991, como si se tratara de un ingreso mensual; presentó reclamación ante las codemandadas; obteniendo respuestas negativas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 06 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al ISS, su traslado al RAIS, la reclamación presentada ante esa entidad y la respuesta emitida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó aplicación por analogía de la sentencia SL373-2021, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia del derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez, falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la reliquidación del bono pensional tipo A, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica.

Porvenir SA contestó en término, oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 08 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su vinculación al RAIS, la prestación económica reconocida, la reclamación presentada y la respuesta negativa emitida; sobre los restantes

manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentó escrito de contestación dentro del término legal, oponiéndose a los pedimentos formulados (archivo 5 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, la reclamación presentada y la respuesta ofrecida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó falta de ejercicio de la facultad de regresar al RPMPD administrado por Colpensiones, la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, validez y eficacia del traslado de régimen no puede sustentarse en la realización o no de una proyección pensional, la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ya cumplió con la emisión y redención del bono pensional del demandante, el accionante es beneficiario de una pensión de vejez situación que impide su retorno a Colpensiones y el bono pensional del demandante.

Porvenir SA llamó en garantía a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, quien contestó oponiéndose a los pedimentos de la AFP. Propuso las excepciones que denominó indebido llamamiento en garantía frente a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, la obligación de información recae en los fondos privados de pensiones, buena fe, inexistencia de responsabilidad por parte de Colpensiones, prescripción, y la innominada o genérica.

Por auto del 5 de abril de 2022 se dispuso vincular al trámite a la empresa Carbones del Cerrejón Limited, quien contestó sin oponerse a las pretensiones formuladas (archivo 26 del expediente digital). Propuso las excepciones que denominó pago, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, prescripción, y la genérica.

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Porvenir SA presentó demanda de reconvención solicitando que se condene al actor a devolver todos los dineros recibidos por concepto de mesadas pensionales, debidamente indexados.

Como sustentos fácticos de sus pretensiones, Porvenir SA manifestó que el actor suscribió formulario de afiliación el 19 de mayo de 1995; el traslado se hizo efectivo el 1° de junio de 1995; 1° de mayo de 2017 el demandante el demandante solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez, optando por la modalidad de retiro programado; se aprobó la solicitud a partir de julio de 2017; el promotor de la litis se encuentra percibiendo de manera mensual su mesada pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

La parte actora presentó escrito de contestación, oponiéndose a las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención (archivo 10 de expediente digital). En cuanto a los hechos aceptó su afiliación con Porvenir SA, la modalidad pensional escogida y el pago de sus mesadas pensionales. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 38 del expediente digital), en la que declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los perjuicios originados por Porvenir SA al no suministrar la información requerida al momento del traslado de régimen pensional. Condenó a Porvenir SA a reconocer y pagar al actor a título de indemnización de perjuicios, las diferencias pensionales, en consecuencia, deberá reconocer la pensión de vejez a partir del 24 de mayo de 2018 en cuantía de \$8.176.157,00 por trece mesadas pensionales al año, con su respecto reajuste legal anual, siendo indexadas desde la fecha de causación hasta su pago; autorizando a Porvenir SA a descontar las mesadas pensionales que ha cancelado al demandante desde el 24 de mayo de 2018 y a efectuar los correspondientes descuentos por aportes en salud. Absolvió a Porvenir SA de las demás pretensiones formuladas en su contra. Absolvió a Colpensiones, La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a Carbones

del Cerrejón Limited de las pretensiones de la demanda. Absolvió a Colpensiones de las pretensiones del llamamiento en garantía. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y declaró no probadas las demás excepciones; condenando en costas a Porvenir SA.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora y la demandada Porvenir SA interponen recursos de apelación, así: el extremo demandante solicita que se revoque la decisión de primer grado y, en su lugar, se declare la ineficacia del traslado, asignándole responsabilidad a Colpensiones. En subsidio, peticionó que se condene al pago de los intereses moratorios, dado que la indemnización de perjuicios corresponde al reconocimiento de una de las pensiones previstas en la Ley 100 de 1993. Afirmó que no hay lugar a declarar la prescripción, ya que la sentencia es constitutiva, por lo que se deben pagar las mesadas desde el año 2017.

A su turno, Porvenir S.A. argumentó que cumplió con los deberes que le asistían al momento del traslado del actor al RAIS y tal decisión se dio de forma libre, voluntaria e informada. Frente a la indemnización de perjuicios, indicó que lo aquí estudiado se enmarca dentro de la responsabilidad precontractual, respecto de la cual debe probarse el daño, la culpa y el nexo causal, los cuales no se encuentran acreditados. Dijo que la prescripción debe declararse de manera íntegra y no parcial, ya que el demandante recibió una proyección pensional en el año 2013, es decir, desde ese momento tenía conocimiento del supuesto perjuicio, y la reforma a la demanda fue presentada en el 2021, por lo que la indemnización está afectada por el fenómeno prescriptivo. Finalmente, en caso de que no sean recibido estos argumentos, solicitó que se acceda a las pretensiones del llamamiento en garantía y se condene a Colpensiones, toda vez que ésta también estaba obligada a brindar información.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, tanto Porvenir SA como la parte demandante presentaron alegatos en esta

instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar sus respectivas apelaciones.

Carbones del Cerrejón Limited también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión del a quo.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las partes al momento de sustentar sus recursos de apelación.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN CUANDO EL INTERESADO ADQUIRIÓ LA CALIDAD DE PENSIONADO

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en el presente asunto quedó acreditado que: i) el 19 de mayo de 1995 el demandante se trasladó del RPMPD administrado por el entonces ISS, hoy Colpensiones, al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA; y ii) mediante comunicación del 27 de julio de 2017 Porvenir SA reconoció a José Ignacio Pardo Silva una pensión de vejez bajo modalidad de retiro programado, a partir del 5 de julio de misma anualidad, en cuantía inicial de \$3.024.477,00.

Así, el primer problema jurídico a resolver se circunscribe en verificar si es viable declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional realizado por el actor, pese a que éste ostenta la calidad de pensionado en el RAIS.

Para resolver el interrogante, sea lo primero advertir que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no es posible la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de quienes ya tienen la calidad de pensionados, porque frente a ese grupo, en particular, no es posible retrotraer el estado de las cosas al punto en que se encontraban antes de dicho cambio, entre otras razones, porque ya hay situaciones consolidadas y podría afectarse a terceros de buena fe y sólo procedería el resarcimiento de perjuicios, siempre y cuando se hayan reclamado, probado y no estén prescritos. En sentencia CSJ SL373-2021, se dijo al respecto:

“Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

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

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

En el caso bajo examen, a Cárdenas Gil Protección S.A. le otorgó la pensión de vejez, en la modalidad de retiro programado, desde el año 2008, es decir, de manera anticipada. La pensión se financió con el bono pensional pagado el 19 de diciembre de 2008 por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por un monto de \$156.674.927. Estas circunstancias denotan que el demandante adquirió el estatus jurídico de pensionado de manera anticipada, prestación que a su vez fue financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, de manera que no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende.”

La anterior tesis ha sido reafirmada por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias SL1498-2022, SL1496-2022, SL1497-2022, SL959-2022 y SL3871-2021.

Conforme al criterio jurisprudencial previamente reseñado, en casos de pensionados del RAIS no es posible retrotraer esa condición para restituir la vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida porque, se insiste, existe una situación jurídica consolidada, de la cual sólo se puede reclamar la indemnización de perjuicios, por lo que no son de recibo para la Sala los argumentos expuestos por la parte demandante en este punto, imponiéndose confirmar la decisión recurrida.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Sostiene Porvenir S.A. en su apelación que en el sub judice no se acreditan los condicionamientos para condenar al pago de la indemnización de perjuicios. A fin de resolver este cuestionamiento, sea lo primero recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, en casos como el aquí estudiado, es posible reclamar el resarcimiento de perjuicios. Así lo señaló en la sentencia CSJ SL373-2021, posición reiterada, entre otras, en sentencias SL1498-2022, SL1496-2022, SL1497-2022, SL959-2022 y SL3871-2021.

Concretamente, ese máximo Tribunal explicó en la sentencia CSJ SL373-2021, lo siguiente:

“Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si

un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

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

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

En similar sentido se pronunció en la sentencia SL3535-2021:

“Por consiguiente, siempre que dicha pretensión sea plasmada en la demanda -lo que en este caso no ocurrió-, bien podría el juez ordenar a título de indemnización de perjuicios el pago a cargo de la AFP de la diferencia entre la prestación reconocida en el RAIS y aquella que hubiese tenido en el RPMPD. Esto es, imponer el pago de una renta periódica en los mismos términos en que lo habría hecho el régimen de prima media con prestación definida, tanto para el pensionado como para sus potenciales beneficiarios, ordenando compensar o restituir todo aquello a lo que haya lugar”.

Precisado lo anterior, es menester recalcar que en el sub lite, desde el libelo genitor, se solicitó el reconocimiento de los perjuicios causados, que se concretan en el pago de la mesada pensional en la cuantía que correspondería en el RPMPD; pretensión que quedó incluida en la fijación del litigio, lo que habilita su estudio por parte de esta Sala.

Ahora, habida cuenta que nos encontramos frente a un régimen de responsabilidad subjetiva contractual por culpa probada, al que se llega por vía de aplicación supletoria del artículo 19 del CST, resulta oportuno traer a colación los predicamentos que en torno al daño ha esbozado con solvencia la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (SC282-2021/2008-00234-01), en cuyos apartados pertinentes expresa:

“El daño, como el elemento nuclear de la responsabilidad, consiste en el menoscabo que la conducta dañosa del victimario irroga al patrimonio, sentimientos, vida de relación o bienes de especial protección constitucional de la víctima.

Se trata de «una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio» (CSJ, SC10297, 5 ag. 2014, rad. n.º 2003-00660-01; reiterada SC2758, 16 jul. 2018, rad. n.º 1999-00227-01).

En otras palabras, «es ‘todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad’» (SC16690, 17 nov. 2016, rad. n.° 2000-00196-01).

2.1.2. Para que el daño sea susceptible de ser reparado se requiere que sea «‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’ (Sentencias de 26 de enero de 1967 (CXIX, 11-16) y 10 de mayo de 1997, entre otras)» (SC, 27 mar. 2003, exp. n.° C-6879); asimismo, debe afectar un interés protegido por el orden jurídico (SC13925, 30 sep. 2016, rad. n.° 2005-00174-01).

(...)

El principio de reparación integral propugna porque la víctima de un daño sea restablecida a la situación en que se encontraría de no haber sufrido el agravio, de suerte que se mantenga indemne de las consecuencias negativas del hecho culposo. Por tanto, «[e]l resarcimiento no puede superar la pérdida efectiva, ni generar una ventaja para el damnificado».

La Corte, refiriéndose a este principio, ha ordenado «que al afectado por daños en su persona o en sus bienes, se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior..., y por eso, acreditada la responsabilidad civil, el juez ‘tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio» (SC, 18 dic. 2012, rad.n.° 2004-00172-01, reiterada en SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.° 2009-0014-01)».

Bajo los anteriores derroteros, procede la Sala a verificar si se ha ocasionado un daño que deba repararse, lo que en efecto acontece, puesto que, en lo concerniente al traslado de régimen pensional del actor, observa la Sala que no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir SA, al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional. Y es que, conforme se extrae del interrogatorio de parte absuelto por el accionante, la única información recibida al momento del traslado fue a través de una gráfica con una curva en la que le mostraron lo favorable que sería su pensión en el RAIS. Aunado a esto, la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento tampoco acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir SA; lo que da lugar a dar por acreditada la culpa de la AFP convocada a juicio.

Esta falta de información cualificada por parte de Porvenir S.A., que determinó la afiliación, traslado y permanencia del actor en el RAIS, y su consecuente reconocimiento jurídico del estatus de pensionado con el pleno y satisfactorio disfrute pensional, causó un daño directo, cierto, real y efectivo en la liquidación del ingreso base y en el monto de la mesada pensional, lo que en efecto logra extraerse del plenario; concretamente, en el dictamen pericial practicado por el perito Rubén Darío Salazar Puentes se estableció que, de haber permanecido en el RPMPD, el actor tendría derecho a una mesada en cuantía inicial para el año 2017 de \$10.911.256,00, mientras que la otorgada por la AFP Porvenir SA asciende a \$3.024.477,00. Hecho que al no haberse ponderado para la fecha en que suscribió el formulario de afiliación a la AFP accionada, significó la pérdida de oportunidad de acceder a un mayor valor en su mesada pensional, en tanto que, de haber continuado en el RPMPD, le hubiese correspondido un mayor monto de la mesada pensional de la que le fue otorgada por Porvenir SA a partir del 5 de julio de 2017, y, en este orden de ideas, se configura el elemento base constitutivo de la responsabilidad en cabeza de la AFP, como lo es el daño, con su particular carácter de ser “directo y cierto” y no simplemente “eventual o hipotético”.

En este punto, vale la pena memorar lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL373-2021), frente a la concreción del daño, al resaltar que “el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado”, lo que en efecto se presenta en el sub examine, pues la falta del deber de información detallada e íntegra por parte de la AFP previo al momento del traslado de régimen pensional, determinante de su consentimiento, su permanencia y pleno y satisfactorio disfrute de la pensión, privó al accionante de la oportunidad de pensionarse con mejores condiciones en el régimen de prima media con prestación definida, visto que en el ámbito de la responsabilidad subjetiva se denomina “pérdida de oportunidad” como daño reparable, dentro de las siguientes condiciones:

“La Sala, asimismo, en oportunidad reciente, se refirió a “la pérdida de una oportunidad” como “la frustración, supresión o privación definitiva de la oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro o, para evitar una desventaja, pérdida o afectación ulterior del patrimonio” y luego de hacer mención de las diferentes tesis que plantea la doctrina respecto de la naturaleza del detrimento que se estudia, concluyó que “[a]l margen de la problemática precedente, la pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual. (Sentencia del 01 de noviembre de 2013, ref: 08001-3103-008-1994-26630-01, Sala de Casación Civil)”

Así las cosas, se advierte la presencia de la tríada de elementos constitutivos de la responsabilidad subjetiva, esto es, una culpa probada de la AFP accionada, un daño directo y cierto, y un nexo causal entre los dos primeros elementos; de lo que se colige la viabilidad de la indemnización de perjuicios, imponiéndose confirmar la decisión del a quo en este punto; no sin antes señalar que el perjuicio ocasionado como consecuencia de la falta al deber de información se traduce en la diferencia pensional que le correspondería entre la prestación que hubiese recibido en el RPMPD con la mesada pensional que actualmente recibe en el RAIS. Lo que conlleva confirmar la decisión del a quo en este tópico.

Por otra parte, advierte la Sala la improcedencia del llamamiento en garantía frente a Colpensiones al no verificarse obligación legal o contractual de ésta respecto de los perjuicios causados por Porvenir SA al accionante ante el incumplimiento de su deber de información, en los términos del artículo 64 del CGP.

INTERESES MORATORIOS

Con respecto a los intereses moratorios, se remite la Sala a la literalidad del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en cuyos términos:

“A partir del 1 de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago”

Así, es del caso aclarar que la condena impuesta en el presente trámite se circunscribe al pago de los perjuicios causados por Porvenir S.A. al actor, dada la omisión en su deber de información; mas no corresponde al reconocimiento y pago de una pensión, mucho menos se verifica un pago tardío de tal prestación, lo que torna en improcedente este pedimento, razón por la cual se confirmará la decisión recurrida en este sentido.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

En lo que respecta a esta excepción, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL373-2021) ha dicho que el término de prescripción de la

acción debe contarse desde el momento en que se adquiere el estatus jurídico de pensionado, vale decir, desde el momento en que el daño es perceptible en toda su magnitud, lo que ocurre cuando se entra en el disfrute pleno y satisfactorio de la prestación, momento en el cual el afiliado tiene el conocimiento exacto y cierto de que el IBL y el monto de la pensión no corresponde con el ofrecimiento realizado a la sazón de la afiliación y traslado de régimen pensional, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias que pudiera haber advertido el afiliado, que su mesada pensional iba a ser menor a la que le hubiere correspondido de haber continuado o retornado dentro de los parámetros legales al RPMPD.

De los anteriores lineamientos jurisprudenciales, cumple afirmar que el daño producto de la falta al deber de información se exterioriza o concreta con la finalización de la circunstancia fáctica generante del daño una vez se adquiere la calidad de pensionado y se entra en el pleno disfrute pensional, es decir, que se puede estar ante un daño de carácter continuado, dado que los efectos o consecuencias de la omisión al deber de información sólo vienen a materializarse a través del tiempo y advertirse al momento en que se adquiere la calidad de pensionado, esto es, desde la perpetración del acto o hecho, fuente generatriz del daño, como lo tiene dicho la jurisprudencia civil (STC 8885-2016), y, en consecuencia, es a partir de allí que se debe contar el término de prescripción para incoar la acción de reparación del daño o indemnizatoria de perjuicios.

En armonía con lo anterior, observa la Sala que el accionante adquirió la calidad de pensionado el 5 de julio de 2017, circunstancia que le fue notificada el 27 de julio de 2017 (archivo 08 del expediente digital), lo que determina que tenía hasta el 27 de julio de 2020 para interrumpir la prescripción o acudir a la vía judicial a demandar la reparación del daño o la indemnización de perjuicios que aquí persigue, sin que hubiese presentado reclamación en dicho lapso. Aunado a esto, se evidencia que, si bien la demanda se radicó el 7 de diciembre de 2020 (acta de reparto, archivo 02 del expediente digital); lo cierto es que la pretensión relativa al reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios fue adicionada en la reforma a la demanda presentada el 24 de mayo de 2021, de lo que se colige que la indemnización de perjuicios cuyo pago aquí se reclama se encuentra afectada por el fenómeno prescriptivo, tal como lo refirió Porvenir SA en su apelación. Recuérdese que la condena impuesta por el fallador de primer grado se concreta en el pago de los perjuicios ocasionados por la AFP accionada

al actor; mas no corresponde a un reconocimiento prestacional ni a una reliquidación pensional, lo que torna, además, en improcedente la declaratoria parcial de la excepción de prescripción, sobre un derecho concreto, ya que el derecho prescribe o prescribe, en los términos señalados por el a quo.

Frente a este último aspecto, cumple precisar que la condena aquí analizada no es equiparable a un derecho pensional que, por su naturaleza, es imprescriptible; tampoco es comparable a un importe prestacional exigible de manera periódica que admite la prescripción trienal independiente para cada periodo. Contrario a ello, lo aquí estudiado consiste en una indemnización de perjuicios, cuya declaratoria de prescripción extingue en su totalidad el derecho pretendido al no haberse ejercitado la acción judicial dentro del término establecido en el artículo 151 de CPT y SS; resultando errada la conclusión del a quo en este punto.

Corolario de lo anterior, se revocará la decisión condenatoria de primer grado y, en su lugar, se declarará probada la excepción de prescripción propuesta por el extremo pasivo.

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

R E S U E L V E

Primero.- *Revocar los ordinales primero, segundo, sexto y séptimo de la parte resolutive de la sentencia apelada para, en su lugar, declarar probada la excepción de prescripción respecto de la indemnización de perjuicios generada por la omisión en el deber de información por parte de la AFP Porvenir SA.*

Segundo.- *Confirmar en lo demás la decisión recurrida.*

Tercero.- *Sin costas en esta instancia.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

~~MILLER ESQUIVEL GAYDAN~~
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE YOLANDA PEDRAZA MESA CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, CON INTERVENCIÓN EXCLIUYENTE DE ELIANA MARIA MALDONADO

En Bogotá, D.C., a los veinticuatro (24) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O :

En primer lugar, se pronuncia la Sala sobre el incidente de nulidad formulado por la demandada Porvenir SA en esta instancia, alegando vulneración al debido proceso, al no haberle enviado el juzgador de primer grado el vínculo de acceso a la audiencia adelantada el 12 de agosto de 2022, como tampoco el link del expediente digital.

Por auto del 26 de enero de 2023 se corrió traslado a la demandante y a la tercera ad excludendum del incidente de nulidad; asimismo, se requirió al Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad a fin de que remitiera las constancias de envío del vínculo de acceso a la parte demandada.

CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, sea lo primero señalar que las nulidades procesales tienen por finalidad la de amparar el debido proceso y el derecho de defensa de las partes en contienda, como derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, procurando, además, la seguridad jurídica y la eficacia de los preceptos legales que regulan el trámite de los procesos, postulados propios de nuestro Estado Social de Derecho (artículo 29 de la CP).

De ahí, que la legislación procedimental general, aplicable en el campo laboral por autorización del artículo 145 del CPT y SS, consagre expresamente las causas que originan que un acto procesal sea declarado nulo, y lo previsto en el artículo 29 de la CP, es decir, cuando existe violación al debido proceso y el derecho de defensa, puesto que las demás irregularidades que ocurran dentro del proceso deben ser controvertidas o reparadas a través de los recursos.

La parte demandada fundó su petición de nulidad en la vulneración al debido proceso, remitiendo al artículo 29 de la Constitución Política, por cuenta de “[...] que el Juzgado JAMAS me envió link de audiencia”, es decir, por fuera de las causales taxativas del artículo 133 del CGP.

En tal sentido, como se dijo, el régimen de nulidades procesales es taxativo, por lo que sus causales se encuentran enmarcadas dentro del artículo 133 del CGP, aplicable en materia laboral, por disposición expresa del artículo 145 del CPT y SS, al no existir norma procesal laboral que lo prevea, y como tal, se trata de vicios de carácter excepcional, en los que se incurre a lo largo del trámite judicial, y traen consigo la necesidad de enderezar el curso normal del proceso, por lo que los motivos o causales que trae el legislador, en principio son las pautas principales por las cuales un proceso se podría ver afectado y su correspondiente corrección, aunque existe la posibilidad de solicitar la nulidad constitucional que vive en nuestro ordenamiento en virtud de lo señalado en el inciso final del artículo 29 de la Carta Política de 1991, la cual recae sobre la “prueba obtenida con violación del debido proceso”, pero también sobre irregularidades transcendentales o de tal envergadura, que en realidad afectan la sana actuación procesal e igualdad de las partes.

De conformidad con esta disposición, advierte la Sala que la institución del debido proceso dentro del Estado de derecho moderno implica entre otras cosas, la posibilidad en condiciones de igualdad, de acceder a la administración de justicia, sin más condicionamientos que los que la propia Carta Política establece; derecho de rango fundamental y de aplicación inmediata (artículos 29 y 85) que rige para toda clase de actuaciones, sean éstas judiciales o administrativas, sometiéndolas a los procedimientos y requisitos legal y reglamentariamente establecidos, para que los sujetos de derecho puedan tramitar los asuntos sometidos a decisión de las distintas autoridades, con protección de sus derechos y libertades públicas, y mediante el otorgamiento de medios idóneos y oportunidades de defensa necesarios, de manera que garanticen la legalidad y certeza jurídica en las resoluciones que allí se adopten.

De esa forma, aseguró el constituyente el cumplimiento de las garantías sustantivas y procesales requeridas, la imparcialidad del juzgador y la observancia de las reglas predeterminadas en la ley, así como la práctica, contradicción y valoración de las pruebas recaudadas y allegadas y la definición de los responsables y sus respectivas sanciones.

Respecto de lo anterior, resultan ilustrativas las providencias de la H. Corte Constitucional¹ en las que sobre el tema en cuestión ha indicado que lo que se protege no es el riguroso seguimiento de reglas de orden legal, sino el manejo de reglas procesales para tomar decisiones que puedan justificarse jurídicamente, por lo que se entiende que el derecho al debido proceso, proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que debe ajustarse las autoridades judiciales.

Particularmente, en lo relativo a la “observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, el Máximo Tribunal Constitucional ha señalado:

“Para que la protección del debido proceso sea efectiva, es necesario que las pautas procesales estén previamente definidas por el legislador, pues, de lo contrario, la función jurisdiccional quedaría sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los asociados y de resolver sobre la interdependencia de sus derechos. La previa definición legal de los procedimientos que constituyen el debido proceso ha sido llamada por la Carta Fundamental como “formas propia de cada juicio”, y constituye la garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en

¹ T-290 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

qué momentos la conducta de los jueces o de la administración, se sale ilegítimamente de los cauces de la legalidad. Resulta contrario al ordenamiento jurídico el que un funcionario encargado de adelantar procedimientos judiciales o administrativos que resuelvan sobre derechos subjetivos, proceda conforme su voluntad, desconociendo las pautas que la ley le ha señalado para el ejercicio de su función. La libertad de escoger las formas de los juicios perjudicaría a los administrados, antes que agilizar y personalizar la aplicación de la justicia; traería confusión y caos en el seno de la sociedad y pondría en entredicho el pilar de la seguridad jurídica.”²

Una vez precisado lo anterior, cumple recordar que en el sub lite, mediante proveído del 22 de junio de 2022, se convocó a las partes para el 12 de agosto de 2022, a las 2:30 pm, con el propósito de adelantar las audiencias de que tratan los artículos 77 y 80 del CPT y SS; auto que fue notificado por estado del 23 de junio de 2022.

Adicionalmente, se verifican las siguientes actuaciones:

- *Porvenir SA en su escrito de contestación no suministró un correo electrónico de notificaciones.*
- *En atención a lo anterior, el juzgado de conocimiento optó por remitir el vínculo de acceso a la audiencia al correo electrónico notificacionesjudiciales@porvenir.com.co, el 12 de agosto de 2022, a las 2:48 pm.*
- *Tampoco se observa requerimiento alguno presentado por Porvenir SA en la bandeja de entrada del correo electrónico del Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad (archivo 06, carpeta de segunda instancia del expediente digital).*

Luego, es claro para la Sala que el envío a Porvenir SA del link de acceso a la audiencia adelantada el 12 de agosto de 2022 se surtió en debida forma, sin que se observe irregularidad en el trámite impartido por el a quo, menos aún alguna de tal magnitud que afecte los derechos de defensa y contradicción de la demandada. Ahora, en cuanto a la manifestación que hace el representante judicial de la AFP accionada en el sentido que no se le envió el vínculo de acceso al expediente digital, es de precisar que, de presentarse tal circunstancia, ésta debió ser puesta en consideración del Juzgado de conocimiento a fin de que éste subsanara la falencia, sin que se verifique en el plenario petición en tal sentido. Por lo que resulta imperativo rechazar el incidente de nulidad propuesto.

No se impondrán costas.

² SU-429 de 1998. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral,

R E S U E L V E

Primero.- Rechazar el incidente de nulidad formulado en esta instancia por la demandada Porvenir SA, de conformidad con lo expuesto.

Segundo.- Sin costas.

Notifíquese y cúmplase.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por la demandante y por la vinculada contra la sentencia proferida el 12 de agosto de 2022, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Yolanda Pedraza Mesa, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la AFP Porvenir SA, para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de su hijo David Ricardo Alba Pedraza; junto con la indexación de las sumas y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: su hijo, David Ricardo Alba Pedraza, falleció el 1º de septiembre de 2017, de quien dependía económicamente; el 26 de septiembre de 2018 la actora reclamó ante la accionada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes; el 23 de

noviembre de 2017 la señora Eliana María Maldonado solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes afirmando ser compañera permanente del causante; existe proceso penal en contra Eliana María Maldonado bajo el radicado No 57201701156 en la Fiscalía Uno Unidad de Vida de Funza.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, la AFP Porvenir SA dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 01 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de fallecimiento del causante, la calidad de madre de la actora, y las reclamaciones presentadas; sobre lo restante manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, incertidumbre respecto del titular del derecho, compensación, prescripción y buena fe.

Por auto del 23 de enero de 2022 se dispuso vincular al trámite a Eliana María Maldonado, quien presentó escrito reclamando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, afirmando que convivió 7 años con el causante (archivo 03 del expediente digital).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 09 del expediente digitalizado) en la que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra. Declaró probada la excepción denominada inexistencia de la obligación propuesta por la AFP Porvenir SA; condenando en costas a la parte demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las reclamantes interponen recursos de apelación, así: la parte actora insiste en que quedó plenamente acreditada la dependencia económica hacia su hijo fallecido, sin que se hubiese demostrado convivencia con la señora Eliana Maldonado.

Por su parte, la vinculada Eliana Maldonado argumentó que, las pruebas aportadas, permiten concluir la existencia de una unión marital con el causante durante más de 7 años, del 2010 al 2017; y el hecho de tener disgustos transitorios no desvirtúa la convivencia.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes no presentaron alegatos en esta instancia.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y la SS, procede la Sala a realizar el análisis únicamente de los reparos expuestos por las reclamantes en la sustentación de sus respectivos recursos.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - COMPAÑERA PERMANENTE - MADRE

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no existe discusión en cuanto a que David Ricardo Alba Pedraza falleció el 1º de septiembre de 2017, como da cuenta su registro civil de defunción, y dentro de los 3 años anteriores al deceso cotizó un total de 104,85 semanas en la AFP Porvenir SA, conforme se establece con la Relación Histórica de Movimientos expedida por la sociedad demandada (archivo 01 del expediente digital). Tampoco es tema de debate que la actora ostentan la calidad de madre del afiliado fallecido, tal como se observa en el registro civil de nacimiento de este último; y que mediante comunicación del 26 de septiembre de 2018 Porvenir SA negó a la promotora de la litis el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes argumentando que “con fecha 23 de noviembre de 2017 fue definida la prestación con rechazo sin devolución de saldos beneficiario con mayor derecho, lo anterior teniendo en cuenta que esta Administradora tuvo conocimiento de la existencia de la señora Eliana María Maldonado quien en calidad de compañera permanente del afiliado [...] realizó reclamación formal ante esta entidad” (archivo 01 del expediente digital)

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar si las señoras Yolanda Pedraza Mesa y Eliana María Maldonado cumplen los condicionamientos para acceder a la

pensión de sobrevivientes que reclaman con ocasión al fallecimiento de David Ricardo Alba Pedraza.

Pues bien, considerando la data del deceso del causante, 1º de septiembre de 2017, es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, el cual reza:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones: [...]*

También resulta pertinente referir el texto del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993:

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

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

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

[...]

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;”

En atención a lo preceptuado en el literal d) de la norma en cita, procede la Sala, en primer lugar, a estudiar el eventual derecho en cabeza de Eliana María Maldonado, quien alega su condición de compañera permanente del causante.

En este orden de ideas, es del caso señalar que las normas transcritas consagran dos situaciones distintas para acceder a la pensión de sobrevivientes, una, cuando el causante es afiliado al sistema de seguridad social, y otra, cuando éste es pensionado, para los que la ley establece requisitos diferentes; para los últimos se

exige una convivencia mínima, y para los primeros simplemente el haber cotizado un número de semanas con anterioridad al fallecimiento.

En punto a este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia revaluó su posición en el entendido que el requisito mínimo de convivencia previsto para tener derecho a la pensión de sobrevivientes refiere únicamente al caso de muerte del pensionado, mas no cuando se trate del fallecimiento de un afiliado, pues para este último supuesto no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia. Así lo precisó en la sentencia SL1730-2020:

“Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada [...]

*Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. **Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes**” (subraya y negrilla fuera de texto).*

*Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión. [...]*

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

Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias SL489 -2021, SL362-2021, SL1905-2021, SL5270-2021 y SL3943-2022.

Así, al establecer los límites personales y temporales para acceder a la pensión de sobrevivientes, los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 buscan un fin legítimo al proteger a los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado que fallece, ante el reclamo ilegítimo de personas que no tendrían derecho a recibirla. Por otra parte, la norma persigue favorecer uniones que evidencien un compromiso de vida real, con vocación de permanencia. Ello orientado a proteger el patrimonio de la familia del pensionado o afiliado ante eventuales maniobras fraudulentas de personas que sólo persiguen el beneficio económico de la pensión de sobrevivientes a través de convivencias de última hora.

De conformidad con lo precedente, para la fecha del deceso del afiliado fallecido correspondía el derecho al reconocimiento y pago de la pensión en forma vitalicia, bien a la cónyuge supérstite o a la compañera permanente, siempre y cuando acreditaran más de 30 años de edad, y el causante hubiese cotizado un mínimo de cincuenta semanas durante los tres años anteriores al fallecimiento; sin importar el tiempo de convivencia.

Dados los anteriores derroteros, cumple destacar que en el presente asunto no se discute que, a la fecha del deceso de David Ricardo Alba Pedraza, la reclamante Eliana María Maldonado acreditaba 26 años de edad, pues nació el 23 de noviembre de 1990, conforme se establece con la información consignada en el “INFORME DE INVESTIGACIÓN PARA PAGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS” realizado por la firma León & Asociados; por lo que, de acreditarse su calidad de compañera permanente del causante, únicamente tendría derecho a la pensión de sobrevivientes de manera temporal, dado que no procreó hijos con el de cujus. En este orden de ideas, procede la Sala al estudio de los medios probatorios allegados a fin de determinar si Eliana María Maldonado demuestra su condición de compañera permanente supérstite.

Obran en el expediente sendas declaraciones extra juicio suscritas por las siguientes personas: i) Juan Álvarez, con fecha 28 de noviembre de 2017, en la que manifiesta “para la época, era el administrador de la casa con dirección Calle 8 # 5 - 63 ubicada en el centro histórico de la Candelaria de la Ciudad de Bogotá, hago constancia que la señora ALIANA MARIA MALDONADO GARCIA [...] y el señor DAVID RICARDO ALBA PEDRAZA [...] fueron arrendatarios de una de las habitaciones de la casa en el periodo de Julio a Diciembre de 2011”; ii) Félix Andrés Millán Chaux, con fecha 11 de mayo de 2022, en la que hace constar que “ELIANA MARIA MALDONADO [...] y DAVID RICARDO ALBA PEDRAZA [...] convivieron como pareja y fueron co-arrendatarios del apartamento ubicado en la Carrera 70 # 22-75 Manzana C, Interior 22 apto

302 en el Barrio Carlos Lleras de Bogotá en el periodo comprendido de Enero 2012 a Julio 2012”; iii) Sandra Patricia Lizcano, adiada 11 de mayo de 2022, en la que afirma que “ELIANA MARIA MALDONADO [...] y DAVID RICARDO ALBA PEDRAZA [...] convivieron como pareja y fueron arrendatarios de mi apartamento en la Carrera 99 # 14-78 torre 3 apto 602, Fontibón en el periodo comprendido de septiembre de 2013 a septiembre del año 2014”; iv) Christian Darío Arévalo Gómez, del 27 de noviembre de 2017, “quien para la época era el propietario del inmueble ubicado en Calle 15 A # 9 -129 Este Torre 8 Apto 203 en Madrid, Cundinamarca, hago constancia que la señora ELIANA MARIA MALDONADO [...] y DAVID RICARDO ALBA PEDRAZA [...] convivieron en el apartamento, en calidad de arrendatarios, en el periodo de Agosto de 2014 a Enero de 2016”; v) Ana Mercedes Parra García, con fecha 26 de noviembre de 2017, “propietaria del inmueble ubicado en la Calle 17 A ESTE # 4-41 Barrio Iregüi 1 en Mosquera, Cundinamarca, hago constancia que el señor DAVID RICARDO ALBA PEDRAZA [...] y ELIANA MARIA MALDONADO [...] convivieron como pareja en el apartamento 302, en calidad de arrendatarios en el periodo del 15 de Enero del 2016 al 15 de Abril de 2016”; vi) Myriam Cecilia Suárez Cortés, con fecha 5 de diciembre de 2017, en la que manifiesta que “DAVID RICARDO ALBA PEDRAZA [...] y ELIANA MARIA MALDONADO [...] convivieron en calidad de ARRENDATARIOS en mi residencia ubicada en Bogotá, Kra. 3 o Av. Circunvalar No. 52A-42 Apto. 301 bajo contrato de Arrendamiento durante el periodo comprendido entre Abril 1º. a Septiembre 1º de 2016”; vii) Andrea del Pilar Sandoval Martínez y Mónica Lizeth Sánchez Angarita, del 27 de octubre de 2017, en la que hacen constar que “conocemos de vista, trato y comunicación desde hace 14 y 10 años respectivamente a la señora ELIANA MARUA MALDONADO GARCIA [...] por tal razón se y me consta que convivió en unión libre de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa desde el día 1 de agosto de 2010 con el señor DAVID RICARDO ALBA PEDRAZA (q.e.p.d.) [...] el cual falleció el día 1 de septiembre de 2017; de cuya unión no procrearon hijo(a,s), los gastos del hogar eran asumidos por los dos y convivieron juntos hasta la fecha de su fallecimiento” ; viii) Yessika Brigith Jiménez Poveda, del 30 de octubre de 2017, en la afirma que “conozco de vista, trato y comunicación desde el mes de abril de 2016 a la señora ELIANA MARIA MALDONADO GARCIA [...] por tal razón se que convivió en unión libre desde el día 1 de agosto de 2010, me consta que la convivencia fue de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa con el señor DAVID RICARDO ALBAR PEDRAZA (q.e.p.d.) [...] el cual falleció el día 1 de septiembre de 2017; de cuya unión no procrearon hijo(a,s), los gastos del hogar eran asumidos por los dos y convivieron juntos hasta el fecha de su fallecimiento” (archivo 06 del expediente digital).

Adicionalmente, la demandante Yolanda Pedraza Mesa, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que, al momento del deceso, su hijo se encontraba viviendo con Eliana Maldonado, los dos solos. Dijo que la primera residencia que tuvo la pareja fue en el año 2010, en la casa de su hija Lorena; y que a ratos ellos se peleaban y

por eso el causante se iba a vivir solo. También reconoció que, previo al deceso, vivió dos meses con la pareja.

Eliana Maldonado, al absolver interrogatorio de parte, aseguró que empezó a convivir con David Ricardo Alba Pedraza en agosto de 2010; que convivieron en varias residencias; y que en ocasiones tuvieron discusiones y peleas, y por tal razón se distanciaban, aclarando que esto también obedeció a que el causante padecía hipertiroidismo, lo que lo obligaba a estar constantemente en Bogotá, mientras que ella trabajaba fuera de esta ciudad. Dijo que a veces David Ricardo Alba se quedaba en la casa de su hermana Lorena, y que Yolanda Pedraza Mesa también convivió un tiempo con ellos.

Se recibió el testimonio de Leidy Lorena Alba Pedraza, hermana del afiliado fallecido, quien indicó que, al momento del fallecimiento, David Ricardo Alba Pedraza se encontraba conviviendo con su progenitora Yolanda Pedraza Mesa y con su novia Eliana Maldonado. Afirmó que David Ricardo y Eliana tuvieron una relación de varios años en los cuales “volvían y terminaban”, aproximadamente 4 años. Dijo que en varias oportunidades su hermano llegó a vivir con ella, durante días o incluso meses; y que Eliana también vivió en su apartamento durante un mes, luego de eso se fue a vivir con el causante.

Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas, de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, la Sala concluye que, en los últimos años de vida, David Ricardo Alba Pedraza convivió con Eliana María Maldonado, según se extrae del interrogatorio absuelto por Yolanda Pedraza Mesa y del testimonio de Leidy Lorena Alba Pedraza. En efecto, tanto la madre como la hermana del causante fueron contestes al afirmar que, al momento del fallecimiento, el causante se encontraba conviviendo con Eliana Maldonado, aunque aclararon que la pareja “se peleaba” constantemente, hecho que fue aceptado por la misma Eliana Maldonado. En punto a este tema, cumple recordar lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con respecto a que los desacuerdos o disgustos transitorios de la pareja no suponen una ruptura de la convivencia. Así lo señaló en la sentencia SL1399-2018:

“En fallo SL3202-2015 esta Sala de la Corte adoctrinó que en la familia, como componente fundamental de la sociedad, pueden presentarse circunstancias o vicisitudes que de ningún modo pueden tener consecuencias en el mundo de lo jurídico, como cuando desacuerdos propios de la pareja conllevan a que transitoriamente no compartan el mismo techo, pero se

mantengan, de manera patente, otros aspectos que indiquen que, inequívocamente no les interesa acabar con la relación, es decir, que el vínculo permanece.”

En consecuencia, al verificarse la voluntad del afiliado fallecido de formar un hogar y tener una comunidad de vida con Eliana Maldonado, le corresponde a ésta el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en un 100%, en forma temporal por una duración máxima de 20 años. Correspondiéndole a Porvenir SA pagar el retroactivo pensional causado desde el 2 de septiembre de 2017, tomando como base una mesada en cuantía equivalente a un smlmv, ya que al aplicar los parámetros establecidos en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 se obtendría una mesada pensional en cuantía inferior al smlmv, lo cual está proscrito por el citado artículo. Prestación que deberá reconocerse por 13 mesadas al año; para lo cual se autoriza a la AFP accionada a efectuar los descuentos que por los aportes en salud debe asumir la pensionada con el fin de no alterar el correcto funcionamiento del sistema de seguridad social (CSJ sentencia SL 6472 del 21 de mayo de 2014, reiterada en la SL 6446 del 15 de abril de 2015). Retroactivo que deberá pagarse debidamente indexado a efecto de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda. Resultando pertinente destacar que las sumas aquí reconocidas no se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, toda vez que la prestación se causó a partir del 2 de septiembre de 2017 y la demanda se radicó el 11 de julio de 2019, esto es, antes de transcurridos los 3 años de que tratan los artículos 151 del CPT y SS y 488 y 489 del CST.

Finalmente, resulta pertinente mencionar que el reconocimiento pensional en favor de Eliana Maldonado en su calidad de compañera permanente del causante, excluye el derecho pretendido por Yolanda Pedraza Mesa en su condición de madre del causante, a voces del literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, por lo que se confirmará la absolución impartida por el a quo respecto de esta reclamante.

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

RESUELVE

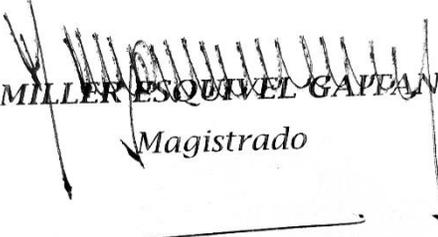
Primero.- *Revocar parcialmente la sentencia apelada para, en su lugar, condenar a la AFP Porvenir SA a reconocer y pagar a Eliana María Maldonado la pensión de*

sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de David Ricardo Alba Pedraza, en un 100%, en forma temporal por una duración máxima de 20 años, a partir del 2 de septiembre de 2017, en cuantía equivalente a un smlmv, por 13 mesadas. Retroactivo que deberá pagarse debidamente indexado; para lo cual se autoriza a Porvenir SA a efectuar los descuentos que por los aportes en salud debe asumir la pensionada.

Segundo.- Confirmar en lo demás la decisión de primer grado, en cuanto absolvió a la AFP Porvenir SA del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes reclamada por Yolanda Pedraza Mesa.

Tercero.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


MILLER ESQUIVEL GALDAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OLGA LUCIA VARON BERNAL CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y A LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

En Bogotá, D.C., a los veinticuatro (24) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada María Claudia Tobito Montero identificada con C.C. No. 1.020.786.735 y la T.P. No. 300.432 del C. S. de la J. como apoderada judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder conferidos.

Reconocer personería al abogado Michael Cortázar Camello identificado con C.C. No. 1.032.435.292 y la T.P. No. 289.256 del C. S. de la J. como apoderado judicial sustituto de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y

Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, en la forma y para los efectos del poder conferidos.

Notifíquese

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos Colpensiones y Porvenir SA contra la sentencia proferida el 25 de octubre de 2022, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Olga Lucía Varón Bernal, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, a la AFP Porvenir SA y a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP- a que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión al deber de información. En consecuencia, se condene a Colpensiones a aceptar su traslado e inscribirla en el RPMPD. De igual manera, se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los dineros que reposan en su cuenta de ahorro individual. Asimismo, se condene a pago de las costas del proceso, y lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 03 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 13 de septiembre de 1962; efectuó cotizaciones al ISS desde el 11 de septiembre de 1984; el 1° de abril de 1991 se vinculó a la Rama Judicial con la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Bogotá – Cundinamarca; del 1° de abril de 1991 al 31 de julio de 1995 realizó cotizaciones a Cajanal, hoy UGPP; a partir del 1° de agosto de 1995 y hasta la fecha ha cotizado a Porvenir SA; el asesor que realizó el

traslado sólo le informó de las ventajas, más no de las desventajas de su traslado; tampoco le suministró información correspondiente y comparativa de cada uno de los regímenes pensionales; reclamó ante las demandadas la declaratoria de nulidad de su traslado de régimen, obteniendo respuestas negativas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 06 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la reclamación presentada y la respuesta emitida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 11 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó el traslado del actor a dicha entidad, la solicitud presentada y su respuesta desfavorable; sobre las restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

La UGPP contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda (archivo 8 del expediente digital). Manifestó no constarle ninguno de los hechos de la demanda. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación demandada, buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la

sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 16 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir SA. Declaró válidamente vinculada a la demandante al RPMPD desde el 11 de septiembre de 1984 hasta la actualidad, como si nunca se hubiere traslado. Condenó a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los vales que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos financieros, intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración; sumas debidamente indexadas; debiendo Colpensiones recibir las sumas trasladadas y actualizar la historia laboral de la accionante. Absolvió a la UGPP de todas las pretensiones formuladas en su contra. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones. Se abstuvo de imponer condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, Colpensiones y Porvenir SA interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA argumentó que cumplió a cabalidad con el deber de información en los términos vigentes para la época del traslado, lo cual se corrobora con el formulario de afiliación suscrito de manera voluntaria. Indicó que la actora es abogada y oficial mayor en un juzgado, por lo que debe conocer las normas nacionales. Dijo que no es posible devolver los gastos de administración, las primas de seguros previsionales ni el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, dado que dichos emolumentos fueron pagados a las compañías aseguradoras y generaron una rentabilidad en la cuenta de ahorro individual; además, en caso de trasladar estos valores, se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. Agregó que no es procedente la indexación por cuanto se generaría una doble actualización de la cuenta de ahorro individual, ya que también se dispone la devolución de los rendimientos generados.

A su turno, Colpensiones manifestó que la accionante antes de su traslado al RAIS no estaba vinculada al ISS, sino con Cajanal, y conforme lo estipula el Decreto 692 de 1994, Colpensiones no debe ser quien asuma la pensión de la actora, siendo la UGPP la obligada. Manifestó que la demandante se encuentra inmersa

dentro de la prohibición legal de traslado y que, si se declara la ineficacia del traslado, se afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA y Colpensiones presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos en sus recursos de apelación.

La parte demandante y la UGPP presentaron alegatos, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Colpensiones y por Porvenir SA al momento de sustentar sus recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para poder retornar al RMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, pues, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 60 años de edad, en tanto nació el 13 de septiembre de 1962, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 03 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 3 de junio de 1994, efectivo a partir del 1° de julio de ese mismo año, con destino a la AFP Porvenir SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporcione la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo "el asesor que realizó el traslado sólo le informó de las ventajas, más no de las desventajas de su traslado; tampoco le suministró información correspondiente y comparativa de cada uno de los regímenes pensionales", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, Rad. 56174, 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber

de informar que tiene la AFP a los afiliados, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 3 de junio de 1994. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

La demandante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que el 1º de abril de 1991 se vinculó con la Rama Judicial, como oficial mayor en el Juzgado 65 Penal Municipal de Bogotá y siempre ha trabajado en el área penal. Indicó que en el año 1994 se encontraba en su lugar de trabajo, cuando un asesor de Porvenir SA reunió a todos los trabajadores y únicamente les dijo que en el RAIS se podían pensionar a menor edad y que la pensión sería superior a la que ofrecía el ISS, además, que el ISS se iba a acabar y que perderían las semanas cotizadas. Afirmó que el asesor no les explicó las características, diferencias, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir SA, al momento de acoger como afiliado a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Al respecto, cumple precisar que las manifestaciones relativas a que “en el RAIS se podían pensionar a menor edad y que la pensión sería superior a la que ofrecía el ISS”, no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que expresiones de este tipo no son válidas cuando la persona desconoce la incidencia que éstas puedan tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando a la potencial

afiliada sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo éstas impactan su proyección pensional. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Tampoco son de recibo para la Sala los argumentos relativos a que, dado el nivel profesional o el cargo que ostenta la demandante, no puede predicarse una situación de engaño al momento de la afiliación, pues nada se garantiza con el

grado de conocimiento profesional del afiliado, cuando es un lego respecto de los temas pensionales.

Asociado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos

ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; por lo que no es de recibo la tesis planteada por Porvenir SA en su apelación, referente a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que fueron pagados a las compañías aseguradoras y generaron una rentabilidad en la cuenta de ahorro individual; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de

pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En lo que respecta a la inconformidad planteada por Porvenir SA frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y por ello la necesidad de traerlos a valor presente; además sobre los aportes si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido por el a quo. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos; lo que impone modificar la decisión apelada y consultada en este punto.

Siguiendo con el análisis del problema jurídico planteado, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiese realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional y su actuar estuviese revestido de buena fe, dadas las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiéndose por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Tampoco es de admisible el argumento expuesto por Colpensiones en su apelación relativo a que el retorno debe darse a la UGPP, en atención a que, previo al traslado de régimen, la accionante estaba afiliada a Cajanal. Al punto, recuérdese que la referida caja era una administradora del régimen de prima media con prestación definida, motivo por el cual, el Decreto 2196 de 2009 dispuso el traslado de los afiliados de aquella al otrora ISS, en este orden, es claro

que al ser hoy Colpensiones la administradora del RPMPD que asumió las funciones del ISS, al declararse la ineficacia del traslado, debe la actora retornar a Colpensiones.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se modificará la decisión apelada y consultada en los términos previamente indicados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

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

R E S U E L V E

Primero.- Modificar el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que la indexación opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo concedido en el ordinal siguiente, conforme a lo considerado.

Segundo.- Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Porvenir SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

Tercero.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

Cuarto.- Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho, a cargo de cada una de ellas.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE