

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 RAMIRO EDUARDO ESCOBAR GARCÍA CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES*

En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos mil veintidós (2022), 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 Tercera 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 demandante contra la sentencia del 2 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco 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

Ramiro Eduardo Escobar García, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene a reliquidar su pensión de vejez con una tasa de reemplazo del 90% a partir del 30 de mayo de 2005; al pago del retroactivo de las diferencias de mesadas pensionales dejadas de pagar a partir del 15 de abril de 2015, por efectos de la prescripción trienal, intereses moratorios o en su defecto indexación de las sumas adeudadas, lo ultra y extra petita, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 108 y 109 del expediente digitalizado (cd. fl. 2 archivo 1), en los que en síntesis se indica que: nació el 30 de mayo de 1945; se afilió al ISS hoy Colpensiones como trabajador privado desde el 12 de abril de 1985, y cotizó como trabajador al servicio del Estado en cajas de previsión social, alcanzando un total de 1.474 semanas; mediante Resolución 43141 del 26 de octubre de 2006, el ISS le reconoció pensión de vejez, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 de 2003, a partir del 1° de diciembre de esa anualidad; el 15 de noviembre de 2018 solicitó a Colpensiones la reliquidación de su pensión de vejez, aplicando una tasa de reemplazo del 90% sobre el IBL, de conformidad con lo previsto en el Decreto 758 de 1990 y Colpensiones en resolución SUB327608 del 20 de diciembre de ese año negó el derecho; se interpuso recurso de apelación contra ese acto administrativo y en resolución DPE 3533 del 24 de mayo de 2019, confirmó la negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones (cd. fl. 2 archivo 1 de la carpeta 5.), aceptó los hechos relacionados con la afiliación del demandante al ISS el 12 de abril de 1985, el reconocimiento pensional a través del acto administrativo citado por el actor y los relacionados con la reclamación de reliquidación de la pensión y la negativa de la entidad, frente a los demás dijo no constarle. 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 de intereses moratorios, no configuración del derecho al pago 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.

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 absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra. Declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido y condenó en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación insistiendo en que se reliquide su pensión aplicando el Acuerdo 049 de 1990, argumentando que en esta oportunidad resulta de caso acoger el criterio jurisprudencial adoptado por la Corte Constitucional y por la Sala de Casación laboral de H. Corte Suprema de Justicia, aplicando una tasa de reemplazo del 90% del ingreso base de liquidación, teniendo en cuenta que es beneficiario del régimen de transición y dando al principio de favorabilidad ya que para el reconocimiento pensional podía ser bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988 que permitía la suma de tiempos públicos y privados y el acuerdo 049 de 1990, siendo más favorable este último, ya que cotizó al ISS más de 1000 semanas, y en caso que nos ocupa es muy similar la sentencia SL2557 del 8 de julio de 2020, con radicación 72425, que señala que es permitida la suma de tiempos públicos y privados en aplicación del Decreto 758 de 1990, por lo que pide se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones formuladas.

Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia, mientras que Colpensiones pide conformar la decisión de primera instancia ante la imposibilidad de tiempos públicos y privados bajo el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aunado que si bien la prestación inicialmente fue reconocida bajo el amparo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modifica por el art. 9° de la Ley 797 de 2003, en resolución GNR 349459 del 10 de diciembre de 2013 ante solicitud del actor lo reconoció como beneficiario del régimen de transición y reconoció la prestación por aportes conforme a la ley 71 de 1988, ordenado el pago del retroactivo de diferencias a partir el 24 de julio de 2008.

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.

CALIDAD DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que mediante resolución 43141 del 26 de octubre de 2006 el ISS hoy Colpensiones le reconoció pensión de vejez, a partir del 1° de diciembre de esa anualidad con una tasa de reemplazo del 74,48% de conformidad con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por

el art. 9° de la Ley 797 de 2003; la cual fue modificada por la resolución No. 30276 del 17 de julio de 2008, que ordenó reconocimiento pensional desde el 30 de mayo de 2005; posteriormente ante solicitud del demandante, a través de la resolución GNR 349459 del 19 de diciembre de 2013 se reconoció al demandante como beneficiario del régimen de transición y le reconoció la pensión de jubilación por aportes, bajo los postulados de la Ley 71 de 1988, aplicando una tasa de remplazo del 75% del IBL, prestación que posteriormente fue nuevamente reliquidada a través de la resolución GNR 245827 del 19 de agosto de 2016

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Si bien se solicita la reliquidación de la pensión de vejez reconocida inicialmente, no se puede perder de vista que a través de la GNR 349459 del 19 de diciembre de 2013 se reconoció al demandante como beneficiario del régimen de transición y le reconoció la pensión de jubilación por aportes, bajo los postulados de la Ley 71 de 1988, por lo que lo que ahora se pide es la reliquidación de esta última prestación, aplicando la tasa de reemplazo establecida en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, por así permitirlo recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, en los que se indicó que es posible computar los aportes efectuados en el régimen privado con los del sector público para efectos de acceder a una pensión de vejez al amparo de esta última norma.

Para resolver lo pertinente, la Sala advierte que resulta acertada la decisión emitida por el fallador de primer grado al no permitir la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 para establecer el monto de la primera mesada pensional del accionante, en tanto que la norma en mención tan sólo permite la contabilización del número de semanas efectuado al ISS, hoy Colpensiones, excluyendo los tiempos públicos, pues para eso el legislador creó el régimen que permite dicha acumulación, en la medida que se contabilizan no sólo aportes sino tiempos de servicio al sector oficial, cual es la Ley 71 de 1988, bajo la cual en últimas le fue reconocida la pensión por medio de la resolución GNR 349459 del 19 de diciembre de 2013, al reconocerlo beneficiario del régimen de transición. Precizando desde ya que estos son regímenes disimiles, con requisitos diferentes y beneficios igualmente diversos, por eso la norma de transición es explícita en que se aplica “el régimen anterior al cual se encuentren afiliados” y el régimen anterior no es únicamente el consagrado en el acuerdo citado.

Proceder así, es desconocer la existencia de varios regímenes pensionales antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, que tienen características propias y destinatarios

diferentes, como se anotó, e igualmente en el caso analizado no es posible aplicar el principio de favorabilidad, en tanto que éste enseña que en caso de conflictos o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, se aplica la norma más favorable al trabajador, y la norma que se escoja debe aplicarse integralmente (art. 21 del CST), lo que es conocido como el principio de inescindibilidad o conglobamento, porque al aplicar lo favorable de cada norma, en este caso régimen pensional, se está creando uno nuevo, que no es la función del juez (Art. 230 CP). “Es requisito que el conflicto se suscite entre dos o más disposiciones vigentes, del mismo rango y reguladoras de la misma situación, pero no con diferentes consecuencias jurídicas” (CSJ, Sala de Casación Laboral, sentencia del 27 de septiembre de 2000, exp. No. 14581). Y, ¿por qué no es aplicable dicho principio? por la sencilla razón que no se está ante la duda de cuál régimen se aplica al caso concreto, sino que claramente lo que se trata es de confundir o hacer una mixtura de dos situaciones incomparables, lo que conlleva a crear un nuevo régimen.

Por eso el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, es prístino al indicar que para tener derecho a la pensión de vejez el afiliado debe acreditar, además de la edad, un número mínimo de semanas cotizado al ISS, hoy Colpensiones, sin que admita el aporte a otras cajas de previsión social o tiempos de servicios a entidades oficiales, como sí lo permite la Ley 71 de 1988, que es otro régimen. El Acuerdo 049 de 1990 fue expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, exclusivamente para dicha institución, y en ninguna de sus normas se previó que las semanas de cotizaciones podían ser acumuladas con tiempos de servicios al Estado, mal habría sido, ya que para esa situación el legislador expidió el régimen pertinente (Ley 71 de 1988 o Ley 33 de 1985), basta mirar lo consagrado en el artículo 1º, para inferir que en este acuerdo no se permite tiempo de servicios al sector oficial o cotizaciones a otras cajas de previsión.

Razones suficientes para apartarse de lo estimado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL1947-2020, SL1981-2020 y SL2557-2020; ya que este cambio de criterio implica, entre otras cosas, la derogatoria definitiva de lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, que a partir de la vigencia del sistema pensional previsto en la Ley 100 de 1993, pervivía en los términos del artículo 36 de la misma, para efectos de establecer la edad, semanas o tiempo de servicio y monto de la pensión de vejez, toda vez que su aplicación no sería en ningún caso favorable, dadas las nuevas condiciones de creación jurisprudencial que a todas luces surgen más convenientes a los intereses del afiliado.

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

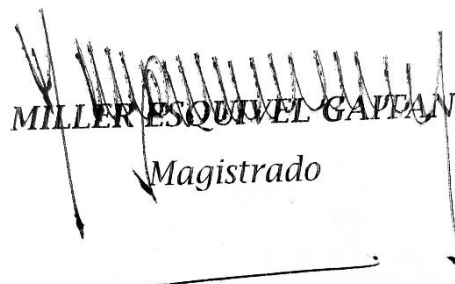
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada.*

Segundo.- *Sin costas en esta instancia.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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 LAURETH MARIA FELIZZOLA OTALVAREZ Y GABRIELA KATHERINE ESTRADA FELIZZOLA Y CONTRA FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos mil veintidós (2022), 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 Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del grado jurisdiccional de consulta de la sentencia del 7 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Uno 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

Laureth María Felizzola Otalvarez y Gabriela Katherine Estrada Felizzola, por intermedio de apoderado judicial, demandaron al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, para que se declare que el demandado está obligado a reliquidar la mesada pensional inicial de la pensión sanción post mortem y consecuentemente la de sobreviviente o sustitución pensional del señor Cristóbal Estrada Ortiz en favor de ellas; en consecuencia se condene al pago de los valores que relaciona por diferencias de mesada pensional, junto con los interés moratorios del art. 141 de la ley 100 de 1993 o subsidiariamente que se condene al pago de

valores al mayor valor los saldos dejados de percibir a título de mesada, debidamente indexados; y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 2 a 8 (C.D. fl. 2, archivo 01), en los que en síntesis se indica que: a través de la resolución No. 2634 del 6 de diciembre de 2018 se les reconoció pensión sanción post mortem en favor del señor Cristobal Estrada Ortiz, en cuantía inicial de \$737.717,00 a partir del 20 de octubre de 2017; así como la sustitución de la misma en favor de Laureth María Felizzola Otalvarez en su condición de cónyuge supérstite y Gabriela Katherine Estrada Felizzola en calidad de hija estudiante, en proporción del 50% para cada una de ellas, a partir del 23 de enero de 2018 y mientras subsista la condición de la segunda nombrada; posteriormente en resolución No. 2858 del 25 de noviembre de 2019 se acreció la pensión al 100% en favor de la señora Felizzola Otalvarez, a partir del 1° de diciembre de 2019. Señala que el causante Cristóbal Estrada Ortiz a 30 de marzo de 1992, devengó durante el último año de servicio un salario mensual equivalente a la suma de \$425.487,43, sobre el cual se debe liquidar la prestación; que el 8 de febrero de 2021, se solicitó demandado la reliquidación de la mesada pensional, obteniendo una respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, a pesar de haber sido notificado el Fondo el legal forma, no hizo pronunciamiento dentro del término, por lo que a través de auto del 20 de mayo de 2021 se tuvo por no contestada la demanda (C.D. fl. 2 archivo 009).

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 (C.D. fl. 2 archivo. 026) se en la que absolvió a la parte demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por las demandantes y las condenó en costas.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, ninguna de las partes se pronunció.

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

DE LA RECLAMACION ADMINISTRATIVA.

Dado que la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, es una entidad de derecho público, se hacía necesaria la acreditación del requisito de que trata el artículo 6 del Código procesal del trabajo y la seguridad social, que quedó debidamente registrado través de la documental que obra a fls 19 y ss del archivo 001 escrito de demanda y anexos incorporado al expediente digitalizado (C.D. fl. 2), con las anteriores actuaciones, para la Sala no cabe duda que frente a la competencia para resolver de fondo el asunto.

CALIDAD DE PENSIONADAS DE LAS DEMANDANTES

No fue objeto de discusión que mediante Resolución No. 2634 del 6 de diciembre de 2018, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconoció pensión sanción post mortem en favor del ex trabajador Cristobal Estrada Ortiz, a partir del 20 de octubre de 2017, en cuantía inicial de \$737.717,00 equivalente al SMLMV, teniendo en cuenta que al aplicar un IBL de \$125.289 que al aplicar el IPC ascendió a \$1.202.312 al que aplicó una tasa de reemplazo del 45,14%, resultaba una mesada inicial de \$542.725, con arreglo a las previsiones del artículo 8° de la Ley 171 de 1961 (fls. 42 a 55 del archivo 001 del expediente digitalizado).

Así mismo a través del mismo acto administrativo reconoció la sustitución de la prestación a favor de Laureth María Felizzola Otalvarez en su condición de cónyuge supérstite y Gabriela Katherine Estrada Felizzola en calidad de hija estudiante, en proporción del 50% para cada una de ellas, a partir del 23 de enero de 2018 y mientras subsista la condición de la segunda nombrada; por lo que posteriormente en resolución No. 2858 del 25 de noviembre de 2019 se acreció la pensión al 100% en favor de la señora Felizzola Otalvarez, a partir del 1° de diciembre de 2019. (fls. 42 a 55 del archivo 001 del expediente digitalizado).

RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN SANCIÓN

Para resolver la inconformidad de las accionantes la Sala advierte que las pensiones restringidas de jubilación son aquellas que se producen con un tiempo de servicios menor al exigido para la pensión plena de jubilación que se da con la edad y tiempo de servicios, siendo su monto proporcionalmente inferior al de la plena, de las cuales están

incluidas la prestaciones causadas por despido sin justa causa, también denominada pensión sanción, y la pensión por retiro voluntario con 15 años de servicios, de que tratan los artículos 8° de la Ley 171 de 1961 y 74, numeral 2, del Decreto 1848 de 1969. Así, el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 previó originalmente la pensión sanción para los trabajadores particulares y oficiales vinculados por contrato de trabajo que fueran despedidos sin justa causa, determinando que cuando la desvinculación se produjera después de 10 años de servicios y menos de 15 la pensión se pagaría a los 60 años de edad y cuando ese hecho ocurre después de 15 años de servicios se debería comenzar a pagar a los 50 años de edad; posteriormente el artículo 74, numeral 2, previó en términos semejantes la misma pensión pero sólo para trabajadores oficiales, misma que no fue derogada con el artículo 37 de la ley 50 de 1990, conservando su vigencia hasta el momento en que entró en vigencia la ley 100 de 1993.

Así mismo, es de advertir que una vez reconocida una pensión de jubilación o de vejez, sin importar el soporte jurídico, ya sea legal, convencional, reglamentaria o por voluntad del empleador, se le aplica todas las ventajas o beneficios consagrados en la ley, pues no porque sea fruto de la voluntad de empleador, quedan los beneficios o prerrogativas a su arbitrio, ello no solo sería fuente de injusticia sino de discriminación e iría en contravía de lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta Política.

Una vez realizadas las anteriores precisiones, en el caso de ex trabajador Cristobal Estrada Ortiz, es de indicar que prestó sus servicios a los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia desde el 17 de noviembre de 1980 al 30 de marzo de 1992 (conforme se indica en la Resolución 2634 del 6 de diciembre de 2018), y el reconocimiento pensional se efectuó a partir del 20 de octubre de 2017 (fecha en que cumplió los 60 años de edad); supuesto que justifica la indexación de la base salarial sobre la cual se determinó la liquidación de la prestación pensional, pues entre una y otra fecha transcurrió un término considerable que permite establecer la pérdida de su poder adquisitivo.

Ahora, en lo que respecta a la determinación del IBL de la pensión restringida de jubilación, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido consistente en sus pronunciamientos, al establecer que para tal efecto se procederá conforme con lo previsto por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, modificatorio del artículo 3° de la Ley 33 de ese mismo año. Así lo expuso en las sentencias SL2160-2019, SL2983-2019 y SL4789-2019:

“[...] en atención a que la pensión sanción reconocida al demandante, se causó el 1 de junio de 1992, el salario de liquidación de esta, debe determinarse con relación al que le

habría correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena, que, para ese momento, era la consagrada en la Ley 33 de 1985, la cual, dispone en su artículo 1, que el salario a tener en cuenta es el que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siendo los factores de este los que se indican en el artículo 3 ibídem, modificado por el canon 1 de la Ley 62 de 1985, esto es: la asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (CSJ SL 2748-2018).

[...]

Aunado a lo precedente, es menester precisar que el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, es una norma rígidamente taxativa (numerus clausus) por lo tanto de interpretación restrictiva, y siendo lo anterior así, como efectivamente lo es, no se abre paso la propuesta del recurrente de estimar otros factores salariales, pues, a las claras, dicho planteamiento va más allá de la voluntad del legislador, quien determinó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base. De manera que si el legislador hubiese querido que estuviesen más factores salariales así lo hubiere plasmado en la ley; no hay que soslayar que «cuando el legislador lo quiere lo dice, si no lo quiere calla».

Entonces, considerando que la terminación del vínculo contractual del demandante se produjo el 30 de marzo de 1992, es decir, en vigencia del artículo 1º de la Ley 62 de 1985, se deben tener en cuenta los factores salariales allí previstos, los cuales han de servir como base para liquidar la pensión restringida de jubilación, dado que esta norma había modificado el régimen pensional de los servidores públicos, el cual sirve de referencia para liquidar la pensión restringida; disposición que no permite incluir elementos distintos en la base de liquidación de la prestación.

Así, al instructivo la certificación expedida por el Secretario General de la entidad demandada, en la que se especifican los factores salariales devengados por el accionante en el último año de servicios, de los cuales únicamente se considerarán a efectos de liquidar la pensión restringida de jubilación, atendiendo las previsiones del artículo 1º de la Ley 62 de 1985, ascendió a \$1.522.634.54, que al dividirlo por 12 nos arroja un salario promedio mensual de \$126.886,00; último salario que al ser actualizado, conforme a la fórmula de indexación acogida por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 13 de diciembre de 2007, radicación 31222; se multiplica por el índice final (cumplimiento del requisito de la edad) y se divide por índice inicial (fecha de terminación de la relación laboral); como en el caso de autos se trata de una pensión sanción y al calcular el tiempo efectivo laborado por el actor se tiene que el monto de pensión inicial equivale al 42,32% del ingreso base de liquidación, obteniendo el valor de la mesada pensional inicial así:

$$VA = VH (\$126.886,21) \times \frac{IPC \text{ Final } (137.71286)}{IPC \text{ Inicial } (13.90116)} \quad VA = \$1.257.007,54$$

$$\$1.257.007,54 \times 42.32\% = \$531.965,58 \text{ valor inicial de la pensión.}$$

De ahí que la mesada pensional inicial sería de \$531.965,58, suma que resulta inferior al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2017, por lo que en efecto correspondía reajustarse el valor inicial a su equivalente, como en efecto lo hizo el Fondo de Pasivo social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia al momento del reconocimiento de la pensión sanción post mortem y las sustitución de la misma a la las demandantes, por lo que no queda otra alternativa que conformar la sentencia consultada.

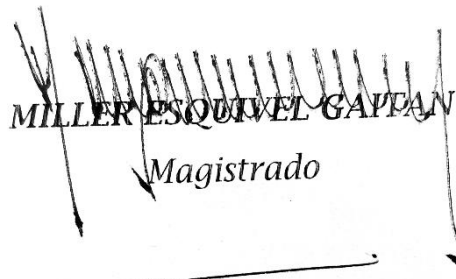
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

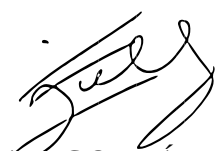
Primero.- Confirmar la sentencia consultada.

Segundo.- Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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 MARTHA CECILIA IMBRECHT CORONADO CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENIONES Y LAS AFP
PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y
CESANTIAS S.A.

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos mil veintidós (2022),
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
declaró abierta junto con los demás magistrados que integran la Sala Tercera de
Decisión .*

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

A U T O

*Reconócese personería a la Dra. Claudia Liliana Vela identificada con C.C. No.
65.701.747 y la T.P. No. 123.148 del C. S. de la J. como apoderada principal y a la
Dra. Cindy Juliteh Villa Navarro quien se identifica con la C.C. No 1.129.580.577 y
la T. P. No. 219.992 del C. S. de la J. como apoderada judicial sustituta de la
Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los
efectos de los poderes conferidos.*

*De igual manera, se reconoce personería a la Dra. Leidy Yohana Puentes Trigueros
quien se identifica con la C.C. No 52.897.248 y T. P. No. 152.354 del CSJ como
apoderada judicial la Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y a la Dra. Angélica María
Cure Muñoz quien se identifica con la C.C. No 1.140.887.921 y T. P. No. 369.821 del
CSJ como apoderada judicial la AFP Porvenir S.A. en la forma y para los efectos de
los poderes generales conferidos.*

Notifíquese

SENTENCIA

Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por las demandadas AFP Protección S.A., Skandia Pensiones y Cesantías S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia del 23 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Martha Cecilia Imbrecht Coronado, por medio de apoderado judicial, presentó demanda en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Colfondos S.A. para que se declare la nulidad o ineficacia de su vinculación ante al RAIS a través de la AFP Protección S.A. y se ordene su retorno al RPMPD administrado por Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones el valor de los saldos o aportes pensionales que existen en la cuenta pensional de manera integral, junto con los rendimientos financieros y lo descontado por gastos de administración; a Colpensiones a aceptar su retronó, como si nunca se hubiera trasladado, recibir los dineros trasladados e incluirlos en su historia laboral. Asimismo pide que se condene a las demandadas, lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias de derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 2 a 5 del proceso, en los que en síntesis se indica que: ha prestado sus servicios como trabajadora dependiente, estuvo vinculada al RPMPD y el 7 de febrero de 2000 suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A.; que los asesores comerciales no tenía conocimiento idóneo en temas de seguridad social y la indujeron de manera equivocada a vincularse ya que le indicaron que de no hacerlo perdería los beneficios del RPMPD; que los asesores de la AFP Protección nunca indicaron de los eventuales riesgos que podía tener al trasladarse al RAIS, nunca le suministraron información clara, idónea, consiente, verás y objetivamente verificable para asumir esa determinación de trasladarse; tampoco le realizaron una simulación o comparación del valor de la mesada pensional que se pudiera tener en el RAIS y la que lograría tener en el RPMPD; por otra parte, el ISS hoy Colpensiones no realizó ninguna gestión para desvirtuar los argumentos de la AFP; la accionante nunca le informó por escrito a su empleador para la fecha de traslado que había

asumido la determinación de trasladarse al RAIS con la AFP Protección, y que posteriormente se trasladó a la AFP Colfondos S.A., donde tampoco recibió información sobre ese régimen pensional y se encuentra actualmente vinculada. Agrega que el 31 de octubre y el 2 de noviembre de 2018 presentó ante Colpensiones y Colfondos S.A., respectivamente su traslado al RPMPD, las cuales fueron respondidas de manera negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 64 a 85); en cuanto a los hechos solo acepto los relacionados con la reclamación administrativa y la respuesta negativa ofrecida, a los demás dijo no constarle y no ser ciertos. 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 de orden público y la innominada o genérica.

La AFP Old Mutual S.A. hoy Skandia Pensiones y Cesantías S.A., en el plazo legal describió el traslado a la demanda, oponiéndose a los pedimentos formulados (folios 168 a 186), frente a los hechos aceptó como ciertos: la afiliación a ese fondo, el número de semanas cotizadas por la demandante durante su vida laboral, y el derecho de petición que radicó ante esa AFP; en cuanto a los demás hechos señala que no son ciertos o no le constan, señalando que se brindó la información exigida. Como medios exceptivos propuso: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

Igualmente, Colfondos S.A. al contestar se opuso a los pedimentos de la demanda (fls. 98 a 120); en cuanto a los hechos aceptó la vinculación a esa AFP , indicando que su vinculación fue el 21 de septiembre de 2005 con efectividad desde el 1° de noviembre del mismo año y hubo una segunda realizada el 19 de marzo de 2009, con efectividad desde el 1° de mayo de esa anualidad y el relacionado con la respuesta negativa a la solicitud de traslado; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación en el RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.,

prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.

A su turno, Protección S.A. dentro de término y en legal contestó la demanda en escrito incorporado a folios 143 a 167, en el que se opuso a las pretensiones formuladas; frente a los hechos aceptó los relacionados con la suscripción de formulario de afiliación con esa AFP el 7 de febrero de 2000, el traslado entre fondos realizado a través de la AFP Colfondos indicando que el 4 de marzo de 2020 se le entregó constancia del traslado de aportes realizados entre el 7 de febrero de 2000 y el 21 de septiembre de 2005, así como el relacionado con la solicitud de traslado y la respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos, no le constan y algunos son simples apreciaciones del libelista. Como medio de defensa propuso 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, la inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS y la innominada o genérica.

Por auto del 21 de octubre de 2020, se ordenó la vinculación de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. como litisconsorte necesaria por pasiva (fls. 201 a 203), quien notificada dio respuesta en escrito incorporado en cd, fl 209, en que se opuso a las pretensiones relacionadas con lo ultra y extra petita y las costas y en cuanto a las demanda manifiesta que ni se allana, ni se opone, en cuanto a los hechos manifestó no constarle ninguno de ellos: 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 inhabilitado 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 facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

Por auto del 1° de febrero de 2021 (fl 210 a 212) se ordenó la vinculación como litisconsorte necesario a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y se aceptó el llamamiento en garantía de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., solicitado por Skandia S.A.

Notificada la AFP Porvenir S.A. en plazo legal describió el traslado de la demanda en escrito incorporado en cd (fl 227) oponiéndose a las pretensiones relacionadas con lo ultra y extra petita y las costas, a las demás dijo que ni se allana, ni se opone; en relación con los hechos manifestó no constarle ninguno de ellos; en cuanto a los hechos admitió la fecha de nacimiento de la demandante, el traslado al RAIS, la vinculación a dicha AFP, y la petición radicada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de fondo 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.

Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. de igual manera describió el traslado de la demanda y el llamamiento en garantía, en escrito incorporado en cd f. 229; en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones, en cuanto a los hechos manifiesta que no le consta ninguno y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe exenta de culpa que genera prima devengada, prescripción y la innominada o genérica. En relación con el llamamiento en garantía se opuso a lo pretendido, frente a los hechos acepta el relacionado con el reaseguro y niega los demás y propuso las excepciones de improcedencia del llamamiento en garantía, inexistencia de consecuencias al asegurador, frente al deber de información, improcedencia de devolución de primas por ser plenamente valido el contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes documentado bajo las pólizas 9201407000002, 9201411000000 y 9201411900149 con vigencia entre el 1º de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2018 e inexistencia de obligación legal que impusiera a la aseguradora previsional el asesoramiento en el traslado de régimen pensional.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a 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 (C.D. fl. 155), declaro la ineficacia del traslado realizado por la señora Martha Silvia Imbresh Coronado al RAIS, el 7 de febrero de 2000, con efectividad a partir del 1º de abril del mismo año a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A., y como afiliación válida la realizada al RPMPD administrado por Colpensiones. En consecuencia condenó a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A, a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante en el RAIS tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales y los rendimientos generados por estos en los destinados a la pensión de garantía mínima así como los gastos de administración los cuales debe

asumir de sus propios recurso y utilidades; a las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los gastos de administración de sus propios recursos y utilidades y lo descontado de la cuenta de ahorro individual por concepto de traslado; ordenó a Colpensiones a activar la afiliación de la actora en el RPMPD y actualizar su historia laboral; declaro no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; absolvió a la llamada en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., declaró probadas las excepciones por ella propuestas; condenó en costas a la AFP Protección S.A. a favor de la parte demandante y a la AFP Skandia Pensiones y Cesantías S.A., en virtud del llamamiento en garantía a favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo las demandadas AFP Protección S.A., Skandia Pensiones y Cesantías S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones la recurrieron en apelación así: La AFP Protección centra su inconformidad, en lo referente a la devolución de los gastos de administración, aduciendo que estos últimos fueron descontados atendiendo lo consagrado en la Ley 100 de 1993, y que corresponden a una contraprestación por la buena gestión realizada por la entidad de los aportes depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, la que generó unos rendimientos, que sólo deben ser trasladados junto con los aportes o cotizaciones realizadas; razón por la cual, indica que de mantenerse la condena impuesta sobre este punto, se estaría dando un enriquecimiento sin justa causa para la parte actora y un detrimento para la AFP; y en relación con la condena en costas indica que no hay lugar a ello en razón a que el traslado fue con la AFP Davivir hoy Portección S.A.

Skandia Pensiones y Cesantías S.A., señala que reprocha la condena a que los gastos de administración debido a que éstos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, y están establecidos legalmente en la Ley 100 de 1993 por lo que no hay razón para que tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues éstos tienen una destinación específica como por ejemplo, la compra de los seguros previsionales de la pensiones de invalidez y de sobrevivientes o para compra de las garantías o reservas a la inversión bursátil, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros del afiliado, y se generaron por la buena administración y gestión de la cuenta de ahorro individual del promotor, por lo que solo deberá trasladar el saldo en unanimidad de los aportes efectuados a nombre del trabajador destinados a la respectiva cuenta individual al fondo de

garantías de pensión mínima del RAIS. Así mismo muestra su desacuerdo a la negativa de lo pretendido con el llamamiento en garantía, insistiendo que como se le está imponiendo la obligación de devolver de su propio patrimonio el reembolso total y parcial de los gastos de administración hay que tener presente que fue la ley 100 de 1993 la que posibilitó el contrato provisional por tanto las acciones como la presente que tiene su naturaleza en la previsión única de afiliación, el traslado de régimen y los efectos que de él se derivan también pues deban ser dirimidas, imponiéndose condenar a Napfre a la devolución del porcentaje en lo concerniente al cubrimiento o el valor de las pólizas para la afiliada y que pues obviamente fueron allegadas oportunamente por parte de mi representada que obviamente se logró advertir que la existencia de la obligación contractual entre Skandia y mamfre para que Skandia efectivamente pueda exigir el reembolso total o parcial del pago que tuviera que ser como resultado de la sentencia, esto es devolver todos los emolumentos como consecuencia de la prima pagada como contraprestación legal por este seguro y que pues haga la devolución a Colpensiones entonces no debe ser Skandia quien asuma con su propio patrimonio los efectos señalados en la jurisprudencia frente a la declaratoria de la ineficacia dado que se 3% del ingreso base de cotización se destinan a financiar los gastos de administración y las primas de seguros fogafil, las primas de seguros de invalidez y de sobrevivencia, y Skandia en cumplimiento de su obligación celebro contrato de seguro con Mapfre.

A su turno, Porvenir S.A., argumenta que no es procedente la ineficacia del traslado en razón a que la afiliada suscribió de la manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, siendo esta la única prueba de su traslado, el fondo acreditó haber suministrado la información correspondiente al afiliado en forma verbal, y para la época no existía la obligación de doble asesoría, ni de realizar una proyección de su pensión, por lo que no se cuenta con prueba diferente al formulario de afiliación, aunado que la señora Imbecht Coronado realizó varios traslados entre fondos y dada su permanencia en el régimen, según su dicho es demostrativo de que la accionante tenía conocimiento del régimen pensional administrado por los fondos privados. Así mismo indica que de mantenerse la ineficacia del traslado de régimen no hay lugar a la devolución de los gastos de administración pues en el RPMPD también se destina un 3% de la cotización a gastos de invalidez y sobrevivientes, los cuales no forman parte de la pensión de vejez, así que, cuando surge un cambio de régimen pensional los únicos dineros a trasladar son las cotizaciones junto con sus rendimientos, de lo contrario se configura un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, a más que, no hay norma que establezca la devolución de estos gastos de administración.

Finalmente Colpensiones, argumenta que el deber de información no se encontraba previsto para el momento en que la actora suscribió el formulario de afiliación, por lo que no puede existir omisión por parte de la AFP y no se demostró vicios del consentimiento; aunado a que la demandante ha permanecido más de 20 años en el RAIS, ratificando su voluntad de estar en ese régimen y que Colpensiones no participó en el trámite de traslado, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, las demandadas Colpensiones y las AFP Porvenir S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A. presentaron alegaciones en esta instancia, reiterando las manifestaciones expuestas en la alzada e insistiendo en la revocatoria de la decisión 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, Porvenir S.A. y Protección S.A. y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan a Colpensiones.

DE LA NULIDAD 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 es la AFP demandada

quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado 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.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “nunca indicaron de los eventuales riesgos que podía tener al trasladarse al RAIS, nunca le suministraron información clara, idónea, consiente, verás y objetivamente verificable para asumir esa determinación de trasladarse; tampoco le realizaron una simulación o comparación del valor de la mesada pensional que se pudiera tener en el RAIS y la que lograría tener en el RPMPD”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “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, y en sentencia de 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 al afiliado, sin distinguos 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 Davivir hoy Protección S.A. al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 7 de febrero de 2000, con efectividad desde el 1° de abril del mismo año (fl 122). Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte señala que estando laborando al servicio de una iglesia cristiana y laborando como profesora de sistemas en un colegio de esa iglesia, lo citaron la secretaría general y un asesor de la AFP y le manifestaron el ISS se iba acabar por lo que poa perder lo allí cotizado y que lo más conveniente era que se trasladaran al fondo privado donde iba a estar más seguro su derecho pensional a futuro ya que el fondo era muy fiable que el asesor solo le indicaba que iba a tener beneficios, como pensionarse de manera más favorable, sin precisarle de qué manera, no le indicó que podía hacer aportes voluntario, ni la manera de financiar su pensión en ese régimen, no se indicó la destinación de su aportes, no conoce el valor de la mesada pensional a la que accedería en cada régimen; que su

traslado entre fondos lo hizo porque donde laboraba los visitaban frecuentemente y al ver que les ofrecían mejores beneficios como pensionarse en menor tiempo y con un monto más alto, pero sin indicarle de qué manera; que al consultar sobre la pensión que podía obtener se le indicó que con el fondo privado podía ser el salario mínimo, mientras que en Colpensiones podía ser aproximadamente de \$3.800.000,00 y se enteró que no podía retornar por una charla que le dio la entidad financiera donde labora.

*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 Protección S.A.**, 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. Ahora, pese a que la actora no recuerda con precisión las circunstancias que rodearon el cambio de régimen pensional, lo cierto es que el fondo de pensiones contó con la oportunidad procesal de controvertir el dicho de la activa a través de las pruebas allegadas y practicadas.*

Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, 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 nulidad de dicho traslado, obligación que se debió efectuar en junio de 1994. Amén de que dicha situación no se presentó en el caso analizado.

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 visible en el folios 168 del instructivo y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, 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 de la AFP Protección S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el folio 168 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, contrario a lo que expone Colpensiones, 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 la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotora es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.

Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por las accionadas relativas que la actora no cumplió su deber como consumidor financiero, 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.

Ahora, 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 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 civil¹, 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; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP que concurrieron al proceso como pasivas, por concepto de gastos de administración y

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

seguro previsional, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de las AFP AFP Protección S.A., Skandia Pensiones y Cesantías S.A , Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración y seguro previsional dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; 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.

En atención a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas y vinculadas, durante el tiempo que permaneció en cada una de ellas, incluidos los descuentos realizados por gastos de administración y seguro previsional lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. 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 a la señora Martha Cecilia Imbrecht Coronado en el momento de su traslado de régimen pensional, 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.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Insiste la convocada AFP Skandia Pensiones y Cesantías S.A. que en razón a la orden devolución de los valores descontados por gastos de administración y seguros previsionales, por el tiempo que la demandante estuvo vinculada a esa administradora, entre el 1° de enero y el 31 de julio de 2008, también de debe hacer responsable a la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., con quien de conformidad con lo previsto en el art. 20 de la Ley 100/93 suscribió un contrato de seguro previsional para cubrir principalmente, los riesgos de invalidez y muerte de la demandante vigente entre 1° de enero y el 31 de diciembre de 2008, con lo que se generó el pago de primas del seguro previsional, por lapso inicialmente mencionado.

Respecto del llamamiento en garantía, el art. 64 del CGP dispone:

ARTÍCULO 64. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. *Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.*

Para resolver este punto de apelación es de precisar que el objeto del seguro que se contrató con la compañía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., se aparta del objeto de este proceso en la medida en que ella no está llamada a respaldar ninguna de las posibles condenas que se lleguen a proferir en el asunto conforme la naturaleza del litigio, esto es así, como quiera que lo perseguido no es otra cosa que declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional acaecido el 29 de abril de 1994 y los posteriores traslados horizontales entre administradoras, y si bien la SL CSJ en casos similares a los que aquí nos ocupa a ordenado la devolución de todas las sumas de dinero causadas con la afiliación a las AFP, incluidos los dineros descontados por

gastos de administración y seguros previsionales , esa restitución de dineros obedece a la declaratoria de ineficacia que dio lugar al contrato de afiliación al RAIS, pero no al papel que desempeñan las aseguradoras en el sistema pensional, el que conforme el art. 108 de la Ley 100/93 “los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación”, solo se ocupan de ayudar a financiar las pensiones por invalidez y sobrevivientes, contingencias que escapan al objeto del proceso, razón por la cual sin lugar a mas miramientos se confirmará la decisión de primera instancia en este aspecto.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere la AFP Protección S.A., no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso se 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 derechos, 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. (…)”.

Por haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que la demandada AFP Protección S.A. quien sustituyó en las obligaciones a la AFP Davivir S.A. como ella misma lo reconoce, asuma el pago de las costas procesales, por tanto se mantendrá la condena de la primera instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera 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 y consultada.*

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes AFP Protección S.A., Skandia Pensiones y Cesantías S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000.00. a cargo de cada una de ellas y en favor de la demandante.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GATTAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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 MARTHA LUCÍA RODRÍGUEZ CUBIDES CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS
S.A. PENSIONES Y CESANTIAS Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos mil veintidós (2022),
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.*

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

A U T O

*Reconócese personería a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica
con la C.C. No 37.627.008 y la T. P. No. 221.228 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 conferido.*

*De igual manera se reconoce personería al Dr. Jair Fernando Atuesta Rey quien se
identifica con la C.C. No 91.510.758 y T. P. No. 219.124 del CSJ como apoderado
judicial de la AFP Colfondos S.A., en la forma y para los efectos del poder general
conferido.*

Notifíquese

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandante y la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2021, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia; y en el grado jurisdiccional de consulta respecto de las condenas impuestas a Colpensiones que no fueron objeto de recurso.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Martha Lucia Rodríguez Cubides, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A., para que previos los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia del traslado al RAIS administrado por Porvenir S.A. y Colfondos S.A., en consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual junto con los gastos de administración, incluidos todos los rendimientos y saldos financieros debidamente indexados, y a este último a recibir y aceptar el capital. Finalmente, pide se condene en costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 1 a 5 (C.D. fl. 2 archivo 01), en los que en síntesis se indica que: nació el día 20 de junio de 1960; cotizó al otrora ISS entre el 26 de marzo de 1981 y el 30 de junio de 1994, totalizando 686,43 semanas; el 21 de junio de 1994 se afilió al RAIS por medio de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. fondo de pensiones al que continuó cotizando hasta que efectuó traslado horizontal a Colfondos S.A. el 16 de septiembre de 2016, fondo en el que permanece a la fecha. Previo el cambio de régimen, Horizonte S.A. se le dio una asesoría verbal en la que no se le explicaron las ventajas o desventajas del RAIS, ni se elaboró proyección pensional, los factores que afectan el cálculo de la mesada pensional, únicamente, se le aseguró que el cambio de régimen era la mejor alternativa, y en iguales falencias recayó el promotor de Colfondos S.A. Solicitó a ambos fondos de pensiones la entrega del formulario de afiliación, los cuales le fueron entregados. Elevó reclamación

administrativa a Colpensiones para retornar al RPMPD, entidad que la resolvió negativamente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colfondos S.A. a través de escrito incorporado a folios 1 a 35 (C.D. fl. 2 archivo 10.); aceptó el natalicio de la demandante, la afiliación a ese fondo de pensiones la cual se encuentra, la solicitud de la copia de la afiliación y su entrega, frente a los demás manifestó no ser ciertos o no le constan. Incoó como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios de consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas folio 2 (C.D. fl. 2 archivo 14); en cuanto a los hechos aceptó: la afiliación de la activa al otrora ISS y las cotizaciones efectuadas; la presentación de la reclamación administrativa y su contestación; sobre los restantes manifestó que no le constan o no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo que denominó, prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

Porvenir S.A., dio contestación a libelo oponiéndose a la totalidad de las pretensiones folios 7 y 8 (C.D. fl. 2 archivo 18); en cuanto a los hechos aceptó la data de nacimiento de la activa; la afiliación al RAIS por medio de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. previa asesoría verbal, y, cuya efectividad operó a partir del 1º de julio del año 1994; la petición de entrega de copia del formulario de afiliación. Enlistó las excepciones de fondo de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

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 (C.D. fl. 2 archivo 27) declaró ineficaz el traslado al RAIS por medio Horizonte hoy Porvenir S.A., en consecuencia, ordenó a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones los recursos o sumas que obran en la CAI junto con sus rendimientos y a ésta última a recibir los dineros y reactivar la afiliación sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones propuestas. Y se abstuvo de imponer costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante sostiene que al declararse la ineficacia de la afiliación, debe proceder la devolución de los gastos de administración, asumiendo de esa manera el fondo de pensiones los deterioros del bien administrado, ante la omisión de información en la que aquella incurrió, y en ese sentido se ha pronunciado el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral.

A su turno, Colpensiones se aparta de la decisión de primer grado al considerar que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado, ya que, a partir del traslado horizontal entre administradoras es posibles establecer que contó con ilustración en el momento del cambio de régimen pensional, a más que la motivación del trámite del presente asunto es el monto de la mesada pensional, por lo que no es posible acoger la pretensión de ineficacia. Ahora atendiendo a la declaración de ineficacia, cada una de las partes afectadas debe devolver lo recibido, es decir, el restablecimiento debe ser pleno.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia, en los reiteró los motivos por los cuales recurre la decisión y agregó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003.

A su vez, la parte actora solicitó se confirme la declaración de ineficacia del cambio de régimen pensional.

Porvenir S.A. petitionó se revoque la sentencia debido a que para la fecha en que se materializó el traslado de régimen pensional las AFP no tenían el deber del bien consejo.

Finalmente Colfondos S.A. adujo que no hay lugar a la devolución de los aportes netos, en razón a que procedió en vigencia de la afiliación al pago del seguro previsional.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la parte demandante y Colpensiones y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan a la administradora del RPMPD.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES.

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que la parte actora se afilió al RAIS válidamente; en este sentido se recuerda que era la AFP Porvenir S.A. quien tenía 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 (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe a revisar la inconformidad de la parte actora respecto a la aplicación integral del precedente judicial y la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, 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). 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, debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional; que como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo 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 lo contrario se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria.

En atención a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, empero, como la sentencia apelada no ordenó la devolución de los gastos de administración, procederá la Sala a fulminar condena en este

sentido, respecto de todas las encartadas en atención a que Colpensiones solicitó se dé aplicación integral al precedente fijado para la materia, el cual ha determinado que todas las administradoras de pensiones a las que el afiliado se hubiere afiliado, deben realizar la devolución de los referidos gastos de administración.

De manera que, se ordenará a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que la demandante permaneció afiliada, y confirmar la decisión apelada y consultada en los demás, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003). Es de advertir que, 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. De otra parte la carga prestacional a cargo de Colpensiones no es gratuita, al disponerse la devolución plena de la suma que tenía en la cuenta de ahorros de la AFP, lo cual no conlleva un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones en razón que los dineros trasladados no ingresan a la entidad como tal sino al fondo común con el cual se financian las prestaciones económicas a cargo de la entidad.

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 virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera 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 ordenar a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que la demandante permaneció afiliada en el RAIS. Por lo dicho en la parte motiva de esta decisión.*

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

Tercero.- *Sin costas en esta instancia.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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 EVELIO SALINAS MURCIA CONTRA JULIO ALVARO RODRIGUEZ, ELSA PATRICIA, LUIS ALEJANDRO Y NELSY MARINA RODRÍGUEZ AGUILAR.

En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos mil veintidós (2022), 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 declaró abierta.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 21 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Noveno 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

Evelio Salinas Murcia, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Julio Álvaro Rodríguez Ávila, Elsa Patricia, Luis Alejandro y Nelsy Marina Rodríguez Aguilar para que se les condene de manera solidaria al pago de prestaciones sociales, vacaciones, horas extras, dominicales y festivos

causados del 7 de febrero de 1980 al 1º de octubre de 2012, los aportes en pensión del 7 de febrero de 1980 al 4 de octubre de 1996, la indemnización por despido sin justa causa, la dotación equivalente a \$120.000, la sanación moratoria, “sanción por elusión y evasión al sistema de seguridad social” y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 25 y 26 del expediente, en los que en síntesis indicó que: previo contrato verbal prestó servicios del 7 de febrero de 1980 al 1º de octubre de 2012 en la finca Paicagüita en el municipio San Miguel de Sema, tiempo en el que recibió órdenes de los demandados, desempeñándose en el área de servicios generales, permaneciendo disponible a órdenes del empleador todo el tiempo, ya que laboraba incluso dominicales y festivos en razón a la labor en el predio. Como remuneración percibía el smlmv; el contrato finalizó de manera unilateral por el empleador; en vigencia del nexo entre las partes se le afilió al sistema general de pensiones a partir del 4 de octubre de 1996, omitiéndose las cotizaciones causadas desde el 7 de febrero de 1980, tampoco se le afilió a un fondo de cesantías, ARL, caja de compensación, ni se efectuó el suministro de dotación, pago de prestaciones sociales, vacaciones trabajo suplementario dominical y festivo. Como salario en especie se pactó un pastaje de \$40.000 y una botella de leche equivalente a \$900.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por las Elsa Patricia, Luis Alejandro y Nelsy Marina Rodríguez Aguilar, dentro del término legal, se opusieron a las pretensiones de la demanda (fl. 102). Frente a los hechos señalaron que el demandante prestó servicios en el predio Paicagüita a favor de Julio Álvaro Rodríguez Ávila. Como medios de defensa propusieron las excepciones previas de falta de competencia, inexistencia del demandante o del demandado y no haberse presentado prueba de la calidad en que actué o se cite al demandado y prescripción, de mérito enlistó las de inexistencia de la calidad en que se cita a los demandados, inexistencia de las obligaciones demandadas, pago, temeridad y mala fe,

A su turno, Julio Álvaro Rodríguez Ávila se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra fl. 161), frente a los hechos, aceptó el

demandante laboró entre el 7 de febrero de 1980 y el 1º de octubre de 2012, y luego precisó que el vínculo fue del 1º de octubre de 1996 al 31 de diciembre de 2010 bajo un contrato de trabajo, pero nuevamente se contradijo, señalando que durante el extremo temporal que cubre el año 1996 y el 2010, el actor prestó sus servicios con total autonomía para atender asuntos personales, devengando el salario mínimo y conforme a ello se cancelaron las acreencias laborales. Señaló que la relación entre las partes finalizó de mutuo acuerdo debido a que el predio en el que se desarrollaba la labor se inundó, por lo que no se realizó pago alguno más allá del 31 de diciembre de 2010. Formuló las excepciones previas falta de competencia y prescripción, mientras que incoó como de fondo las de cobro de lo no debido, temeridad y mala fe y prescripción.

En audiencia del 13 de marzo de 2019, se declaró no probada la excepción previa de falta de competencia y se dispuso el estudio de las restantes de fondo (C.D. fl. 184), sin que se recurriera la decisión por las partes.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a 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 (C.D. fl. 269), en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre Evelio Salinas Murcia y Julio Álvaro Rodríguez Ávila del 31 de diciembre de 1980 al 1º de mayo de 2011, percibiendo un smlmv. Condenó al demandado al pago del cálculo actuarial desde el 31 de diciembre de 1980 hasta el 31 de octubre de 1996, conforme al salario determinado y con destino a Colpensiones o al fondo en que acredite afiliación, por lo que Rodríguez Ávila deberá presentar la solicitud correspondiente y cancelar la suma establecida por el fondo de pensiones dentro del plazo máximo determinado. Declaró probada la excepción de prescripción respecto de todas las acreencias e indemnizaciones reclamadas y probada la excepción de la inexistencia de las obligaciones frente a Elsa Patricia, Luis Alejandro y Nelsy Marina. Absolvió a Julio Álvaro Rodríguez Ávila de las demás pretensiones incoadas en su contra y de todas ellas Elsa Patricia, Luis Alejandro y Nelsy Marina Rodríguez Aguilar e impuso costas a Rodríguez Ávila en suma de un smlmv.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada la recurre de manera parcial por encontrarse en desacuerdo con los extremos temporales declarados, pues en su consideración el año en que inició el contrato de trabajo fue en 1996, fecha en la que se inició el pago de los aportes al sistema general de seguridad social en pensión y si bien no desconoce los pequeños interregnos en los que Salinas Murcia prestó servicios, en esas oportunidades no se configuró relación laboral. De igual manera, pide se tenga como extremo final del nexo entre las partes el 31 de diciembre de 2010, atendiendo a que en esa oportunidad las hoy partes procesales dieron por finiquitado el vínculo entre ellas, con ocasión a la inundación de los predios de propiedad del actor. Finalmente, pide se declare la excepción de compensación, pues si bien se ordena el pago del cálculo actuarial del 31 de diciembre de 1980 al 31 de octubre de 1996, debe tenerse en cuenta que por error se realizó el pago de los aportes en pensión entre el 1º de enero de 2011 al año 2018, por lo que tampoco procede el pago de los ciclos ordenados.

CONSIDERACIONES

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

EXTREMOS TEMPORALES DE LA RELACIÓN LABORAL

No es motivo de discusión a través de la alzada que la demandante prestó servicios en la parcela denominada Paicagüita para el demandado Julio Álvaro Rodríguez Ávila, a través de un contrato de trabajo, lo cual aceptó el demandado desde la contestación de la demanda. La controversia plateada en esta instancia se contrae en verificar los extremos de la relación laboral, ya que estos tuvieron lugar entre el 1º de noviembre de 1996 y el 31 de diciembre de 2010 y no los determinados por la juez de primer grado desde el 31 de diciembre de 1980 al 1º de mayo de 2011.

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegido a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo. Así tenemos la solicitud de vinculación pensiones,

salud y riesgos profesionales con timbre de recibido en marzo de 1997 en la que figura el demandante como trabajador y el empleador Julio Álvaro Rodríguez Ávila (fl. 8), reporte de semanas cotizadas a Colpensiones actualizado a 23 de noviembre de 2012, en el que se inscriben períodos cotizados con Rodríguez Ávila del 1º de septiembre de 1996 al 30 de noviembre de 2012 (fls. 9 a 12), comprobantes de pago de aportes al sistema general de seguridad social integral entre abril y noviembre de 1997 (fls. 13 a 20), documento manuscrito con firma del accionante, calendado el 31 de diciembre de 2010 en el que se inscribió: “por medio del presente se hace constar que el señor Julio Álvaro Rodríguez Ávila (...) canceló al señor Evelio Salinas la suma de \$6.500.000 por concepto de prestaciones sociales hasta el último día del mes de diciembre de 2010” (fl. 105) -sobre el cual, el demandante en el interrogatorio manifestó desconocerlo y que la rúbrica allí no correspondía a la suya-, comprobante de pago de planilla asistida PILA en las que aparece como aportante la C.C. 4.097.115 entre septiembre de 1997 y junio de 2018 (fls. 106 a 115) identificación que corresponde al actor, también militan los mismos soportes en las que indica como aportante a la persona con C.C. 1.033.745 (fls. 116 a 134), la cual corresponde a la del demandado (fl. 87), sin que a ninguno de estos comprobantes se les adjuntara copia de la planilla en la que se evidencie a favor de quién se hacen los pagos.

También se adosaron publicaciones 18 y 23 de abril y, 1 y 6 de mayo de 2011 (fls. 141 a 150) en los que se relatan las inundaciones en el municipio San Miguel de Sema, certificados del comité local de atención y prevención de desastres Clopad de San Miguel de Semana en los que se inscriben a las señoras Elsa y Nelcy Marina Aguilar Rodríguez expedidas el 4 de mayo de 2011 (fls. 152 a 153), registro fotográfico sin fecha o señal alguna de su toma que permita inferir a qué predio o cuándo se capturaron las imágenes (fls. 154 a 156).

Evelio Salinas Murcia en su interrogatorio expresó que prestó servicios para Julio Álvaro Rodríguez Ávila durante 33 años en horario de 3:00 a.m. a 7:00 p.m., ordeñando, cuidando la casa, cercar, etc., y esas labores las efectuó entre el 7 de febrero de 1980 hasta el año 2002, cuando Rodríguez Ávila, trasladó en cabeza de Elsa Patricia, Luis Alejandro y Nelsy Marina Rodríguez Aguilar, la propiedad de los predios, por lo que prestando servicios hasta el 1º de octubre de 2012. Después de una inundación a causa de las lluvias, se llevaron el ganado pese a que aún había pasto. Dijo que se le afilió a pensiones a partir

del año 1996. Aceptó que el demandado canceló los aportes en pensión hasta el año 2018 y que supo de ello el día en que se acercó al “seguro” y le informaron que no se habían hecho más pagos. Agregó que recibió mensualmente el salario por parte de Rodríguez Ávila, el que ascendía al smlmv. Desconoció el contenido y la firma del documento visible a folio 105. Afirmó que recibía órdenes tanto de Julio Álvaro, como de Elsa Patricia, Luis Alejandro y Nelsy Marina, de estos desde el 2002, pues desde esa fecha Rodríguez Ávila le dijo que había vendido la finca a los hijos, ellos le decían qué hacer cada dos o tres meses cuando iban, el resto del tiempo las órdenes las daba Julio Álvaro porque era el que permanecía en la finca todo el día, y era él quien le decía que el salario y las órdenes la deban los hijos por ser los dueños.

También se recibieron los testimonios de los señores **Miriam Patricia Pinilla Forero**, quien dijo conocer a los sujetos procesales, debido a que ella desempeñaba la labor de ordenó en la vereda Hato viejo, por lo que al pasar todos los días por la carretera para llegar a su residencia, pasaba por la finca Paicagüita de propiedad de Álvaro Rodríguez, por lo que veía juntos a Rodríguez Ávila y Salinas Murcia, cercando o realizando labores del campo, y que ello perduró más o menos por el lapso de 25 años, hasta las inundaciones del año 2010, en donde la mayoría de las personas de esa vereda perdieron sus trabajos. Se lo encontraba entre 3:30 y 4:00 a.m. en la carretera cuando iba a ordeñar, porque el camión pasaba a las 7:00 a.m. y a las 8:00 a.m. ya estaba vallando o entregando la leche. Le consta que trabajaba de domingo a domingo, dado que en esa misma finca trabajó su cuñada y sobrinos - los de la testigo- y ellos prestaban servicios de ese modo. Sabe que Elsa Patricia, Luis Alejandro y Nelsy Marina iban los fines de semana a la finca y cuando Julio Álvaro no estaba, ellos eran los que daban la vuelta al predio con Evelio, pero no viven allí sino en Bogotá; **Olga Beatriz Ávila**, quien expresó que el actor prestó servicios a favor de Julio Álvaro desde 1980, y que ello le consta porque sus parcelas son colindantes, que además tiene presente la fecha, debido a que en esa época murió su progenitor - el de la deponente-, y que para ese entonces el accionante ya prestaba sus servicios en Paicagüita, pero que no recuerda exactamente en qué período del año Salinas Murcia inició labores. Del extremo final del contrato, señaló que “creía” que había terminado a causa de las inundaciones presentadas a finales de 2011 o principios de 2012. En cuanto a labor, señaló que lo vio

cercar, limpiar vallados y ordeñar de domingo a domingo, cuando pasaba por la finca, pero que no le consta que los demandados le impartieran orden alguna, el salario percibido, sabe quiénes son los hijos de Julio Álvaro, pero no los ha tratado, ni los vio en la finca

Se escuchó igualmente a **Félix Antonio Castillo**, quien narró que llegó a vivir a Hato Viejo en el municipio de San José de Sema en 1981. No recuerda si desde entonces o desde 1982 conoce al demandante, a quien vio laborar todos los días en los predios de Julio Álvaro Rodríguez Ávila ordeñando vacas, pero no vio que después de 2010 hubiese ganado. Desconoce si recibía órdenes, salario y el horario de trabajo; **Eulises Castillo**, expresó que conoció a al demandante entre 1980 y 1981 y que desde dicha data prestó servicio en los predios de Julio Álvaro, hasta las inundaciones de 2011 cuando ya no hubo más ganado, y le consta ello, en razón a que pasaba todos los días por esos predios y veía que ejercía las labores de ordeño, cercado y vallado. No le constan las órdenes, horarios ni salario. Sabe que los hijos de Rodríguez Ávila iban los fines de semana a la finca, pero los veía muy poco por allí.

De igual manera, los testigos que comparecieron al proceso por solicitud del extremo demandando, señores **Rafael Salamanca Torres, Luis Enrique Zapata Torres, Jorge Eduardo Pineda Rodríguez y María Teresa Cuervo**, fueron coincidentes al expresar que todos son vecinos de las partes en litigio ya que residen en la vereda Hato Viejo, que el demandante prestó servicios en favor de Rodríguez Ávila, realizando labores de ordeño principalmente. Desconocen la cuantía del salario, pago de prestaciones y horarios. Los señores Elsa Patricia, Luis Alejandro y Nelsy Marina Rodríguez Aguilar, residen en la ciudad de Bogotá y esporádicamente acuden a la parcela en la que el accionante ejecutó la labor. Adicional a ello, **Luis Enrique Zapata Torres, Jorge Eduardo Pineda Rodríguez y María Teresa Cuervo**, señalaron inequívocamente que la finalización del contrato de trabajo acaeció por una anegada que tuvo lugar entre 2010 y 2011, que llevó a que el demandado vendiera las reses. Por último, **Jorge Eduardo Pineda Rodríguez**, agregó que para el año 1984 cuando arribó a la vereda Hato Viejo, el Salinas Murcia ya laboraba para Julio Álvaro.

Al verificar el material probatorio recaudado es de señalar que al proceso no se allegó ninguna otra prueba de la cual se pueda extractar los extremos

temporales de la relación laboral que unió a las partes, sin embargo, a partir de la testimonial de **Olga Beatriz Ávila**, quien no especificó una fecha con exactitud, dijo que el inicio de la relación entre las partes lo fue en 1980. Ahora, todos los testigos fueron coincidentes en señalar que el nexo entre las partes finalizó con el inundación que tuvo lugar entre 2010 y 2011, manifestaciones que acompasadas con las noticias documentales en los medios impresos que militan en el plenario como prueba del extremo final (fls. 140 a 149) se tiene que el siniestro ambiental tuvo ocurrencia entre abril y mayo de 2011.

En estos casos, en que no se conocen con exactitud los extremos temporales, se podrían dar por establecidos en forma aproximada, cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador demandante, puesto que no es justo ni equitativo que probado el nexo laboral por dicha circunstancia se desconozca los derechos laborales, cuando ello debe ser de conocimiento pleno del empleador, quien en virtud de la carga dinámica de la prueba debe señalar los extremos de la relación laboral, y ello atendiendo, igualmente, el principio de buena fe que debe iluminar esta vinculación (art. 55 CST) y no aprovecharse de su posición fuerte para desconocer lo que legalmente le corresponde al trabajador. La Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de marzo de 2006 Rad. 25580, reiterada en decisiones del 28 de abril de 2009 Rad. 33849 y 6 de marzo de 2012 Rad. 42167, ha marcado el derrotero en este tipo de diferencias probatorias:

“(...) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.

En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:

<Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan

por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan>.

*En el sub examine se conocen el año y el mes, pero no el día en que empezó y terminó la relación; **de acuerdo con el criterio anterior, habría de entenderse como probado el extremo inicial del vínculo laboral a partir del último día de noviembre del año 2000**, y como extremo final, el señalado por el actor en la demanda, es decir, el 23 de diciembre de ese año, por estar dentro del espacio temporal que quedó probado. Así, se habría establecido que el contrato tuvo vigencia entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2000” (resalta la Sala).*

En tales condiciones, si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado. Cuando el trabajador demandante no precisa o no logra probar con exactitud la totalidad del tiempo servido a su empleador, no implica que deba perder el derecho a percibir los salarios o prestaciones sociales correspondientes al lapso de la actividad que logró demostrar judicialmente y, por tanto, la totalidad del tiempo servido es el que resulte probado en la litis.

En las anteriores condiciones, fue acertada la conclusión de la juez de primer grado al establecer el 31 de diciembre de 1980 como extremo inicial. En lo que se refiere al extremo final también fue acertada la decisión al establecer el 1º de mayo de 2011, por lo que se confirmará la decisión en este aspecto.

APORTES AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - EXCEPCIÓN DE COMPENSACIÓN

Solicita la parte pasiva se compensen los períodos erróneamente cotizados en pensiones a favor del demandante entre el 1º de mayo de 2011 y junio de 2018.

Sobre este tópico, deben señalarse dos particularidades por las cuales no prospera la petición del demandado Rodríguez Ávila, la primera, el derecho a la seguridad social es irrenunciable, así que al determinarse el contrato de trabajo, no es dable para los jueces desconocer los mínimos a que tiene el trabajador por el uso de su fuerza de trabajo. En este orden, si bien resulta

desafortunado que por más de 7 años el empleador pagara erróneamente los aportes en pensión luego de la terminación de la relación laboral como se alega en el recurso o como lo dijo en la contestación de la demanda (fl. 165), haciendo referencia a que ello tuvo lugar en un préstamo, ninguna de las dos circunstancias excusa la falta de afiliación del señor Salinas Murcia.

*En segundo lugar, el artículo 282 del CGP consagró expresamente: “En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, **salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda**” (resaltas de la Sala), sin que en el acápite correspondiente (fls. 162 a 165) se alegara.*

*Así que, conforme lo previsto en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 son afiliados obligatorios al sistema general de pensiones entre otros, todas aquellas personas que se encuentren vinculadas mediante contrato de trabajo, lo que en concordancia con el artículo 22 ibídem, en el que se estableció: “**Obligaciones del empleador.** El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará esa sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno. El empleador responderá por la totalidad de los aportes aún en el evento en que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”, se tiene que le asiste razón al a quo al ordenar el pago del cálculo actuarial por los ciclos correspondientes entre el 31 de diciembre de 1980 y el 31 de octubre de 1996.*

Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión condenatoria de primer grado.

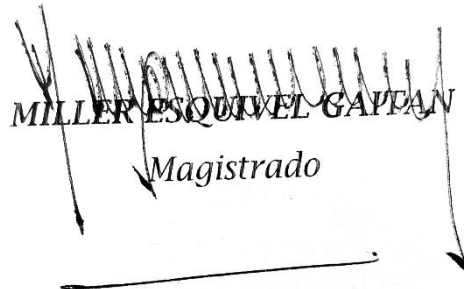
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

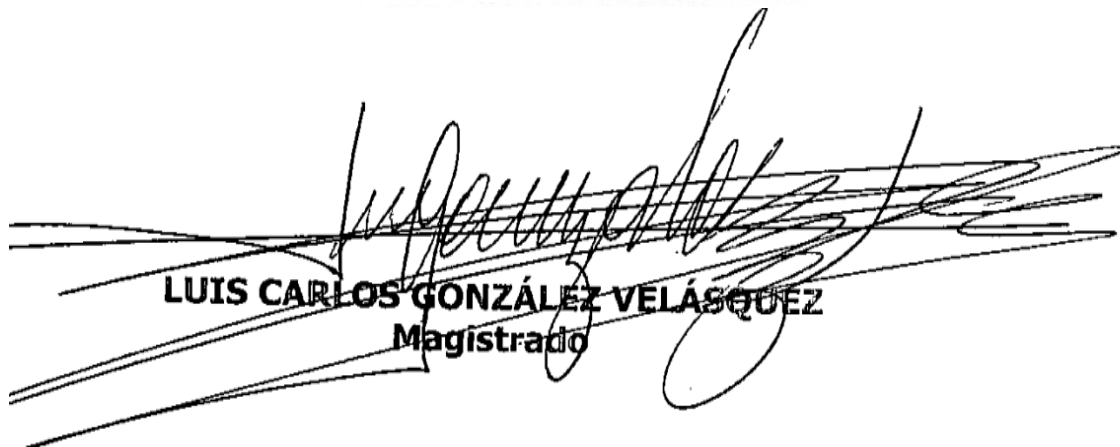
R E S U E L V E

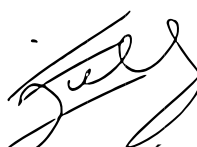
Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$200.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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 NANCY CONSUELO ALVARADO AFRICANO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos mil veintidós (2022), 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 Tercera de Decisión.

Acto seguido, el Tribunal 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 parte demandante y la demandada Colpensiones, contra la sentencia del 20 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esta entidad.

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

Nancy Consuelo Alvarado Africano, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., para que se declare ordene a Colpensiones hacer efectivo el traslado de régimen pensional solicitado el 7 de febrero de 2018, cuando

tenía de edad 46 años, 4 meses y 5 días. En consecuencia se ordene a la AFP Porvenir S.A., que restituya a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su vinculación al RAIS, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado y a ésta última a recibir los valores trasladados y contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas; así mismo pide que se condene a las demandadas por los daños materiales, ocasionados a raíz de la negativa del traslado por la vía administrativa, los daños morales, lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho. Subsidiariamente pide que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS efectuado el 1° de octubre de 2003 a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., ante el incumplimiento de ésta en el deber de información. En consecuencia se ordene a la AFP que restituya a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su afiliación como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, a Colpensiones que reciba los dineros trasladados y los incluya en su historia laboral.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 1 a 5 de la carpeta demanda, anexa al expediente digitalizado (cd. fl. 2), en los que en síntesis se indicó que: nació el 2 de septiembre de 1.971; estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones hasta el 1° de octubre de 2003, fecha en que se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A. con la suscripción de formulario de afiliación, sin recibir la debida asesoría por el personal de este fondo, de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones; no se le informó sobre el régimen que más le convenía, el capital necesario para poder pensionarse, la distribución de los aportes, la obligación de negociar el bono pensional, la posibilidad de retracto, ni que la pensión se liquidaría teniendo en cuenta su expectativa de vida; no se le hizo proyecciones futuras de su pensión. Agrega que cuando apenas contaba 46 años de edad, solicitó una asesoría con un particular para que este le informará de manera clara, precisa y detallada sobre la modalidad de pensiones en cada uno de los regímenes y al ver que era menos favorable lo que podía obtener en

el RAIS el 23 de enero de 2018 a petición de parte, recibió vía telefónica por parte de Colpensiones la doble asesoría para trasladarse de régimen pensional, bajo el radicado No. 2018_753723; seguidamente el 2 de febrero del mismo año, recibió la asesoría por parte de la AFP Porvenir bajo el radicado No. 0190103035123500 y solicitud No. 43998; que a vez recibida en debida forma la doble asesoría que exige la ley para el traslado de fondo de pensiones, y, con 46 años, 5 meses y 5 días, radicó ante Colpensiones la solicitud de traslado de régimen pensional 7 de febrero de 2018, bajo el radicado No. 2018_1426518; que a través de comunicación telefónica de un funcionario de esa entidad le manifestó que el traslado había sido exitoso, sin embargo al consultar el 25 de enero de 2019 el sistema de información registra no afiliado y que a pesar de haberse cumplido con los tramites respectivos, en comunicación del 31 de enero de 2019 negó la solicitud de traslado; decisión contra la cual interpuso recurso de reposición y fue confirmada por Colpensiones con el argumento de que no se encontraba registrada la doble asesoría, como lo cual sea visto inmersa en una serie de padecimientos psicológicos, perjuicios morales, que le han hecho deteriorar en parte sus relaciones familiares, al tener la creencia que se va a pensionar con un salario muy por debajo del que ahora percibe y con el cual no podrá mantener su mínimo vital y ha tenido que asumir gastos de abogado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas, (carpeta contestación de demanda anexa en el expediente digitalizado, cd fl 2); en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento, la afiliación inicial en el RPMPD con el ISS, su traslado al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., la solicitud de doble asesoría presentada por la demandante, la radicación de la solicitud de traslado de régimen y la radicación del recurso ante la negativa de la entidad; frente a los demás dijo no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación; falta de causa para pedir, buena fe y la innominada o genérica.

A su turno, la AFP Porvenir S.A., a pesar de haber sido notificada en legal forma no dio contestación dentro de término, por lo que en auto del 31 de mayo de

2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP (cd fl 2)

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a 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 grabación de audiencia anexa al expediente digitalizado (cd fl 2), en que ordenó el traslado de Nancy Consuelo Alvarado Africano del RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A. al RPMPD administrado por Colpensiones, solicitado el 7 de febrero de 2018, con radicado No. 2018_1426518; declarándola válidamente afiliada en el RPMPD. En consecuencia ordenó a la AFP Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual desde el 1° octubre de 2003 y hasta cuando se haga efectivo el traslado; a Colpensiones que una vez ingresen los valores, actualice la información en su historia laboral y ser contabilizadas las semanas en el RPMPD; declaró no probadas excepciones y condenó a las demandadas en costas. Así mismo absolvió de las demás pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo la demandante y Colpensiones interpusieron recursos de apelación, así: La demandante centra su inconformidad ante la negativa del reconocimiento y pago de los perjuicios deprecados, insistiendo que dentro del proceso se encuentra probado una serie de sucesos en los que tuvo que incurrir por intermedio de su apoderado judicial, que tuvo que contratar para adelantar el traslado de régimen pensional, lo cual generó el pago de honorarios profesionales, con lo cual se demuestran los perjuicios patrimoniales que sufrió para poder llegar a la decisión que el señor juez ha tomado, aunado que Colpensiones se dedicó a jugar con el tiempo y su salud mental, dando respuestas alejadas de toda realidad, e inclusive da una respuesta a la demanda totalmente desfasada a los hechos propuestos

A su turno Colpensiones insiste en que no debió ordenarse la anulación de la afiliación con la AFP y su retorno al RPMD, en razón a que si bien existe el deber de información por la AFP, la demandante como consumidor financiero, debió buscar esa información al momento de tomar la decisión de trasladarse, por lo que ahora Colpensiones no debe asumir las consecuencias del traslado, ni se le puede atribuir a la AFP la responsabilidad de omitir información al

respecto la demandante de manera voluntaria suscribe el formulario de afiliación. Así mismo pide que se revoque la condena en costas y se absuelva a Colpensiones de las mimas, ya que siempre actuó conforme al principio de buena fe y la legalidad y si bien se presentó un error involuntario en la contestación de la demanda ello no puede llevar a la imposición de alguna condena en costas y en caso de mantenerse la decisión se debe garantizar la sostenibilidad de la entidad.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte demandante el demandante presentó alegatos en esta instancia, insistiendo en que se conceda los perjuicios materiales y morales deprecados, reiterando las manifestaciones hechas en el recurso de apelación.

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 propuestos por la parte demandante y demandada Colpensiones en su recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que la afectan.

TRASLADO DE RÉGIMEN – LIBRE ESCOGENCIA

El objeto de debate que se plantea, consiste en determinar si la demandante tiene o no derecho a que se autorice el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., al régimen de prima media con prestación definida al que estuvo afiliada inicialmente, que hoy administra Colpensiones, que fue presentado ante esta última el 7 de febrero de 2018

Así tenemos que, por medio de la de la ley 100 de 1993, se creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y estableció dos regímenes de pensiones excluyentes: el régimen solidario de prima media con prestación

definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, los cuales si bien la afiliación es obligatoria, la selección de uno de estos sistemas es libre, y, una vez hecha la selección inicial, los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de un régimen pensional a otro, con el cumplimiento de las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual establece:

“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.

El literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, tiene como finalidad según lo señalado por la Corte Constitucional a través de sus sentencias, específicamente en sentencia C-1024 de 2014 y sentencia T- 427 de 2010, en donde indica que la finalidad de la norma citada es:

“evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”, pues la descapitalización “se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán el futuro pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes”.

Entendiendo que el impedimento que contempla esta norma, del traslado cuando falten diez años para adquirir el derecho pensional, es necesario pues asegura de este modo el pago futuro de las pensiones de los afiliados, ya que permite salvaguardar los recursos económicos que han de garantizar lo anterior señalado y además el reajuste periódico de las pensiones.

De acuerdo con lo anterior y descendiendo al caso, debe verificarse si al momento en que la parte promotora actora elevó la solicitud de traslado estaba inmerso dentro del impedimento que sostiene la norma en comento.

Es palmario, que la demandante nació el 2 de septiembre de 1971, como se extracta de la fotocopia de la cédula de ciudadanía y del registro civil de nacimiento incorporados a folios 3 y 4 de la carpeta de anexos del expediente digitalizado (cd. fl 2), se trasladó al régimen de ahorro individual con

solidaridad el 1° de octubre de 2003, a través de la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A. (fls 5 anexos Cd. fl 2) ha cotizado en pensiones a este régimen hasta la fecha como dan cuenta las documentales aportadas por la demandante en la carpeta de anexos, luego se encuentra acreditada la permanencia en ese fondo de pensiones por más de cinco (5) años. Ahora, es claro para la Sala, que la demandante radicó solicitud de traslado de régimen pensional ante Colpensiones el 7 de febrero de 2018, previo haber realizado el trámite de la doble asesoría ante las entidades de seguridad social demandadas, como dan cuenta las documentales vistas a folios 6 a 18 de la carpeta de anexos (cd fl. 2). Así, para la fecha en la cual la demandante radicó antes Colpensiones la solicitud de traslado para retornar del RAIS al RPMPD la demandante tenía 46 años, 5 meses y 5 días de edad, razón por la cual en virtud de lo dispuesto en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el art. 2 de la ley 797 de 2003, corresponde autorizar el traslado, por lo que sin lugar a más miramientos, se impone confirmar la decisión de primera instancia en este aspecto.

PERJUICIOS

Ahora en cuanto al reparo presentado por la parte demandante en el sentido de que se ordene el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales causados por las demandadas ante la negativa de autorizar el traslado de régimen, debiendo tenerse en para el efecto los gastos por concepto de honorarios profesionales de abogado que incurrió para obtener a través de este proceso su traslado de régimen pensional.

Al respecto considera la Sala recordar que costas procesales, las cuales representan la carga económica que debe asumir la parte vencida dentro del proceso, dividiéndose en expensas y agencias en derecho; siendo la primera todo gasto útil para el avance del proceso como el pago de copias, la compra de una póliza (caución), los honorarios del perito y/o el desplazamiento del Juez a alguna diligencia fuera de la sede de su Despacho. Sin embargo, el reconocimiento de los honorarios de abogado por la representación de su cliente en el proceso están garantizados por las agencias en derecho, las cuales, vale resaltarlo, se decretan en favor de la parte del proceso y no del abogado como tal. De esta forma, ese ciudadano de a pie que mencionábamos al principio, tendrá una figurada esperanza que lo que gastó

por su abogado será devuelto en la Sentencia cuando se decreten aquellas costas procesales al ser la parte vencedora.

Ahora, es bueno precisar lo que tantas veces ha expresado la jurisprudencia, en el sentido de indicar que las agencias en derechos no constituyen necesariamente la tasación de los servicios objetivos y palpables del abogado triunfante o que haya llevado con buen viento los intereses de su defendido, sino que su finalidad es la de “otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó”. (C.S.J. Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998).

De aceptarse el pedimento reclamado por la parte demandante por concepto de honorarios de abogado, encaminados a ser parte del daño emergente, ante la negativa de Colpensiones de autorizar el traslado de solicitado por la señora, con lo cual se vio obligada a contratar servicios legales para la representación de sus intereses ante el aparato judicial, si bien al proceso se allegó como prueba el contrato de honorarios, este por sí solo no prueba en gasto en que incurrió la promotora y dentro del proceso no se adoso ninguna otra prueba demostrativa de ello correspondiendo a la parte que reclama los perjuicios probarlo a voces del art. 167 del C.G.P. lo cual no ocurrió por lo que no queda otra alternativa que confirmar la decisión de primera instancia en este aspecto.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable la revocatoria solicitada por Colpensiones, puesto que a lo largo del proceso se 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, es viable que las demandadas asuman el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera 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 y consultada.*

Segundo. *Sin costas en esta instancia ante la improsperidad de los recursos.*

Notifíquese en legal forma y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

*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 AYDA MILENA GÓMEZ MOLANO CONTRA HOSPITAL SANTA CLARA III NIVEL E.S.E. - SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.

En Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para surtir la presente audiencia, el Magistrado Sustanciador la declara abierta junto con los demás Magistrados que integran la Sala Tercera 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 las partes contra la sentencia del 4 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Ayda Milena Gómez Molano, por medio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra del Hospital Santa Clara III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente, Empresa Social del

Estado, para que se declare la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido desde el 19 de enero de 2007 y el 30 de junio de 2016, como trabajador oficial el cual fue terminado sin justa causa. En consecuencia se condene al reconocimiento y pago de: Indemnización por despido sin justa causa, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de navidad, primas de junio, primas de antigüedad, primas de vacaciones, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, horas extras, recargos dominicales y festivos, así como el pago de prestaciones de carácter convencional como: Incremento salarial, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, quinquenio, prima semestral de servicios, prima de vacaciones prima de navidad, cesantías, elementos de trabajo; la devolución de aportes realizados a salud, pensión y riesgos profesionales, indemnización moratoria, indexación de las sumas adeudadas, lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 446 a 447 del expediente digitalizado, en los que en síntesis expresó que: laboró aseadora es decir auxiliar de servicios generales que existe en la planta de personal de la entidad, desde el 19 de enero de 2007 al 30 de junio de 2016 mediante contratos de prestación de servicios ininterrumpidos para el Hospital Santa Clara III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente Empresa Social del Estado, es decir, como trabajadora oficial; su jornada de trabajo era por turnos de 7:00 a.m. a 4:00 p.m. o de 10:00 a.m. a 7:00 p.m., controlado por el Sr. Carlos Osorio y la Ing. Nancy Mora entre otros, quienes les daban órdenes dirección sobre procedimientos de trabajo y supervisión con el cumplimiento de horarios, que el 6 de diciembre de 2018 presentó reclamación ante la entidad y le fue respondido negativamente por la entidad el 28 de diciembre del mismo año.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA- EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, la demandada Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., dio contestación oportuna (fls. 474 a 481 del expediente digitalizado archivo 01), quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones, frente a los hechos acepto los relacionados con la demandante a través de contratos u ordenes de prestación de servicios, que la labor desempeñada fue como aseadora, el cual existe dentro de la planta de personal y

los de la reclamación administrativa y niega los demás. Propuso como excepciones las de: pago, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia de vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, prescripción, la demandante es parcialmente coautora, legalidad de los contratos suscritos entre las partes y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a 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, (grabación de audiencia incorporada en el expediente digitalizado, archivo 48 y acta archivo 46), en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo, sin solución de continuidad, el cual se extendió desde el 19 de enero de 2007 hasta el 30 de junio de 2016; condenó al Hospital Santa Clara III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E. a pagar a la señora Ayda Milena Gómez Molano las siguientes cantidades de dinero y conceptos: a. \$7.329.720 por auxilio de transporte legal b. \$4.924.949 por subsidio de alimentación legal c. \$14.324.251 por cesantías. d. \$1.640.825 por intereses a las cesantías. e. \$1.871.584 por compensación en dinero de las vacaciones f. \$4.711.643 por prima de navidad. g. \$3.743.167 por prima de servicios legal h. \$10.830.353 por prima de servicios convencional. i. \$4.816.515 por prima de antigüedad convencional j. \$7.072.064 por concepto de prima de vacaciones de tipo convencional k. \$13.393.673 por concepto de prima de navidad de tipo convencional l. \$8.930.355 por protección de terminación del vínculo laboral tipo convencional m. \$15.042.184 por devolución de los aportes efectuados a seguridad social en salud y pensión probados en el proceso. n. a pagar la suma de \$83.026.488 por concepto de indemnización moratoria causada a partir del 1 de octubre de 2016 al 30 de septiembre de 2021 y los que se causen con posterioridad hasta el día el pago de las acreencias ordenadas; al pago de la indexación de las sumas indicadas en el literal m.; absolvió a la demandada de las demás pretensiones; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, frente a la prima de navidad, la prima de servicios y vacaciones de carácter legal y condenó en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

En desacuerdo con la decisión del a quo la parte demandante la recurre en apelación, mostrando su inconformidad únicamente a la negativa de la indemnización por despido sin justa causa, indicando que al haberse declarado la existencia del contrato de trabajo y a no existir razones suficientes para no continuar con el mismo, la terminación del mismo fue unilateral y sin justa causa por parte de la demandada, por lo que pide se revoque la decisión de primera instancia en este aspecto y se conceda la indemnización correspondiente.

A su vez la parte llamada a juicio, presenta reparo frente a la declaratoria del contrato de trabajo entre las partes insistiendo que no se dan los presupuestos para ello, dado que su vinculación a la entidad fue mediante contrato de prestación de servicios u órdenes de servicios, dándose el cumplimiento de los mismos, regidos por la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes, por lo que esa subordinación de la que se habla no se acreditó no existiendo el tal contrato realidad; en cuanto a las prestaciones sociales señala que al no haber relación laboral no hay lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales determinadas por el a quo, por cuanto los contrato de prestación de servicios con los que vinculó la demandante ,no reflejan similitud de una relación laboral.

CONSIDERACIONES

Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a examinar los puntos de censura propuestos por las partes, los cuales se concretan a la existencia del contrato de trabajo y la indemnización por despido sin justa causa.

CONTRATO DE TRABAJO

Cuestiona la parte demandada la declaratoria de existencia del contrato de trabajo y las condenas impartidas por la primera instancia, puesto que insiste que lo que se llevó a cabo entre las partes un contrato de prestación de servicios. Dada la naturaleza de la entidad encausada se tiene que en lo que atañe a la existencia del contrato, nos debemos remitir a la norma que rige para los trabajadores oficiales que es el artículo 2º del decreto 2127 de 1945 en donde se establece que para que haya contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

- a. **La actividad personal del trabajador**, es decir, la realizada por sí mismo como su nombre lo indica, este primer elemento implica la prestación personal del oficio a que el empleado se ve obligado, sin concurrencia de otra persona y sin que el titular de la relación pueda ser sustituido por otro sujeto.
- b. **La dependencia del trabajador respecto del patrono**, que otorga a este la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento. En resumen puede decirse válidamente que el elemento subordinación, objeto de este comentario, es donde radica la verdadera diferencia entre el contrato de trabajo y cualquier otro contrato.
- c. **Un salario.-** Como retribución del servicio, es el tercer elemento de la relación de trabajo.

Se debe aceptar que para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestra normatividad laboral. Ahora bien, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, señala que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien los recibe y lo aprovecha, corresponde a este último destruir la presunción. Por lo tanto, basta con que se demuestre la prestación personal del servicio para concluir, por presunción legal, que la relación es subordinada y corresponderá al demandado infirmar esa deducción del legislador con prueba que acredite que el servicio no tuvo esa característica, sino que se ejecutó con independencia jurídica.

Así las cosas, el artículo 32 de la ley 80 de 1993, define como contrato de prestación de servicios los que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Impone la ley para estos contratos una duración “estrictamente indispensable”, lo que conlleva a que no se pueden prorrogar indefinidamente o por un lapso que haga perder su finalidad, por ser una forma de contratación excepcional, porque de lo contrario se debe acudir a las modalidades de contratación normales, vinculación por situación legal y reglamentaria o vinculación contractual. También constituye característica de este contrato, la independencia o autonomía desde el punto de vista técnico y científico, lo que supone cierta discrecionalidad, pero de todas formas sujeto a las cláusulas pactadas.

Siguiendo los presupuestos legales antes referidos, corresponde establecer si los servicios que prestó la demandante a la accionada estuvieron regidos mediante contrato de trabajo o si por el contrario lo fue a través de contratos de prestación de servicios, como lo arguye ésta.

Para tal efecto se allegaron las documentales, de las cuales hay que resaltar las siguientes: medio magnético de folios 173 en el que se arrió, copia de la hoja de vida de la demandante, así como copia de los diferentes contratos, con las respectivas prorrogas, suscritos entre la demandante y el Hospital Santa Clara III Nivel ESE, hoy Subred Integrada de Servicios Centro Oriente ESE, donde se demuestra la prestación de los servicios desde el 19 de enero de 2007 hasta el 30 de junio de 2016, de estas documentales se puede colegir que la actora prestó unos servicios personales a la enjuiciada desarrollando funciones propias de servicios generales del hospital como aseo, con lo que se concluye que en el presente asunto nos encontramos frente a la figura de la presunción legal de contrato, trasladándose entonces la carga de la prueba a ésta, para que infirme la subordinación del vínculo (art. 20 del decreto 2127 de 1945).

Se cuenta con las declaraciones de las señoras Claudia Giomar Cortés Olarte y Martha Isabel Rodríguez Chinchilla, testigos que si bien fueron tachadas de sospechosas por tener un proceso laboral en igualdad de condiciones de las que aquí se debaten, no por ello debe restársele credibilidad, pues estos deben ser apreciados con mayor rigorismo, habida consideración que la “sospecha” no es una inhabilidad, o incapacidad para declarar, sino una presunción de parcialidad en lo que se va a declarar, porque dados los vínculos del declarante con alguna de las partes se puede presumir algún determinado interés en faltar a la verdad.

Aclarado lo anterior, se tiene que las testigos antes mencionadas de manera coincidente y concurrente manifestaron que trabajó en el área de servicios generales como aseo entre 2007 y 2016 porque fueron compañeras de trabajo, recuerdan que laboró por afirmando que las hacían trabajar en turnos establecidos por la empresa de 7:00 a.m. a 1:00 p.m., de 1:00 p.m. a 7:00 p.m. y de 7:00 p.m. a 7:00 a.m. los cuales estaban controlados por los jefes inmediatos a través de planillas de controles de ingreso y salida; la demandante tenía el cargo

de aseo en diferentes áreas, le tocaba desinfectar, limpiar y demás; las áreas era por ejemplo en urgencias, pisos, y en general en todas las instalaciones del hospital, los horarios lo organizaban el jefe inmediato; les consta que prestó sus servicios de forma; para ausentarse debía reportarlo al jefe quien daba el permiso; le consta que los trabajadores de planta hacían las mismas funciones que ellas, quienes ganaban más que ellas, y en algunos tiempos les acumulaban más trabajo a ellas que a las de planta ya que les tocaba adelantar continuamente brigadas de aseos en las diferentes dependencias; afirmó que la demandante reemplazó a algunos trabajadores de planta; indicaron que los elementos para el trabajo eran aportados por el Hospital y la dotación no fue entregada, a la demandante le tocaba comprar uniformes y zapatos; el vínculo o contrato entre la demandante y el hospital fue por prestación de servicios; los horarios de reemplazo los programaba el jefe; afirmó que el señor Camilo era contratado por prestación de servicios.

Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, se concluye que al igual a lo manifestado por el fallador de primer grado el hospital demandado no desvirtuó la presunción de que los servicios fueron ejecutados bajo un contrato de trabajo, por el contrario, de la documental aportada al instructivo, así como de la testimonial recibida, se obtiene que el demandante no ejercía su labor de manera independiente pues además de recibir órdenes a igual que los demás trabajadores oficiales del Hospital Santa Clara III Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente Empresa Social del Estado, cumplía con las labores que eran asignadas por sus jefes inmediatos; debía cumplir con un horario del cual ejercía control la entidad demandada, ejecutaba sus labores en forma personal, sus funciones eran desarrolladas con elementos que le suministraba como es en este caso las herramientas de mantenimiento; todo esta situación enmarca una subordinación jurídica, lo que configura el contrato de trabajo y no el de prestación de servicios a que acudió la entidad.

Es cierto que obra en el instructivo los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes, pero los mismos se desvanecen frente a la realidad de los hechos ocurridos y demostrados en juicio, no surtiendo los efectos requeridos para desvirtuar el nexo laboral invocado en la demanda y que fueron el fundamento de la defensa de la accionada, pues nos encontramos frente a una

típica relación laboral, y es que en caso de discordia entre lo que surge de los documentos y lo que se origina en los hechos prevalecen estos últimos, según el principio de que el contrato de trabajo es un contrato realidad o de la primacía de la realidad, que impera en materia laboral, principio reconocido por la doctrina y la jurisprudencia nacional, elevado a canon constitucional en la Carta Política de 1991 (art. 53). Al respecto se tiene que la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 11 de diciembre de 1997, señaló:

“No es materia de discusión que entre los contratos que la ley califica como administrativos que puedan celebrar las entidades oficiales se encuentre el de prestación de servicios; pero el hecho de hallarse consagrado legalmente este contrato, no se deriva la facultad de utilizarlo cuando se trate de relaciones laborales, puesto que en todos los casos en que los servicios personales al estado o a una entidad descentralizada, o en que la participación directa o indirecta de aquél sobrepasa los porcentajes indicados en la misma ley, son prestados por un ser humano de manera subordinada, se está, sin discusión posible ante una relación de trabajo gobernada por una relación legal y reglamentaria o mediante un contrato de trabajo...”

“Tratándose de relaciones de trabajo, la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral no es una novedad de la actual constitución Política, sino un principio protector del trabajo humano subordinado, que desde antes de 1991 tenía expresa consagración legal y pleno reconocimiento por parte de la jurisprudencia y doctrina nacionales...”

Por otra parte, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, al estudiar la constitucionalidad del numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, señaló las características del contrato de prestación de servicios, así:

“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la

ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente...

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo."

Era por tanto carga probatoria que le incumbía a la demandada mediante la aportación de las pruebas aptas y conducentes llevar al convencimiento de que su vinculación con la demandante lo fue mediante contrato de prestación de servicios, evento que no tuvo ocurrencia en el sub-lite, toda vez, que las pruebas allegadas a juicio determinaron la existencia de un contrato de trabajo, el que se desarrolló desde el 19 de enero de 2007 hasta el 30 de junio de 2016, cuyo salario al momento de la terminación del vínculo contractual ascendió a \$1.357.760,00 como aquella lo certificó (fl 17 del expediente digitalizado); y si bien es cierto existieron algunas interrupciones, de máximo 11 días, no por ello debe declararse la solución de continuidad, en el sentido de tener diversos contratos, toda vez que siguiendo la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, que de tiempo atrás ha estimado que a pesar de esa diferencia ha considerado la existencia de un solo vínculo, como lo dijo en sentencia del 5 de agosto de 1988, radicación 2.187, donde se presentaron varios contratos y el interregno entre alguno de ellos fue superior a dos meses "Esta conclusión no se puede tachar de manifiestamente errónea dado que los interregnos entre los supuestos vínculos diversos fueron bastante cortos en relación

con el tiempo total de servicios de la demandante en la misma condición..., máxime en materia laboral donde impera por principio, los jueces han de dar prevalencia a la realidad sobre lo que pueda desprenderse de acuerdos o documentos formalmente existentes”. Precisando que en la mayoría de las vinculaciones fueron prorrogadas, razones estas para confirmar lo decidido en primera instancia, en este aspecto.

NATURALEZA DE LA VINCULACIÓN

Está acreditado que la accionante prestó sus servicios a la ESE Hospital Santa Clara III Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE con algunas interrupciones cortas entre el 19 de enero de 2007 hasta el 30 de junio de 2016, desempeñando el cargo de auxiliar de servicios generales- aseo.

Ahora, atendiendo lo previsto en el artículo 83 de la Ley 489 de 1998 las Empresas Sociales del Estado creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud se sujetan al régimen previsto en la ley 100 de 1993 y la Ley 344 de 1996, y en la citada ley en los aspectos no regulados por estas últimas y a las normas que las complementan, sustituyan o adicionen. La naturaleza jurídica de este tipo de empresas se asimila a la de los establecimientos públicos, por lo tanto están sujetas al régimen jurídico propio de las personas de derecho público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritas al Ministerio de la Protección Social.

El acuerdo No 17 del 10 de diciembre de 1997, por el cual se crearon entre otras la Empresa Social del Estado Hospital Santa Clara III Nivel, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., conforme al artículo 2 del acuerdo 641 de 2016, los cuales cobijan a la demandante, en el artículo 24 señala que “Las personas que se vinculen a la Empresa Social del Estado tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales en los términos establecidos en la ley” Precepto que está en consonancia con lo establecido en el artículo 195 de la ley 100 de 1993 y artículo 26 de la ley 10 de 1990¹ estatuto que reorganizó el Sistema Nacional de Salud y por lo tanto modificó la naturaleza de la vinculación de las personas al servicio de tales entidades, que integran ese sistema. El artículo 26, parágrafo, precisa “Son

¹ artículos 194 y 195 de la ley 100 de 1993

trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.”

Entonces, de acuerdo con este precepto, los servidores de las Empresas Sociales del Estado, son empleados públicos, salvo aquellos que laboren en el mantenimiento de la planta física en servicios generales a condición de que no sean directivos, que serán trabajadores oficiales. Pues bien, al verificar el cargo que desempeñó de auxiliar de servicios generales- aseadora, la sala encuentra que en efecto la señora Gómez Molano, ostenta la calidad de trabajadora oficial, toda vez que las funciones para las cuales se desempeñó eran las destinadas para el mantenimiento de la planta física hospitalaria, tal y como se puede corroborar con el manual específico de funciones y competencias laborales que obra a folios 52 a 55 del expediente digitalizado.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO

El último punto por dilucidar en esta instancia estriba en determinar si la finalización del contrato se generó por vencimiento del plazo pactado, como lo indicó el a quo, o fue sin justa causa.

El decreto 2127 de 1945, dado que el demandante ostentaba la calidad de trabajador oficial, señala:

“ARTICULO 38. *El contrato celebrado por tiempo determinado deberá constar siempre por escrito y su plazo no podrá exceder de cinco años, aunque sí es renovable indefinidamente. (...)*

ARTICULO 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 de terminado 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.*

ARTICULO 47. *El contrato de trabajo termina:*

a. Por expiración del plazo pactado o presuntivo; (...)

ARTICULO 51. *Fuera de os casos a que se refieren los artículos 16, 47, 48, 49 y 50, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse*

el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar.”

De ahí, que como se indicó en precedencia entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual a voces de la norma en cita se entiende pactado por seis meses y se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por periodos iguales.

En el caso de autos teniendo en cuenta el términos de prescripción que no fueron objeto de controversia, se tiene que el verdadero contrato de trabajo se extendió entre el 19 de enero de 2007 hasta el 30 de junio de 2016, como se indicó en precedencia, por lo que la última prórroga va del 19 de enero al 19 de julio de 2016 en atención a la normatividad citada, en tal sentido según lo certificado por la demandada el mismo fue finalizado el 30 de junio de 2016 (fls 17 y ss del expediente digitalizado), por lo que es claro que el contrato terminó antes de que venciera el plazo presuntivo objeto de prórroga, correspondiendo el pago de lo que hiciera falta para cumplirse el plazo presuntivo, esto es, 18 días que asciende a \$814.656.00, siendo del caso modificar el ordinal segundo de la sentencia apelada, para en su lugar establecer que la enjuiciada adeuda por indemnización por despido sin justa causa la suma antes mencionada.

Los demás aspectos no fue objeto de controversia por ninguna de las partes en la alzada.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Tercera 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

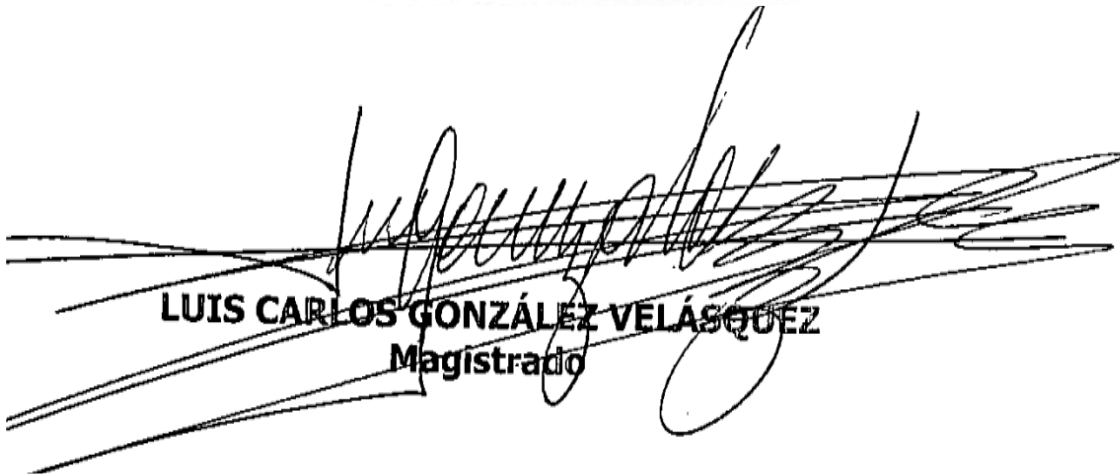
Primero. *Revocar parcialmente el ordinal tercero y adicionar el ordinal segundo de la sentencia apelada, para en su lugar condenar a la demandada Subred Integrada de Servicios de Salud del Centro Oriente a reconocer y pagar a la demandante la suma de \$814.656.00 por concepto de indemnización por despido injusto.*

Segundo.- *Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás.*

Tercero. Costas de la instancia a cargo de la entidad demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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 CRUZ HELENA MAYA CORTÉS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos mil veintidós (2022), 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 declaró abierta.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

A U T O

Reconócese personería al Dr. Javier Ramiro Castellanos Sanabria quien se identifica con la C.C. No 1.020.714.534 y T. P. No. 237.954 del CSJ como apoderado judicial sustituto de Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder conferido (fl 35 vueto).

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia del 26 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Laboral Veintitrés del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Cruz Helena Maya Cortés demandó a la AFP Porvenir y Colpensiones para que previos los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A., en consecuencia, se ordene al fondo de pensiones a devolver a Colpensiones las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de administración, y a ésta última a activar la afiliación sin solución de continuidad. Establecer que la actora es beneficiaria del régimen de transición, por tanto Colpensiones, debe reconocer y pagar la pensión de vejez de manera retroactiva, la indexación de las condenas, las costas del proceso y lo extra y ultra petita.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 6 a 8 (C.D. fl. 1), en los que en síntesis indicó que: nació el 12 de enero de 1959, por tanto a la presentación de la demanda tenía 61 años de edad; el 17 de septiembre de 2002 se trasladó del RPMPD al RAIS, por medio de Porvenir S.A., AFP que no suministró información acerca de las características del régimen privado, la financiación de la prestación, el descuento de gastos de administración ni las consecuencias del traslado, tampoco se le habló de los requisitos pensionales en ambos regímenes, ni se le expresó que era beneficiaria del régimen de transición. Antes de quedar inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003, no se le manifestó la posibilidad de retornar al RPMPD.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la demandada, en forma legal y oportuna, Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en el escrito de la demanda (C.D. fl. 30 archivo 05), frente a los hechos aceptó el natalicio de la actora, la edad de aquella a la presentación de la demanda y la afiliación a esa administradora; Como medios de defensa, propuso las excepciones de mérito de: 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, 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 S.A., dio contestación a libelo oponiéndose a la totalidad de las pretensiones (C.D. fl. 30 archivo 08); en cuanto a los hechos aceptó la afiliación a Porvenir S.A. Incoó las excepciones de fondo enlistadas así: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a 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 (C.D. fl. 30 archivo 09), en la que se declaró la ineficacia del traslado al RAIS administrado por Porvenir S.A., por tanto, condenó a la AFP a devolver a s Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, esto es, rendimientos sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, dineros que deberá trasladar debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago; declaró que la activa se encuentra afiliada al RMPD administrado hoy por Colpensiones, absolvió a Colpensiones de las demás, declaró no probadas las excepciones propuestas, e impuso costas a cargo Porvenir S.A. y a favor de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo: Porvenir S.A. la recurre, por considerar que la única obligación en cabeza del fondo de pensiones para tener materializado el traslado del régimen pensional es la expresión de voluntad de la afiliada por medio del diligenciamiento del formulario de afiliación de conformidad con las disposiciones vigentes para la época del cambio de régimen, de manera que cumplió con las obligaciones a su cargo, ya que, la AFP no está en la obligación de aportar documentos que prueben una asesoría, máxime cuando la permanencia en el RAIS ha sido una decisión

libre, voluntaria e informada que se ha ratificado en el tiempo; no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración pues en el RPMPD se destina un 3% de la cotización a gastos de invalidez y sobrevivientes, los cuales no forman parte de la pensión de vejez, así que, cuando surge un cambio de régimen pensional los únicos dineros a trasladar son las cotizaciones junto con sus rendimientos, de lo contrario se configura un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, a más que, no hay norma que establezca la devolución de estos gastos de administración. Finalmente debe declararse la prescripción de los gastos de administración en atención a que no están llamados a financiar la prestación de vejez.

A su turno Colpensiones, disiente de la decisión de primer grado, en tanto la afiliación al RAIS es válida obre o no el formulario de afiliación en el plenario, puesto que hubo un acercamiento de los asesores del fondo de pensiones para suministrar información a la actora de acuerdo al interrogatorio rendido, oportunidad en la que también confesó que desconoce en la actualidad los requisitos pensionales en el RPMPD, de modo que al tenerla como afiliada Colpensiones, la entidad estaría faltando también al deber de información, así que al proferir sentencia de fondo no se valoró el caso en concreto, simplemente se invirtió la carga a la prueba, sin siquiera considerar que los rubros que se devolverán irán a un fondo común y no a una cuenta individual. Por ultimo infiere que se atenta contra la estabilidad del sistema pensional con la afiliación de la activa.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia, en los reiteraron los motivos por los cuales recurren la decisión y agregó que la demandante permaneció por más 19 años en el RAIS, con lo que ratificó su voluntad de permanecer en ese régimen.

Colpensiones por su parte además de lo referido en el recurso de alzada, esgrimió como alegato que la activa no es beneficiaria del régimen de transición.

CONSIDERACIONES

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

DE LA NULIDAD 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 es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado 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.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “Al momento de trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el asesor comercial no le informó a la demandante, cuáles eran las condiciones que tenía que cumplir tanto en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como en el Régimen de Prima Media Con Prestación Definida para acceder a una pensión por las contingencias de vejez, invalidez o muerte, por lo que omitió información de las condiciones para lograrlo y lo que le era más conveniente para su futuro pensional”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “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, y en sentencia de 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 al afiliado, 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 S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 17 de septiembre de 2002. 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.*

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que para la época del traslado empezó a trabajar en el Senado, por lo que en el momento en el que se presentó en las instalaciones de su nuevo empleador los asesores de Porvenir S.A. le manifestaron que el fondo de pensiones era lo mismo que el ISS, incluso la asesora la presionó para firmar y le dio información de afán, pero no suscribió el formulario. Después llegó la comunicación que estaba vinculada a esa AFP, por lo que acudió al fondo de pensiones a solicitar el formulario de afiliación pero no le fue suministrado. Desconoce cuáles son los requisitos actuales para acceder a la pensión en Colpensiones, sin embargo, quiere retornar debido a que le parece injusto haber trabajado toda la vida y no pueda acceder a la pensión, máxime cuando siempre estuvo convencida de que estaba afiliada al ISS, dado que no firmó ningún documento.

*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 S.A.**, 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. Ahora, pese a que la actora relató que la promotora del fondo de pensiones se le acercó para la afiliación, ese sólo hecho no demuestra que recibiera la información de las ventajas y desventajas del cambio de régimen 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, nótese que ni siquiera como medio de convicción se aportó el formulario de afiliación mediante el cual se dio la vinculación la actora, por lo que ni quiera fue posible determinar si la informó de su derecho de retracto. Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

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; que debe darse al momento del traslado. Sin que la permanencia en el régimen constituya prueba de esa información.

Ahora, 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 de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por **AFP Porvenir S.A.**, incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, 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 precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003). De otra parte la carga prestacional a cargo de Colpensiones no es gratuita, al disponerse la devolución plena de la suma que tenía en la cuenta de ahorros

de la AFP. 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 de ahorro 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).

Finalmente y en cuanto a lo esgrimido por Colpensiones en su recurso, 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 a la 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.

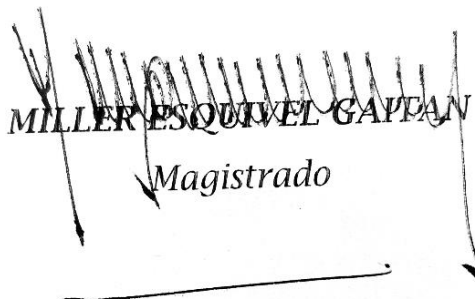
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada y consultada.*

Segundo.- *Costas de la instancia a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000.00 por concepto de agencias en derecho a cada una de las recurrentes.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE BEATRIZ EUGENIA CARDONA DE RAMÍREZ CONTRA CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE ACDAC- CAXDAC.

En Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 23 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Octavo 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

Beatriz Eugenia Cardona de Ramírez, a través de apoderado judicial, demandó a la Caja de Auxilios y Prestaciones de Acdac - CAXDAC, con el fin de que se le condene a actualizar o indexar la sustitución de la pensión legal de jubilación, reconocida mediante comunicación 64986 del 11 de junio de 1986, emanada de la gerencia de la demandada, desde la fecha de reconocimiento conforme a los arts. 48 y 53 de la C.N., junto con los reajustes anuales legales; al pago indexado de las diferencias de mesadas pensionales y de las mesadas adicionales y por las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 4 y 5 del expediente, en los que en síntesis indicó que: mediante comunicación 64986 de junio 11 de 1986 emanada de la gerencia de la caja de auxilios y prestaciones sociales de CAXDAC , mediante resolución No.01 de 1986 se le reconoció, y a sus hijos menores Juan Pablo y María Fernanda Martínezguerra, la sustitución de la pensión de jubilación consagrada en el artículo 1º de la ley 12 de 1975, con ocasión al fallecimiento del señor Fernando Martínezguerra Cardona a partir de 19 de junio de 1986 por valor de \$102.226.60 mensuales, durante el periodo comprendido entre 1987 y 1993 los incrementos de la pensión efectuados por la demanda, fueron inferiores al incremento de los precios al consumidor o variación de los precios al consumidor, certificada por el DANE; desde hace 10 años la demandante es la única beneficiaria de la sustitución de la pensión de jubilación, al haber llegado sus hijos al máximo de edad establecido por la ley, el valor real de la pensión de la demandante para uno de los años subsiguientes a 1985, es superior al valor cancelado por la demandada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por las demandadas, en forma legal y oportuna, CAXDAC (fls. 38 a 58) oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en el escrito de la demanda, frente a los hechos aceptó que se efectuó el reconocimiento de la sustitución pensional a la cónyuge y a los hijos del causante, que ha efectuado los incrementos legales a la pensión de jubilación desde el momento de su reconocimiento de conformidad con la normatividad vigente para cada época, actualmente la demandante es la única beneficiaria de la pensión de jubilación. Propuso como excepciones de fondo la inexistencia de la obligación, carencia de respaldo normativo, buena fe, imposibilidad de despachar interés de mora contra Caxdac, prescripción, genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a 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 (C.D. fl. 76), en la que se absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante, declaró probadas la excepción de inexistencia de la obligación relevándose al despacho del estudio y todos los medios exceptivos, sin condena en costas en esta instancia ante su no causación.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación insistiendo que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la actualización o la indexación de su mesadas pensional, en aplicación de los criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional sobre este aspecto a pensiones reconocidas con anterioridad a la Ley 100 de 1993; ya que si bien, al demandante desde el mismo momento del retiro se le reconoció el derecho y le ha venido realizando los reajustes anuales en legal forma, el valor de la pensión se ha disminuido con respecto al IPC, por lo que atendiendo los principios de favorabilidad la prestación pensional debe ser reajustada en la forma pedida.

De igual forma, la parte demandada interpone recurso de apelación en relación con la negativa de condena en costas, teniendo en cuenta que el artículo 365 del CGP establece que se condenara en costas a la parte vencida dentro del proceso y como en primera instancia se declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y con base a ello se absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones, resulta procedente su imposición por lo que pide se revoque el ordinal tercero de la sentencia apelada.

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

Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS., procede la sala a examinar los puntos objeto de censura, propuestos por las partes.

CALIDAD DE PENSIONADO DEL ACCIONANTE

No es objeto de controversia que la señora Beatriz Eugenia Cardona de Martínezguerra disfruta de una pensión de sobrevivientes, la cual fue reconocida por la Caja de Auxilios y Prestaciones de Acdac, CAXDAC, a través de la comunicación del 11 de junio de 1986 (Fl. 16 del expediente digitalizado), de conformidad con lo previsto en la Ley 12 de 1975, jubilación por sustitución a partir del 19 de junio de 1985, en cuantía inicial de \$102.226, que correspondía al 75% del promedio salarial mensual devengado en el último año de servicios (\$136.302), con ocasión del fallecimiento de su esposo Fernando Martínezguerra Zambrano quien prestó servicios a Helicol durante 17 años , 7 meses y 23 días y falleció estando en servicio el 19 de junio de 1985

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN - INDEXACIÓN MESADA PENSIONAL

Solicita el accionante la reliquidación de su pensión de jubilación, desde la fecha del reconocimiento, año por año, en los términos de los artículos 48 y 53 de la CN., en razón a que los reajustes legales ordenados por el gobierno nacional y realizaos con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, no se hicieron con el índice de precios al consumidor, lo que generó una disminución de la pérdida del poder adquisitivo de la prestación pensional. Mientras que CAXDAC se opone a ello en razón a que el reconocimiento pensional se realizó a partir del día siguiente a su desvinculación laboral y los reajustes anuales legales se realizaron de conformidad con lo previsto en las normas vigentes para la época Ley 10 de 1972, la Ley 4 de 1976 y la ley 71 de 1988, y los posteriores conforme a la ley 100 de 1993 y demás normas concordantes

Efectivamente, los artículos 48 y 53 del CN que, en sus apartes referenciados en sus fundamentos de derecho, señalan que “La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.” y “El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.”. No obstante, no se puede dejar de lado que, con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, así como de la Ley 100 de 1993, existieron 3 bloques normativos que regularon el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de las mesadas pensionales, Ley 10 de 1972, la Ley 4 de 1976 y la Ley 71 de 1988, a través de las cuales el gobierno nacional dispuso el reajuste de las mismas y concretamente dada la fecha del reconocimiento pensional correspondía en efecto la aplicación de las dos últimas mencionadas que establecían:

Al efecto, la Ley 4ª de 1976 1º indica

“Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Cuando transcurrido el año sin que sea elevado el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá así: se hallará el valor de incremento en el nivel general de salarios registrado durante los últimos doce meses. Dicho incremento se hallará por la diferencia obtenida separadamente entre los promedios de los

salarios asegurados de la población afiliada al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y a la Caja Nacional de Previsión Social entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior (...).

Parágrafo 3º.- En ningún caso el reajuste de que trata este Artículo será inferior al 15% de la respectiva mesada pensional, para las pensiones equivalentes hasta un valor de cinco veces el salario mensual mínimo legal más alto”.

A su vez, la otra (Ley 71 de 1988) precisó:

“Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

PARAGRAFO. Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo”

En el caso puesto a consideración, advierte la Sala que desde el momento del reconocimiento de prestación económica (1985), se encontraba, de manera clara y concreta, regulado el fenómeno del reajuste de la mesada pensional, sin que de la forma en que estaba prescrita, se contemplara que los incrementos se realizarían con base en el índice de precios del consumidor, pues sólo fue hasta la expedición de la Ley 100 de 1993 en su artículo 14 (el que derogó el 1° de la Ley 71 de 1988), que se modificó el reajuste de las mesadas pensionales, en el sentido de que dicha variación porcentual obedece al IPC certificado por el DANE para el año anterior, como lo pretende el demandante, frente a su mesada pensional reconocida con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política y la ley 100 de 1993. Nótese además, que las normas relacionadas con los reajustes pensionales, tienen efectos inmediatos sobre los que ostentan la calidad de pensionados, pues los mismos no constituyen derechos adquiridos sino meras expectativas, por lo que resulta forzosa la aplicación inmediata de las leyes expedidas por el legislador.

En igual sentido, tal como se ha desarrollado el principio de la aplicación de la Ley en el tiempo, previamente referido, las normas laborales no admiten efectos retroactivos, salvo, disposición en contrario, cuya existencia no está acreditada, pues la única norma que contiene una figura de reajuste como la pretendida (Ley 100 de 1993), en ninguna parte de su cuerpo normativo, señala que sus disposiciones tengan un carácter retroactivo, en lo relativo a la corrección monetaria de las mesadas que ya hubieran sido pagadas y reajustadas, de acuerdo a las normas vigentes en la época que se causaron, por lo que no habría obligación legal de reliquidar, menos cuando no se está ante un circunstancia en que no existe cuerpo normativo que

regulara la figura de los reajustes anuales, eventualidad en la que sería dable acudir a principios constitucionales.

Al respecto, la SCL de la CSJ en sentencia SL 736 del 16 de octubre de 2013, Rad. 47709, reiteró:

“(...) la obligación surgida a la luz del derecho es la indicada en la ley, esto es, la mesada pensional, para cuyo cálculo el legislador dispuso, de manera expresa, factores matemáticos precisos. No existe, pues, vacío legal alguno al respecto y, por lo mismo, no le cabe al juzgador apartarse de lo preceptuado en las normas vigentes, según cada caso, por cuanto sería asumir una conducta contraria a su claro tenor literal, so pretexto de decidir en equidad que, valga decirlo, sigue siendo criterio auxiliar en la resolución de los conflictos. No existe, en consecuencia, laguna legal que llenar con los principios generales del derecho, y tanto es ello así, que desde la década del sesenta se dispusieron mecanismos para conjurar el deterioro real de las pensiones, hasta llegarse a la actualización anual con base en el salario mínimo legal, en la Ley 71 de 1988, mejorada con la fórmula consagrada en la Ley 100 de 1993.

Al examinar la pensión de jubilación por sobrevivencia reconocida a la demandante se tiene que desde el inicio le fue reconocida dicha prestación en el porcentaje correspondiente al tiempo laborado en la empresa según lo señalado en la Ley 12 de 1975, a partir del día siguiente al fallecimiento de su cónyuge Fernando Martinezguerra Zambrano ocurrida el 19 de junio de 1985, (fl 16 del expediente digitalizado); situación que advierte claramente que entre la fecha del fallecimiento y el momento del reconocimiento inicial no existió pérdida del poder adquisitivo, por el contrario se hizo debidamente actualizada, y como se precisó anteriormente y lo reconoce el promotor, los reajustes anuales se han venido realizando en debida forma, por lo que no hay lugar a la indexación reclamada. Precizando que si bien los máximos los máximos tribunales de justicia han acogido jurisprudencialmente el criterio de indexación de la primera mesada pensional, para pensiones reconocidas con anterioridad a la Constitución de 1991, ello ocurre en situaciones totalmente diferentes a lo que ahora propone la demandante, como es que exista un lapso entre el retiro del trabajador y la fecha del reconocimiento pensional, lo cual amerita su actualización a efectos de que la prestación pensional no se reconozca con el salario que percibía al momento de su desvinculación laboral, lo que no ocurrió con la señora Cardona de Martinezguerra; y si bien se menciona que la entidad ha reconocido la indexación de la reliquidación pensional en la forma aquí reclamada, tal caso no se probó en el plenario y si bien se realizaron algunas por orden judicial en acción de tutela, corresponde a situaciones muy distintas a la aquí planteada. Finalmente, es preciso aclarar respecto al tema de los principios enunciados por el recurrente que el principio de la norma más favorable (art. 21 del CST) se da cuando existen varias normas aplicables a un mismo caso, de igual o distinta fuente,

circunstancia en la cual se debe aplicar aquella que sea más favorable al trabajador, el cual no resulta plausible en el sub examine, en tanto que no existe varias normas que indiquen en forma distinta desde cuando es exigible el derecho a los reajustes pensionales legales diferentes a los establecidos en precedencia; cosa distinta es el principio de indubio pro operario, en virtud del cual de existir diversas interpretaciones sobre una misma norma, debe aplicarse aquella que sea más favorable al trabajador, el cual, el que no es de recibo en el presente caso.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en cuanto al motivo de inconformidad de Caxdac, considera la Sala viable su revocatoria en cuando no impuso costas en primera instancia, puesto que la demandante resultó vencidas en juicio, y éstas corresponden a 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 derechos, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, 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 no haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Beatriz Eugenia Cardona de Martinezguerra asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se revocará el ordinal tercero de la sentencia apelada para, en su lugar, condenar en costas de la primera instancia a la demandante, así como las causadas en esta instancia ante la improsperidad del recurso por ella interpuesto.

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

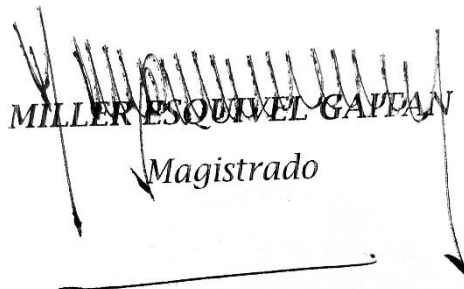
R E S U E L V E

Primero.- Revocar el ordinal tercero de la sentencia apelada, para, en su lugar, condenar en costas de la primera instancia a la demandante.

Segundo.- Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás.

Tercero.- Costas en esta instancia a cargo de la actora. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$400.000,00 por concepto de agencias en derecho a cada una de ellas

Notifíquese en legal forma y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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 RUTH JACQUELINE VILLAZANA DURÁN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos mil veintiuno (2022), 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 Tercera de .

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 proferida el 19 de noviembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho 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

Ruth Jacqueline Villazana Durán, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Colpensiones, y las AFP Protección S.A, Porvenir S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A. para que se declare la nulidad del traslado al RAIS realizado a través de la AFP Protección S.A. y en consecuencia, se condene a Porvenir S.A. como última administradora a la que se encuentra afiliada,

devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados, y a Colpensiones a recibirla como afiliada en el RPMPD sin solución de continuidad. Así mismo pide que se condene a las demandadas a lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 a 5 (C.D. fl. 2 archivo 01 demanda), en los que en síntesis se indica que: nació el 24 de abril de 1966 por lo que a la presentación de la demanda con 54 años; entre 27 de abril de 1990 hasta el 29 de febrero de 1996, realizó cotizaciones al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones; ese año se trasladó al RAIS por medio de la AFP Davivir, hoy Protección S.A., pero no proporcionó de manera oportuna, información que resultaba imprescindible para construir el acto jurídico de afiliación voluntario, referente a los requisitos, condiciones y riesgos del RAIS, cercenando la posibilidad de que la demandante los comparara con las condiciones del RPMPD al cual se encontraba afiliada; que posteriormente de manera horizontal se pasó a Porvenir S.A. el 30 de octubre de 1997; Protección S.A. el 27 de octubre de 2008, Skandia S.A. el 14 de mayo 2014 y finalmente de nuevo a Porvenir S. A. el 4 de diciembre de 2015, las cuales tampoco le brindaron información referente a los requisitos, condiciones y riesgos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Señala que al momento del traslado de régimen los asesores de la AFP, no se encontraban capacitados para realizar la debida asesoría, de cara a la responsabilidad de carácter profesional que ello implicaba, no fue informada sobre la prohibición de trasladarse de Régimen, antes de que ella cumpliera 47 años de edad y que actualmente se encuentra afiliada a la AFP Porvenir S.A. Agrega que solicitó a Porvenir S.A. anular su afiliación en el RAIS y trasladarla al RPMPD administrado por Colpensiones, así como expedir copia de documentos y generar la proyección de la pensión de vejez el 6 de febrero del 2020, obteniendo respuesta, negativa frente a la solicitud de anulación de la afiliación y se le indicó que la mesada pensional que allí podía obtener sería aproximadamente de \$877.803, representada en una garantía de pensión mínima; mientras que en Colpensiones sería con un monto aproximado de \$3.269.841 y que a través de escrito con radicado No. 2020_1686556 del 06/02/2020, la señora, solicitó a COLPENSIONES tenerla como afiliada en el RPMPD sin solución de continuidad y recibir los dineros que traslade la AFP Porvenir y en respuesta

a través de oficio BZ2020_1859563-0377044 del 10 de febrero de 2020, le respondió en forma negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Skandia S.A. a través de escrito incorporado a folios 1 a 18 (C.D. fl. 2 archivo 08.); aceptó parcialmente la afiliación a ese fondo de pensiones, la solicitud elevada y la respuesta a esta. Propuso como excepciones: 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 inhabilitado 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 facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica

Porvenir S.A, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas folios 1 a 28 (C.D. fl. 2 archivo 14); en cuanto a los hechos manifestó no ser ciertos o no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Colpensiones, describió el traslado en legal forma y dentro de término oponiéndose a la totalidad de las pretensiones folios 1 a 16 (C.D. fl. 2 archivo 15); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, las cotizaciones realizadas al ISS, que actualmente no se encuentra pensionada, la solicitud elevada a esta administradora y la respuesta. Como excepción previa propuso la de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

A su turno, Protección S.A, en plazo legal describió el traslado de la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas, (C.D. fl. 2 carpeta 16); en

cuanto a los hechos acepto el natalicio de la actora, la solicitud de anulación de afiliación a esta administradora y la respuesta a esta, frente a los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso como excepciones las denominadas inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica

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 (C.D. fl. 2) se absolvió a las demandadas de toda y cada una de las pretensiones de la demanda y condeno en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante considera que debió declararse la ineficacia de la afiliación de conformidad con el precedente jurisprudencial, toda vez que el fallador de primer grado invirtió la carga de la prueba, esto es, impuso a la parte actora probar todos y cada uno de los supuestos de hechos de la demanda, e incluso se adujo a condiciones como el régimen de transición o derechos consolidados que no son el fundamento de la jurisprudencia; que dentro del asunto no se solicitó la aplicación del artículo 271 del CST; tampoco se valoró el interrogatorio del demandante; pasó por alto el juez que el asesor a diferencia del demandante era una persona capacitada, por lo que debió transmitir su conocimiento.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la AFP Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y Colpensiones presentaron alegatos en esta instancia, en los que solicitó se confirme la sentencia.

La parte demandante, a su vez, reiteró los motivos de inconformidad y solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda.

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 parte actora.

DE LA NULIDAD 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 es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado 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.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “no proporcionó de manera oportuna, información que resultaba imprescindible para construir el acto jurídico de afiliación voluntario, referente a los requisitos, condiciones y riesgos del RAIS”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “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, y en sentencia de 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 al afiliado, 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 Davivir hoy Protección S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 28 de junio de 1996, efectivo a partir del 1º de agosto de la misma anualidad fl. 34 (C.D. fl. 2 archivo 16). 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.*

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que estando trabajando con Ramal y compañía como secretaria, de recursos humanos la llamaron a una sala junto con varios compañeros y allí unas personas de Davivir y les hicieron firmar un formulario, sin saber de qué se trataba, pero con la citación era de recursos humanos confió en la decisión que estaban tomando; pero no les explicaron que ocurría y solamente aceptaban órdenes; no sabía cuantas semanas tenía cotizadas al ISS; señala que no se acercó a solicitar información al fondo pensional, porque ella no escogió ese régimen y no sabía en ese momento a dónde se estaban realizando los aportes y posteriormente cuando paso a otro trabajo se pasó a Porvenir pero porque en el empleador le paso los formularios de afiliación pero no se le brindó ninguna información; indica que cuando se afilió a Protección fue porque le pasaron el formulario en la empresa pero tampoco se le brindó información y su afiliación a Skadia fue porque ese fondo le ofrecía mejores condiciones al otro fondo.

*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 Davivir hoy Protección S.A.**, 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. Ahora, pese a que la actora relató que se le indico que podía realzar aportes por una suma superior a la que le correspondía por ley, sin que ello acredite la ilustración de las diferencias de ambos regímenes.*

Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, 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 nulidad de dicho traslado, obligación que se debió efectuar en abril de 1994.

*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, 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 de la **AFP Protección S.A.**, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados al informativo

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 la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotora es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.

Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar de que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por el juez relativas a que el actor no cumplió su deber como consumidor financiero, 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.

Ahora, 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 de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Entonces, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al accionante en el momento de su traslado, se dispondrá revocar la decisión de instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia o nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora Ruth Jacqueline Villazona Durán con destino a la AFP Davivir hoy Protección S.A., el 28 de junio de 1996 con efectividad a partir del 1º de agosto de la misma anualidad; ordenando a la AFP Porvenir S.A. último el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional, y gastos de administración a Colpensiones, entidad que deberá mantener la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado y recibir tales sumas.

Finalmente, no entiende la Sala, los motivos por los cuales el juez de primer grado se aparta del precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral permanente de la Honorable Corte Suprema de Justicia, acudiendo a decisiones de la Sala de Descongestión Laboral, cuando es bien sabido por el togado que el reglamento del máximo órgano colegiado -Acuerdo 48 del 16 de noviembre de 2016 y adición aprobada- consagró en su artículo 26 la función, delimitación y competencia de las salas de descongestión, e incluso, con posterioridad a la sentencia que citó el togado como fundamento de su sentencia, la propia ponente recogió su postura.

Conforme a lo anterior, se procederá a revocar la sentencia apelada.

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.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera 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 la sentencia apelada para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Ruth Jacqueline Villazona Durán*

con destino a la AFP Davivir hoy Protección S.A., el 28 de junio de 1996 con efectividad a partir del 1º de agosto de la misma anualidad. De conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

Segundo.- Ordenar a la AFP Porvenir S.A., el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional, gastos de administración a Colpensiones, entidad que recibirá tales sumas y mantendrá la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional.

Tercero.- Declarar no probadas las excepciones propuestas.

Cuarto.- Costas de las instancias a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una de las demandadas.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GATTAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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 ALEJANDRINA SALDAÑA AVILA CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos mil veintidós (2022), 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.

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 demandante contra la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio 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

Alejandrina Saldaña Ávila, por medio de apoderada judicial, presentó demanda en contra de LA Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del señor José Reinaldo Torres Rodríguez, a partir del día de su fallecimiento 18 de noviembre de 2009, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación y las costas procesales.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 6 y 7 del expediente digitalizado (cd. fl 2, archivo 01), en los que en síntesis indicó que: el señor José Reinaldo Torres Rodríguez suscribió formulario de vinculación al fondo de pensiones BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy la AFP Porvenir S.A. el 10 de abril de 1995 y falleció el 18 de noviembre de 2009; que en los tres años anteriores a su muerte cotizó un total de 122.42 semanas; que inicialmente se presentó ante la AFP a reclamar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en calidad de representante de los menores Jenny Paola, Johan Zamir y Johanna Andrea Torres Saldaña en su condición de hijos del causante, y el Fondo a través de comunicación del 19 de julio de 2010 reconoció la prestación a sus tres hijos en un 25% para cada uno y el 25% se le reconoció a la joven Erika Rocío Torres Gutiérrez también hija del causante. Señala que convivió con el señor Torres Rodríguez por más de quince años compartiendo techo, lecho y mesa y procrearon los tres hijos antes mencionados precedentemente; solicitó en su favor el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 30 de octubre de 2014, la que fue negada por la entidad de seguridad social, con el argumento de que no figuraba como beneficiaria del causante; y finalmente el 9 de mayo de 2017, insistió en la prestación la que fue respondida el 17 de mayo siguiente en forma negativa en el sentido de que no cumplía los requisitos legales .

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la demandada AFP Porvenir S.A., en forma legal y oportuna a través de escrito incorporado a folios 75 a 89 del expediente digitalizado (cd. fl 2, archivo 01), en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas; frente a los hechos aceptó la afiliación del señor Torres Rodríguez, el número de semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de su fallecimiento, la solicitud y el reconocimiento pensional en favor de sus tres menores hijos así como las solicitudes presentadas posteriormente en las que pidió el reconocimiento de pensión en calidad de compañera permanente del causante y la negativa de la entidad, frente a los demás dijo no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones perentorias de falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación en cabeza de Porvenir S.A., incumplimiento de los requisitos legales para acceder al pago de la prestación,

ausencia de derecho sustantivo, buena fe de Porvenir S.A. y la innominada o genérica.

En escrito adjunto (fls 90 a 92 del expediente digitalizado) la convocada formuló llamamiento en garantía a BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., el que fue aceptado por auto del 30 de abril de 2018. Notificada, dio contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones; frente a los hechos señaló que es cierto la fecha de fallecimiento del causante y el reconocimiento de pensión de sobrevivientes a sus hijos menores, frente a los demás dijo no constarle. Formuló las excepciones de pago, cobro de lo no debido, inexistencia de relación entre la demandante y BBVA Seguros de Colombia, y la genérica.

En audiencia pública del art. 77 del C.P.T. y S.S., llevada a cabo el 29 de enero de 2019, se declaró probada la excepción previa de falta de integración de litisconsorcio necesario y se ordenó vincular a Erika Rocío Torres Gutiérrez, así como a Jenny Paola, Johan Zamir y Johanna Andrea Torres Saldaña.

Notificados los convocados dieron respuesta a la demanda, así: Jenny Paola Torres Saldaña, no se opuso a las pretensiones; aceptó como ciertos la totalidad de los hechos y no propuso excepciones. (fls 165 y 166)

Johanna Andrea Torres Saldaña fue notificada través de Curador Ad Litem quien dio respuesta en escrito incorporado a folios 191 a 194 en el que se opuso a las pretensiones; frente a los hechos aceptó la fecha de fallecimiento del causante, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la fecha de afiliación a Porvenir del causante, la totalidad de semanas cotizadas, la solicitud elevada por la demandante para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes como compañera permanente y frente a los demás dijo no constarle. No propuso excepciones. A su turno Yojhan Stith Torres Saldaña, en escrito visto a folios 233 y 234 dio respuesta indicando que no se opone a las pretensiones, aceptó los hechos y no propuso excepciones. Por su parte Erika Rocío Torres Gutiérrez a pesar de haber sido notificada personalmente, no hizo ningún pronunciamiento, por lo en auto de 8 de mayo de 2019 se tuvo por no contestada la demanda (flsd 175 y 176).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a 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 (C.D. fl. 2), en la que declaró probadas las excepciones denominadas falta de causa para pedir propuesta por la AFP Porvenir S.A y cobro de lo no debido formulada por BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.; se negaron las pretensiones incoadas por la demandante Alejandrina Saldaña Ávila y se condenó en costas a la actora.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación señalando que dentro del proceso se encuentra plenamente demostrada la convivencia con el causante José Reinaldo Torres Rodríguez, por más de 15 años y estuvo presente hasta el día de su fallecimiento, con la prueba testimonial recaudada; ya que la señora María Matilde Rodríguez, madre del causante, da fe de ello en su declaración que es clara, espontánea y precisa, lo cual concuerda con lo señalado por Tatiana Sabogal en sus dichos quien manifestó tener conocimiento directo de lo manifestado y en el testimonio de Leidy Johanna quien también dentro de su dicho es coincidente con lo indicado por lo demás, por lo que considera que se hizo una indebida valoración por parte del fallador de instancia, por lo que pide que se revoque la decisión de primera instancia y se conceda la pensión de sobrevivientes deprecada.

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

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

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES -CALIDAD DE COMPAÑERA PERMANENTE - CONVIVENCIA.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no existe discusión en cuanto a que José Reinaldo Torres Rodríguez estuvo afiliado a la AFP BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A, dentro de los 3 años anteriores al

deceso cotizó un total de 122,42 semanas, lo cual fue aceptado por la demandada y se corrobora con la comunicación de 19 de julio de 2010, por medio de la cual reconoció pensión de sobrevivientes a los menores hijos Erika Rocío Torres Gutiérrez, Jenny Paola, Johan Zamir y Johanna Andrea Torres Saldaña en cuantía equivalente al SMLMV y en proporción del 25% para cada uno de ellos (fls 11 a 15 del expediente digitalizado). Así mismo que falleció el 18 de noviembre de 2009 con el registro civil de defunción incorporado a folio 23 del expediente digitalizado

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar si la señora Alejandrina Saldaña Ávila cumplen los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclaman con ocasión al fallecimiento de José Reinaldo Torres Rodríguez.

Pues bien, considerando la data del deceso del causante, 14 de febrero de 2019, 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 [...]

Consagran las normas transcritas 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.

Recientemente 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, con radicado N° 77327 del 3 de junio de 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.”*

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

Establecido lo anterior, cumple destacar que en el presente asunto no se discute que a la fecha de la muerte del señor José Reinaldo Torres Rodríguez, la reclamantes acreditaban más de 30 años de edad, pues, con la fotocopia de la cédula de ciudadanía la señora Alejandrina Saldaña Ávila se verifica que nació el 2 de marzo de 1974 (fls. 16); por lo que la Sala procede al estudio de los medios probatorios allegados a fin de determinar la existencia o no de la convivencia alegada por la referida señora.

Obran en el expediente declaraciones extrajuicio rendidas por Jeimmy Tatiana Sabogal Castillo y Sandra Patricia Torres Rodríguez (hermana del causante); rendidas ante la Notaría Tercera del Círculo de Facatativá en las que manifestaron conocer a la Señora Alejandrina Saldaña Ávila quien convivió con el señor José Reinaldo Torres Rodríguez durante más de 15 años hasta el día de su fallecimiento el 18 de noviembre de 2009, de esa unión procrearon tres hijos de nombres Jenny Paola, Johan Zamir y Johanna Andrea Torres Saldaña. (fls 17 a 20 del expediente digitalizado, cd. fl 2 archivo 01). Así mismo indican que de sus dichos conocieron personalmente.

También de allegó declaración extra proceso del señor Luis Jair Torro Gutiérrez, rendida ante la Notaria 2ª de Facatativá, quien manifestó que

conoció al señor Torres Rodríguez y le consta que tenía unión marital de hecho, en forma permanente y bajo el mismo techo con la señora Alejandrina Saldaña Ávila, durante más de 15 años, desde enero de 1994 hasta al momento del fallecimiento ocurrido el 18 de noviembre de 2009 y que de la unión procrearon tres hijos señalando sus nombres. Así mismo indica que antes de esa unión el causante tuvo dos hijos de nombre Erika Rocío y Jonathan, mayores de edad (fls 21 y 22).

Se aportaron los registros civiles de nacimiento de los tres hijos procreados por la pareja Torres- Saldaña, de nombres Jenny Paola, Johan Zamir y Johanna Andrea Torres Saldaña, (fls.18, 20 y 22 del expediente administrativo, archivo 02 del expediente digitalizado).

Se escucharon las testimoniales de María Matilde Rodríguez (madre del causante) quien manifestó que conoce a Alejandrina Saldaña porque era la novia de su hijo, después se casaron y se fueron a vivir juntos, indica que su hijo murió hace once años, que antes del fallecimiento llevaba conviviendo con la señora Alejandrina unos quince años, tuvieron 3 hijos, no supo si tenía hijos con otra persona; que siempre vivieron juntos y nunca se separaron hasta el día que el murió, en Cartagenita llegando a Facatativá, que poco se visitaban porque él permanecía en su trabajo, pero fue muy buen hijo, esposo y trabajador el muchacho; que asistió al entierro de su hijo y ahí estaba la señora Alejandrina en el cementerio central de la 30, que la causa de la muerte fue por peritonitis. Reitera que Alejandrina siempre fue pareja de José Reinaldo y los nombres de sus hijos son Johanna, Jenny, Johan, la mayor trabaja por allá lejos de profesora y los otros niños trabajan en Bogotá. Yeimi Tatiana Sabogal Castillo, dijo conocer a la señora Alejandrina Saldaña, por la integración que han tenido en la cuadra donde también vive Sandra la hermana de Reinaldo, y tanto su familia como la de Sandra hacían reuniones permanentes, en las que participaba Reinaldo y Alejandrina como pareja que eran; que siempre conoció a ella como la esposa de Reinaldo, siempre llegaban juntos con sus tres hijos Jenny, Johana y Johan, se acuerda del fallecimiento de él porque inclusive fueron a visitarlo con su familia al hospital porque él duró como un mes hospitalizado en 2009, se acuerda de ello porque estaba haciendo la novena y fue finalizando año el funeral, que cuando fue al hospital estaba Alejandrina quien también atendió el entierro junto con doña Matilde para darle las condolencias. Indica que no supo que Reinaldo tuviera

otra relación, porque cuando se reunían siempre era doña Alejandrina, don Reinaldo y los niños en algunas ocasiones, que ellos vivían en Cartagenita y la declarante en Facatativá, como a 10 minutos en carro; que cuando que murió José Reinaldo los hijos estaban estudiando y por eso no iban a todas las reuniones, que ellos siempre estaban juntos que él era muy trabajador, doña Alejandrina siempre lo acompañaba en todas sus cosas, estaba muy pendiente de él y de la casa. Leidy Johanna Romero, manifestó que conoce a la demandante hace más de 18 años, por medio de su hermana que vive en La Magdalena - Cundinamarca, supo que ella tuvo una relación con el señor José Reinaldo y su núcleo familiar se componía por ellos dos y sus tres hijos y vivían en Cartagenita cerca a Facatativá. Indica que ella ocasionalmente trabajaba, y le tocó retirarse por motivos de salud del niño cuando estaba pequeño y se sostenía de lo que aportaba Reinaldo y le daba su señor padre; que le consta de ello, porque le ayudó a cuidar a sus hijos Johan y a Jenny porque algún tiempo permanecieron con la mamá de Alejandrina y ellos iban cada ocho días, cada quince a ver los hijos allá a la finca y en dos ocasiones estuvo en la casa de Reinaldo y Alejandrina, Agrega que durante el tiempo que los conoció nunca se separaron hasta el día de la muerte de Reinaldo que él siempre la presentaba como la esposa y siempre los veía a los dos y que supo que el fallecimiento de Reinado fue por apendicitis que estuvo hospitalizado en la Clínica de Occidente acá en Bogotá, que al frente de los cuidados de él siempre estuvo Alejandrina junto con la mamá y la hermana y le consta porque cuando a él lo hospitalizaron, la testigo estaba con los hijos de ellos en la Magdalena y los llamaban a darles información

De los medios de convicción anteriormente reseñados, y atendiendo lo señalado en los artículos 60 y 61 del CPT y SS, la Sala concluye que le asiste razón a la recurrente pues de las pruebas documentales aportadas al plenario, como las declaraciones extrajuicio que no fueron desconocidas como prueba y los testimonios rendidos por la señora madre del causante María Matilde Rodríguez, así como Yeimi Tatiana Sabogal Castillo y Leidy Johanna Romero, quienes se caracterizaron por su coherencia y claridad, sin que se evidencie parcialidad o interés indebido en su relato, sin que se comprometa la capacidad demostrativa de la prueba el hecho que una de las declaraciones provenga de la señora madre del causante, pues, ofrece credibilidad, en tanto expresa las circunstancias fácticas que conocía y le constaba respecto del objeto de litigio en el presente proceso al ser testigo directa. De manera que la señora

Alejandrina Saldaña Ávila probó la convivencia con el causante durante por más de quince años anteriores al fallecimiento del causante, periodo en el cual procrearon tres hijos, que durante su unión nunca se separaron y permanecieron haciendo vida marital hasta el día del fallecimiento del señor Torres Rodríguez, el 18 de noviembre de 2009, como lo manifestaron de manera coincidente los declarantes que concurrieron al proceso en el sentido de que siempre se mantuvo la unión familiar, la comunidad de vida y la ayuda mutua; una de ellas inclusive, ratificado lo manifestado en la declaración extra proceso rendida ante la Notaría Tercera del Círculo de Facatativá.

Corolario de lo anterior, se impone revocar la decisión de prime de primera instancia, para en su lugar conceder el derecho a la pensión de sobrevivientes en cabeza de la actora a partir del 18 de noviembre de 2009, en la cuantía reconocida a los menores hijos y en la proporción que le correspondía en concurrencia con los hijos del causante a quienes se le reconoció inicialmente el derecho, mientras ellos disfrutaron del derecho y del 100% cuando el último de ellos deje de percibirla.

Así mismo, se dispondrá autorizar los descuentos que por los aportes en salud debe asumir la pensionada con el fin de no alterar el correcto funcionamiento de la seguridad social (CSJ sentencia SL 6472 del 21 de mayo de 2014, reiterada en la SL 6446 del 15 de abril de 2015).

INTERESES MORATORIOS

Como el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se hizo con arreglo al art. 12 de la Ley 797 de 2003, resulta procedente la aplicación del art. 141 de dicho cuerpo normativo, que a su tenor dispone:

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

De ahí, que si la entidad llamada a reconocer pensión de las consagradas en la Ley 100 de 1993, lo hace tardíamente debe pagar, además de ésta, los intereses moratorios a la tasa máxima vigente al momento de realizarse el pago. Ahora,

tratándose de pensiones de sobrevivientes la ley 717 de 2001 dispone en su artículo 1°: “El reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad de Previsión Social correspondiente, deberá efectuarse a más tardar dos (2) meses después de radicada la solicitud por el petionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.”

Así las cosas, como en el caso que nos ocupa, dado que a pesar de que el promotor de la acción viene reclamando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su favor desde el 30 de octubre de 2014, reiterada el 9 mayo de 2017, y este derecho sólo fue reconocido en su favor a través del presente proceso; por lo que resulta viable ordenar el pago de los intereses moratorios sobre el retroactivo de mesadas pensionales causado; sin que sea dable argumentar que su negativa se encontraba plenamente justificada, pues, tal y como lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia “para que nazca el derecho a la cancelación de los intereses de mora consagrados en el citado precepto legal, solamente debe estarse frente al incumplimiento de la obligación de la entidad llamada a reconocer la pensión a su cargo, y que por tanto tales intereses no están sujetos a miramientos, condiciones o requisitos diferentes a ese mero incumplimiento” (sentencia del 15 de agosto de 2006, rad. 27540).

Postulado que no permite la exoneración de esos intereses moratorios por circunstancias ajenas a la voluntad del pensionado o propias del debate del derecho a la pensión, pues basta que la entidad de seguridad social no pague o pague tardíamente la pensión, para que estos se causen; por eso la norma no hace ninguna clase de salvedades; imponiéndose ordenar el reconocimiento y pago de los intereses moratorios deprecados sobre el retroactivo de mesadas pensionales, a partir del 30 de diciembre de 2014, es decir, 2 meses después de la solicitud inicialmente presentada, hasta acunado se verifique el pago.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

En materia laboral el fenómeno de la prescripción se encuentra regulado plenamente en el artículo 151 del CPT y SS, al establecer, por regla general, que las acciones correspondientes a los derechos que emanen de las leyes sociales prescriben en 3 años que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado,

interrumpe la prescripción pero sólo por un lapso igual. Interrupción que implica que desde su presentación genera un nuevo conteo de dicho plazo.

Para el caso de autos, se encuentra probado que el 30 de octubre de 2014 la accionante presentó reclamación ante la enjuiciada solicitando el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual fue resuelta negativamente mediante comunicación del 5 de noviembre de del mismo año (fls 20 a 24 del expediente administrativo, archivo 02 del expediente digitalizado), y el escrito de demanda se radicó el 24 de julio de 2017 (acta de reparto, fl. 46, archivo 01 del expediente digitalizado). Por lo tanto, es claro para la Sala que operó el fenómeno prescriptivo sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 30 de octubre de 2011 y así se decidirá.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera 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 la sentencia apelada, y en su lugar, declarar que la señora Alejandrina Saldaña Ávila es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes a cargo de la AFP Porvenir S.A. con ocasión del fallecimiento de José Reinaldo Torres Rodríguez, a partir del día de su fallecimiento 18 de noviembre de 2009, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente y en la proporción legal que le correspondía en concurrencia con la reconocida a los hijos del causante, mientras ellos disfrutaron del derecho y del 100% cuando el último de ellos deje de percibirla. De conformidad con lo considerado en esta sentencia.*

Segundo.-*Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 30 de octubre de 2018, sobre las mesadas causadas, a partir del 30 de noviembre de 2014 hasta el día que se realice el pago, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.*

Tercero.-*Declarar probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 30 de octubre de 2011, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.*

Exp. No. 026 2017 00419 01

Cuarto.- Autorizar a la AFP Porvenir S. A. para del retroactivo de mesadas pensionales adeudados descuenta el valor de los aportes en salud que debe asumir la pensionada, con destino al sistema de seguridad social en salud.

Quinto.- Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la demandada.

Notifíquese a las partes

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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 CARLOS AUGUSTO PEÑA CRUZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos mil veintidós (2022), 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.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

A U T O

Reconócese personería a la Dra. María Camila Bedoya García identificada con C.C. No. 1.037.639.320 y la T.P. No. 288.820 del C. S. de la J. como apoderada principal y a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con la C.C. No 37.627.008 y la T. P. No. 221.228 del C. S. de la J. como apoderada judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, en la forma y para los efectos de los poderes conferidos.

De igual manera, se reconoce al jurista Nicolás Eduardo Ramos Ramos quien se identifica con la 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 Porvenir S.A., en la forma y para los efectos de los poderes conferidos.

Notifíquese

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A. y Protección S.A. contra la sentencia proferida el 11 de octubre de 2021, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia; y en el grado jurisdiccional de consulta respecto de las condenas impuestas a Colpensiones que no fueron objeto de recurso.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Carlos Augusto Peña Cruz, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, a la AFP Porvenir S.A. y Protección S.A, para que previos los trámites de un proceso ordinario, se declare la nulidad del traslado al RAIS administrado por Porvenir S.A. y Protección S.A., en consecuencia, se ordene a Protección S.A. a devolver a Colpensiones el capital cotizado, bonos pensionales, sumas adicionales el asegurado, gastos de administración, así como todos sus frutos e intereses, y a ésta última a recibir y aceptar el capital, además de reactivar la afiliación. Finalmente, pide se condene en costas y lo extra y ultra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 4 a 11 (C.D. fl. 2 archivo 01), en los que en síntesis se indica que: nació el 21 de noviembre de 1961 por lo que a la presentación de la demanda contaba con 58 años de edad; entre julio de 1989 y diciembre de 1997, acumuló un total de 438 semanas cotizadas al otrora ISS; se cambió de régimen pensional en diciembre de 1997 por medio de Porvenir S.A. y posteriormente de manera horizontal a Protección S.A. en 2016; hacia noviembre del año 1997, lo abordó un asesor de Porvenir S.A., quien le expresó que tendría mayores beneficios y garantías pensionales, accediendo a la prestación de manera anticipada, con una mesada pensional superior, empero, no se elaboró proyección de la prestación, ni se le informaron las modalidades pensionales y la naturaleza del régimen privado, tampoco se le pusieron en conocimiento las implicaciones del traslado, omisiones en las que también recayó Protección S.A. Ninguno de los fondos de pensiones ejecutó

acciones para ilustrarla respecto de ambos regímenes. Solicitó a la AFP Protección S.A. la proyección de la mesada pensional, cálculo en el que se determinó que en caso de continuar a afiliado al RPMPD la cuantía de la pensión sería superior. Agotó reclamación administrativa ante Colpensiones, entidad a la que petitionó la afiliación, mientras que elevó derecho de petición a Protección S.A. solicitud de traslado, la cual se resolvió negativamente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Porvenir S.A. a través de escrito incorporado a folios 2 a 30 (C.D. fl. 2 archivo 05.); se opuso a todas las pretensiones y aceptó únicamente la afiliación de la activa a esa AFP, a los demás dijo no ser ciertos o no constarle. Incoó como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas folios 2 a 12 (C.D. fl. 2 archivo 06); en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio del actor, su afiliación al ISS, el número de semanas cotizadas y la reclamación administrativa; sobre los restantes manifestó que no le constan. Propuso como medios de defensa las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica

Protección S.A., dio contestación a libelo oponiéndose a la totalidad de las pretensiones folios 11 a 22 (C.D. fl. 2 archivo 08); en cuanto a los hechos aceptó la data de nacimiento de la activa, la afiliación a esa AFP, la proyección de la mesada pensional y los resultados de los cálculos, aclarado que se realizó atendiendo a lo ahorra en la CAI, la solicitud de traslado y la respuesta negativa, a los demás dijo no constarle o no ser ciertos. Enlistó como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos

de terceros de buena fe, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS y la innominada o 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 (C.D. fl. 2 archivo 015) declaró la ineficacia de la afiliación a RAIS el 1º de enero de 1998, por tanto, el actor se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones. Condenó a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del señor Peña Cruz, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el RAIS, dinero debidamente indexados al momento en que se materialice el traslado. A su vez, condenó a Porvenir S.A. a restituir los costos cobrados por concepto de administración, por el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa AFP, sumas que deberán ser indexadas al momento en que se materialice el traslado de los recursos a Colpensiones. Condenó a la administradora del RPMPD a recibir los rubros de las AFP. Declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso costas en cuantía de \$2.000.000 a Porvenir S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo: la AFP Protección S.A. la recurrió de manera parcial al estimar que las deducciones correspondientes a los gastos de administración están amparadas en la ley, por lo que al ser causadas de descontaron de la CAI. En todo caso, al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que en ese sentido solo habría lugar a trasladar los aportes sin rendimientos y sin ningún otro emolumento que se haya podido causar respecto de la buena gestión de administración.

A su turno, Porvenir S.A. solicita se revoque la totalidad de la sentencia dado que el demandante en su interrogatorio confesó haberse trasladado de manera libre y voluntaria, concretándose el consentimiento, a través de la suscripción del

formulario de afiliación, a la que antecedió el suministro de información clara veraz y oportuna de conformidad con las normas preexistentes, como también los expresó dentro del interrogatorio. El deber de información surgió con posterioridad al decreto 2555 de 2010 y la Ley 1748 de 2015, de modo que tampoco era exigible que se realizara la proyección pensional o una ponderación acerca de que las prestaciones económicas que recibiría en uno u otro régimen en el futuro, por lo que no toda omisión de información afecta al afiliado. Igualmente, contó con múltiples posibilidades de revertir su decisión en ejercicio del derecho de retracto, sin que ello ocurriera, en cambio se trasladó horizontalmente a Protección S.A. También se le comunicó la posibilidad de retornar a partir de las publicaciones que se hicieron por Asofondos, sin que pueda excusarse en la ignorancia de la ley al no cumplir con su deber como consumidor financiero..

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia, en los reiteró los motivos por los cuales recurre la decisión. De igual manera, Colpensiones presentó alegatos en los que solicitó se revoque la sentencia.

A su vez, la parte actora solicitó se confirme la sentencia recurrida.

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 Porvenir S.A. y Protección S.A. y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan a Colpensiones.

DE LA NULIDAD 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 es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado 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.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "El asesor que de manera personal atendió a mi poderdante, el señor CARLOS AUGUSTO PEÑA CRUZ y que adelantó su traslado de régimen, omitió así mismo informarle y explicarle de manera clara y puntual la naturaleza del régimen privado de pensiones así como las implicaciones de su traslado de régimen.", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "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, y en sentencia de 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 al afiliado, 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 S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 10 de noviembre de 1997, efectivo a partir del 8 de enero de 1998 fl. 32 (C.D. fl. 2 archivo 05). 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.*

Bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que un asesor de Porvenir S.A. se dirigió a su lugar de trabajo y allí, de manera colectiva se dio una charla de más o menos 40 minutos, y allí fue cuando se afilió a la referida AFP, pero no se le dijo que los dineros serían depositados en una cuenta de ahorro individual, ni que ese capital ahorrado financiaría la prestación o que contaba con el derecho de retractor. La información que recibió en el momento de la afiliación no se acompasa con la realidad, incluso se le dijo que en comparación con la administradora estatal el tendientito en el fondo privado sería superior.

*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 S.A.**, 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 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.*

En cuanto a los actos a los que se hace referencia en el recurso Porvenir S.A., cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho

régimen, 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 nulidad de dicho traslado, obligación que se debió efectuar en noviembre de 1997.

*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 visible en el folio 56 (C.D. fl. 2 carpeta 05) y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la **AFP Porvenir S.A**, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el folio 56 (C.D. fl. 2 carpeta 05) 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 la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotora es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por Porvenir S.A. relativas a que el actor no cumplió su deber como consumidor financiero, 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.

Ahora, 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 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 civil¹, 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; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y el demandante, por lo que no son de recibo los argumentos de las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; 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

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A., Protección S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, 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 precisando que dentro de la orden de devolución de

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 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).

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 virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera 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 y consultada.*

Segundo.-Costas de la instancia a cargo de las recurrentes AFP Protección S.A., y AFP Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$ 800.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GATTAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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 MARTHA FABIOLA ARCINIEGAS MARTINEZ EN CONTRA DE ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A

En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos mil veintidós (2022), 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 declaró abierta.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia del 20 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve 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

Martha Fabiola Arciniegas Martínez por intermedio de apoderada judicial presentó demanda ordinaria contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado realizado del RPMPD al RAIS a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., realizada en abril de 1994; que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones; en consecuencia se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes realizados al RAIS, así como los rendimientos y demás sumas causadas a favor de la demandante, de igual forma, que se ordene a Colpensiones a contabilizar para efectos de pension las semanas cotizadas al RAIS, lo ultra y extra petita y las costas que resulten del proceso.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 2 y 3 del expediente, en los que en síntesis indicó: que nació el 10 de abril de 1966 por lo que cuanta con 54 años, en octubre de 1987 se afilio al sistema general de pensiones cotizando al ISS hoy Colpensiones, estando al servicio de Latinoamericana de Seguros S.A. en abril de 1994 se trasladó al RAIS a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A. Señala que al momento de su vinculación al RAIS no fue asesorada e informada de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, desventajas del mismo y en general las implicaciones y consecuencias de sus derechos prestacionales, por los asesores de la AFP para tomar la decisión trasladarse, a la fecha de la presentación de la demanda acredita un total de 1371 semanas; que al hacer un cálculo de la liquidación de la mesada pensional elaborada en el RPMPD con Colpensiones sería aproximadamente de \$2.920.873, mientras que en el RAIS máximo llegaría a \$1.098.427 Y que el 20 de octubre del 2020 solicitó ante Protección S.A. y Colpensiones la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, recibiendo respuesta negativa por parte de las mismas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada en forma legal y oportuna, por Colpensiones en escrito anexo en el expediente digitalizado, (cd. fl 2) en el que se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas, frente a los hechos aceptó la fecha de afiliación de la accionante al Sistema General de Pensiones, el traslado que efectuó al RAIS, la solicitud presentada el 20 de octubre del 2020 y la respuesta negativa. Como como excepciones propuso errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominadas o genéricas.

A su turno la, AFP Protección S.A. de igual manera dio respuesta en legal forma y dentro de término en escrito anexo al expediente digitalizado en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones, frente a los hechos aceptó su afiliación a RAIS a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A. la solicitud presentada para el traslado de régimen y la respuesta negativa ante dicha solicitud. Propuso excepciones frente a la 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 prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta a terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a 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 (C.D. fl. 155), en la que se declaró la ineficacia del traslado que hizo la demandante Martha Fabiola Arciniega Martínez del RPMPD al RAIS a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., con efectividad desde el 1° de mayo de 1994, por lo que no produjo ningún efecto

jurídico y se encuentra válidamente vinculada al RPMPD con el ISS sin solución de continuidad desde el 27 de febrero de 1985. En consecuencia condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos sin lugar a descuento alguno por comisiones por administración y seguros previsionales; a Colpensiones que reciba los dineros los incluya en su historia laboral y que reactive la afiliación de la demandante en el RPMPD sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. Informó a Colpensiones que puede iniciar las actuaciones civiles en contra de Protección S.A. para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz y condenó a la AFP demandada al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.890.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo las demandas la recurren, así: La AFP Protección S.A., señala que reprocha la condena únicamente en los relacionado con la devolución de los gastos de administración debido a que éstos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, y están establecidos legalmente en la Ley 100 de 1993, por lo que no hay razón para que tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues, éstos tienen una destinación específica como por ejemplo, la compra de los seguros previsionales de la pensiones de invalidez y de sobrevivientes o para compra de las garantías o reservas a la inversión bursátil, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros del afiliado, y se generaron por la buena administración y gestión de la cuenta de ahorro individual de la promotora, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados al ordenarse devolver los rendimientos y trasladarlos a Colpensiones significaría un enriquecimiento sin causa de ésta.

A su vez Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que el deber de información no se encontraba previsto para el momento en que la actora suscribió el formulario de afiliación, por lo que no puede existir omisión por parte de la AFP y no se demostró vicios del consentimiento; aunado a que la demandante ha permanecido más de 20 años en el RAIS, ratificando su voluntad

de estar en ese régimen y que Colpensiones no participó en el trámite de traslado, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

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

tendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas AFP Protección S.A. y Colpensiones, en sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

Colpensiones interpone recurso de apelación señalando que la parte actora no probó los supuestos de hecho que soportan las pretensiones de la demanda; lo cierto es que era la AFP Protección S.A. quien tenía 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 (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), es quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto. En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado de la demandante al RAIS efectuada a la AFP Colmena hoy Protección S.A., efectuada el 25 de abril de 1994, con efectividad a partir del 1º de mayo del mismo año (fl 66, carpeta contestación de demanda y anexos de la AFP, del expediente digitalizado, cd fl 2), decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha administradora, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión. No obstante, es la AFP Protección S.A, quien presenta reparo únicamente en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe en

determinar esta inconformidad, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

En relación a que no es procedente la nulidad del traslado, debido a que lo pretendido en la demanda era la ineficacia, no es argumento plausible para dejar sin efecto la sentencia recurrida, ya que como lo ha explicitado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado, 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)

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, 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. 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; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, que como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Protección S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

altos rendimientos; 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 actora; de lo contrario se le estaría dando efectos parciales a esa declaratoria.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Protección S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al disponerse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. 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. Aunado que la carga prestacional a cargo de Colpensiones no es gratuita, al disponerse la devolución plena de la suma que tenía en la cuenta de ahorros de la AFP, lo cual no conlleva un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones en razón que los dineros trasladados no ingresan a la entidad como tal sino al fondo común con el cual se financian las prestaciones económicas a cargo de la entidad.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la señora Martha Fabiola Arciniegas Martínez 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 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, 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 virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera 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 y consultada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000.00 por concepto de agencias en derecho a cargo de cada una de las recurrentes.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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 FLOR ALEXIS PÁEZ RINCÓN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A

En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos mil veintidós (2022), 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 declaró abierta.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

A U T O

Reconócese personería al Dr. Elkin Fabián Castillo Cruz quien se identifica con la C.C. No 80.282.676 y T. P. No. 261.451 del CSJ como apoderado judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder conferido.

Notifíquese

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia del 28 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Diecinueve del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Flor Alexis Páez Rincón, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. para que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS a través de la AFP Protección S.A., realizada en febrero de 2000 y que la única afiliación válida fue la realizada al ISS hoy Colpensiones. En consecuencia se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes realizados al RAIS que se encuentren en la cuentas de ahorro individual; así mismo pide que se condene a las demandadas lo ultra y extra petita y las costas que resulten del proceso.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 6 y 7 del expediente digitalizado, en los que en síntesis indicó: que nació el 15 de septiembre de 1966; inició su vida laboral y comenzó a cotizar al sistema de seguridad social en pensiones con el ISS hoy Colpensiones desde el 27 de febrero de 1985, hasta el 29 de febrero de 2000, acumulando 770,43 semanas; en febrero de 2000, suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Protección S.A, pero indica que no recibió asesoría alguna por parte de los asesores, no se le hizo entrega del reglamento de funcionamiento de la AFP, no se le indicaron los requisitos o condiciones para el reconocimiento de pensión en ese régimen, nada se le mencionó sobre el bono pensional, ni la diferencia en la distribución de las cotizaciones, ni mucho menos sobre la conveniencia o no de trasladarse, es decir no estuvo precedida de comprensión suficiente para tomar esa decisión, tampoco se le indicó que podía retractarse o retornar al RPMPD, antes de que le faltaran diez años para cumplir la edad mínima requerida: Agrega que ha cotizado 982 semanas en el RAIS, por lo que acumula un total de 1.734,14 semanas a junio de 2019; que el 4 de junio de ese año recibió simulación de pensión realizada por la AFP, indicando que el monto aproximado de su pensión sería de \$1.279.000, y que el 21 de junio de 2019 solicitó Colpensiones la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, recibiendo respuesta negativa por parte ésta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada en forma legal y oportuna por Colpensiones en escrito anexo a folios 57 a 73 del expediente digitalizado en el que se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas, frente a los hechos aceptó la fecha de afiliación de la accionante al Sistema General de Pensiones, el traslado que efectuó al RAIS, la reclamación administrativa y la respuesta negativa. Como medios de defensa propuso las como excepciones que denominó: descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, 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 la, AFP Protección S.A. de igual manera dio respuesta en legal forma y dentro de término en escrito incorporado a folios 95 a 122 del expediente digitalizado, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones, frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, su afiliación a RAIS a través de esa AFP y la simulación de pensión dada en junio de 2019, frente a los demás dijo no ser ciertos y no constarle. Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta a terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a 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 (C.D. fl. 192), en la que declaró la ineficacia del traslado de la señora Flor Alexis Páez Rincón del RPMPD al RAIS a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., con efectividad desde el 1° de marzo de 2000 y no produjo ningún efecto jurídico, por lo que la única afiliación válida fue en el RPMPD con el ISS. En consecuencia condenó a la AFP

Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración, absolvió de las demás pretensiones, sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo las demandas la recurren, así: La AFP Protección S.A., señala que reprocha la condena únicamente en los relacionado con la devolución de los gastos de administración debido a que éstos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, y están establecidos legalmente en la Ley 100 de 1993, por lo que no hay razón para que tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues, éstos tienen una destinación específica como por ejemplo, la compra de los seguros previsionales de la pensiones de invalidez y de sobrevivientes o para compra de las garantías o reservas a la inversión bursátil, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros del afiliado, y se generaron por la buena administración y gestión de la cuenta de ahorro individual de la promotora, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados al ordenarse devolver los rendimientos y trasladarlos a Colpensiones significaría un enriquecimiento sin causa de ésta.

A su vez Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que el deber de información no se encontraba previsto para el momento en que la actora suscribió el formulario de afiliación, por lo que no puede existir omisión por parte de la AFP y no se demostró vicios del consentimiento; aunado a que la demandante ha permanecido más de 20 años en el RAIS, ratificando su voluntad de estar en ese régimen y que Colpensiones no participó en el trámite de traslado, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas AFP Protección S.A. y

Colpensiones, en sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

Colpensiones interpone recurso de apelación señalando que la parte actora no probó los supuestos de hecho que soportan las pretensiones de la demanda; lo cierto es que era la AFP Protección S.A. quien tenía 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 (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), es quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto. En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado de la demandante al RAIS efectuada a la AFP Protección S.A., realizado el 21 de enero de 2000, con efectividad a partir del 1º de marzo del mismo año (fl176), decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha administradora, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión. No obstante, es la AFP Protección S.A, quien presenta reparo únicamente en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe al examen de esta inconformidad, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

En relación a que no es procedente la nulidad del traslado, debido a que lo pretendido en la demanda era la ineficacia, no es argumento plausible para dejar sin efecto la sentencia recurrida, ya que como lo ha explicitado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado, 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)

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, 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. 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; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, que como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Protección S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; 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 actora; de lo contrario se le estaría dando efectos parciales a esa declaratoria.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Protección S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al disponerse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

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. Aunado que la carga prestacional a cargo de Colpensiones no es gratuita, al disponerse la devolución plena de la suma que tenía en la cuenta de ahorros de la AFP, lo cual no conlleva un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones en razón que los dineros trasladados no ingresan a la entidad como tal sino al fondo común con el cual se financian las prestaciones económicas a cargo de la entidad.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la señora Flor Alexis Páez Rincón 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 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, 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.

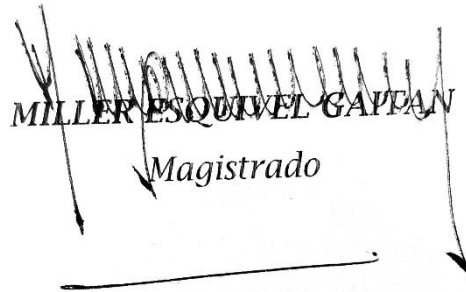
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000.00 por concepto de agencias en derecho a cargo de cada una de las recurrentes.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GATTÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

*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 RUTH VALENZUELA CONTRA REPRESENTACIONES
KAİROS S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos veintidós (2022),
siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora previamente señalados por
auto anterior para llevar a cabo la presente audiencia en el juicio
referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.*

Acto seguido, el Tribunal procedió a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional denominado de consulta de la
sentencia del 28 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Octavo 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

*Ruth Valenzuela, por medio de apoderado judicial, demandó a
Representaciones Kairos S.A., para que previos los trámites de un
proceso ordinario laboral de primera instancia se condene al pago de las
indemnizaciones de los artículos 64 y 65 CST, los intereses de mora, los
perjuicios económicos por lucro cesante, indexación de las condenas, a*

mantener la afiliación al sistema general de seguridad social hasta que se defina el origen de PCL y lo ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 2 a 5, en los que en síntesis se indica que: se vinculó mediante contrato de trabajo a término fijo desde 6 de febrero de 2015 y cuya última prorroga lo fue del 7 de febrero de 2018 al 6 de febrero de 2019, tiempo en el que percibió el salario mínimo, desempeñando labores de limpieza. Debido a que presentó alteraciones en su estado de salud el 19 de enero de 2018, la EPS Famisanar diagnosticó “síndrome del túnel carpiano (bilateral), síndrome de manguito rotador (izquierdo), tendinitis calcificante de hombro (izquierdo) y epicondilitis lateral (izquierdo)”, todas de origen laboral; debido a la discrepancia respecto al origen de las patologías comunicadas por la EPS a la ARL Bolívar, se procedió a ventilar el asunto ante la JRCIBYC. El 31 de marzo de 2018, el empleador dio por terminado el contrato de trabajo por mala prestación de los servicios, sin que iniciara trámite administrativo o judicial para motivar el despido con justa causa; incoó acción de tutela, cuyas resultas tanto en primera como en segunda instancia ante los jueces penales fue la orden de reintegro, motivo por el que el 9 de julio de 2018, se dio la reincorporación transitoria para desarrollar las mismas funciones que ocasionaron las dolencias por las cuales fue calificada, de modo que se retiró “de dichas labores el 17 de julio”. Finalmente, adujo que debido a que se rehusó a firmar el preaviso, se le envió esa comunicación a su “dirección antigua”. Pero sólo recibió el documento hasta el 31 de marzo de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la demandada, en forma legal y oportuna, quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda (fl. 48), en cuanto a los hechos admitió los relacionados con la fecha de vinculación, la modalidad contractual y sus prórrogas, el reintegro con ocasión a la acción de tutela y el abandono del cargo luego del cumplimiento de la orden constitucional. Agregó que con anterioridad al despido acudió al Ministerio del Trabajo para finalizar la relación de trabajo Como excepciones de mérito propuso las excepciones de

existencia de causales para dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa y pago de lo no debido.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria acorde a lo pedido por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de esta fallo (Cd fl 94), en la que absolvió a la sociedad de todas las pretensiones, declaró probada la excepción de pago de lo no debido e impuso costas a la activa en cuantía de un smlmv.

CONSIDERACIONES

CONTRATO DE TRABAJO

Está probado que la demandante se vinculó laboralmente con Representaciones Kairos S.A. el 6 de febrero de 2015 mediante contrato de trabajo a término fijo de un año, para desempeñar labores de servicio con una remuneración equivalente al smlmv (fls. 12 a 14), el cual fue terminado el 31 de marzo de 2018.

El artículo 3º de la ley 50 de 1990, que subrogó al artículo 46 del CST prevé:

“El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres (3) años, pero es renovable indefinidamente.

- 1. Si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.*
- 2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales, el término de renovación no podrá ser inferior a un año, y así sucesivamente.”*

Entonces, en los contratos de trabajo celebrados a término fijo, para que terminen al vencimiento del plazo pactado, es necesario que una de las partes comunique a la otra por escrito, con una antelación no inferior a 30 días a la

expiración del plazo, la voluntad de no renovarlo. Si no se procede de esta manera, se entiende que el contrato de trabajo se renueva por un término igual al inicialmente acordado o el plazo que determinen las partes cuando es inferior a un año y no ha superado las tres prorrogas.

Siguiendo las pautas antes descritas, tenemos que la segunda prórroga del contrato de marras vencía el 6 de febrero de 2018, por lo que el empleador debía poner en conocimiento de la trabajadora con antelación la decisión de no renovación del contrato de trabajo, lo cual acaeció el 30 de diciembre de 2017 (fl.57), misiva en la que se dejó nota de “recibe y lee la carta pero no firma. 30DIC2017 Tatiana Abril”, de igual modo, obra constancia de remisión de la comunicación a la “Cra 7 # 1A SUR 76” (fl. 57 vto.), misma que se inscribió como “DIRECCIÓN DEL TRABAJADOR” en el contrato individual de trabajo.

Ahora, obra comunicación del 6 de febrero de 2018 dirigida al Ministerio de Trabajo, en la que el patrono expone los motivos de la terminación el contrato de trabajo, por vencimiento del plazo pactado, solicitando en esa oportunidad la autorización del despido (fl. 73), ese mismo día, y con ocasión a la referida comunicación, la empresa le indica a la hoy extrabajadora “se le informó que el día 6 de febrero de 2018, se da por terminado su contrato de trabajo a término fijo, dicho aviso se le había informado con 30 días de anticipación (...) Dadas sus circunstancias de salud, la EPS indica una enfermedad laboral y sin aún tener el dictamen oficial de su confirmación por parte de la ARL y para evitar demandas laborales posteriores a la terminación del contrato, se ha decidido llevar el caso al Ministerio de Trabajo para que sea esta entidad quien AUTORICE la terminación del mismo (...) Este documento tiene como fin ACLARAR situación actual, (...) por tanto, se tomará un período adicional de un (1) mes a partir de la fecha en espera del informe del Ministerio de Trabajo”, misiva que cuenta con el recibo de la trabajadora.

Se incorporó igualmente, al plenario a folios 24 y 25, carta de “terminación de contrato a término fijo por terminación de plazo anexo”, en la que se inscribió “una vez analizado todos los factores que perjudiquen la estabilidad del trabajador pesa por ahora que el empleador se siente inconforme con su labor, se adelantaron trámites en el Ministerio de Trabajo dando dos (2) meses de plazo para recibir respuesta, al no tener respuesta alguna, la empresa por ahora no puede continuar con los servicios de la sra RUT VALENZUELA”.

En el interrogatorio absuelto por la actora, aquella refirió que la empresa concluyó el nexo entre las partes después de que el Ministerio no diera respuesta a la solicitud de terminación del contrato, que ya habían realizado el 6 de febrero de 2018.

De lo anterior se colige con claridad, 1) el empleador dio aviso a la trabajadora para la terminación del contrato de acuerdo a los parámetros de ley, así que la finalización fue por vencimiento del plazo pactado (art.61,literal c) del CST) , lo que indica que no ocurrió por decisión unilateral de la empresa, 2) en aras de salvaguardar los derechos de la entonces trabajadora, el patrono procedió a activar los mecanismos que permitieran dar por finalizada la relación laboral con permiso de una autoridad administrativa, incluso manteniendo la relación vigente hasta obtener un pronunciamiento. Diáfano entonces resulta concluir, que ninguna de las dos circunstancias dan lugar a la indemnización del artículo 64 del CST.

Observa igualmente la Sala, que con posterioridad a esa circunstancia la activa presentó acción de tutela, cuyo conocimiento en primera instancia fue del Juzgado Veinte Penal Municipal con Función de Garantías de Bogotá, el cual en sentencia del 21 de mayo de 2018, ordenó el reintegro transitorio de la señora Valenzuela (fls. 34 a 41), decisión que fue confirmada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bogotá con Función de Conocimiento, el 22 de junio de 2018 (fls. 26 a 33), y que con ocasión a ello, la empresa procedió a reintegrar a la trabajadora el 9 de julio de 2018 (fl. 21). Pese a ello, la activa abandonó el cargo que venía ocupando, por lo que el empleador el 23 del mismo mes y año, requirió a la activa para que procediera a cumplir con sus funciones (fls. 59 a 62) y luego la citó a descargos por la misma circunstancia (fls.63 a 66), sin que la actora compareciera a ejecutar el contrato de trabajo. Por lo que tampoco habría lugar a una declaración de terminación sin justa causa del empleador.

Finalmente, en el libelo introductor se hizo mención a unas circunstancias de debilidad manifiesta, sin que aquellas fueran objeto de debate dentro del asunto de la referencia. Razones que permiten la confirmación de la sentencia consultada.

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

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia consultada.

Segundo.- Sin costas en este grado de jurisdicción.

Notifíquese y Cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GARCIA
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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 JENNY MURCIA CAVIEDES CONTRA LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos mil veintidós (2022), 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.

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 Protección S.A. contra la sentencia del 22 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Jenny Murcia Caviedes, por medio de apoderado judicial demandó, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., para que previos los trámites de un proceso ordinario se condene al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión al deceso de Carlos Andrés Rodríguez Callejas, a partir del 5 de agosto de 2017, junto con los intereses moratorios, los derechos, las costas del proceso y lo extra y ultra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 68 a 72 del expediente, en los que en síntesis indicó que: Carlos Andrés Rodríguez Callejas nació el 30 de junio de 1982 y falleció el 5 de agosto de 2017, previo al deceso de éste convivieron en unión libre desde el 29 de junio de 2008, de lo que dejaron constancia en declaración extraproceso del 29 de octubre de 2010. Adicionalmente, el causante prestó en vida servicios a la sociedad Mekatronica MX, por lo que la afilió como beneficiaria ante la caja de compensación, además, contrajo una póliza de vida con Suramericana el 30 de enero de 2017, en la que le designó como única beneficiaria; el afiliado sufrió un accidente de tránsito que ocasionó intervención quirúrgica desde el 29 de septiembre de 2016, fecha desde la que requirió asistencia médica, por lo que el 27 de julio de 2017, decidió trasladar al compañero permanente a casa de los padres de éste, sin romper el lazo afectivo que les unía; el 1º de agosto de 2017 Rodríguez Callejas fue internado en el Hospital San José, lugar en el que lo acompañó hasta que pereció. Como el óbito acreditó 154,29 semanas cotizadas en los tres años anteriores al deceso y 709,29 durante toda la vida laboral, acudió a la AFP a solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia, adjuntado para el efecto las declaraciones juramentadas de Deysy Gisesseli Aldana Morales y Jhon Carlos García Ramos, empero, el fondo de pensiones negó la prestación debido a la existencia de otros beneficiarios, de modo que procedió a elevar nueva solicitud, para que se informara quienes eran esos beneficiarios, a lo que la administradora de pensiones expresó que no acreditó la convivencia ininterrumpida con el causante y que eventualmente este procreó un hijo. Mekatronica MX realizó el pago de la liquidación final de prestaciones sociales de Carlos Andrés, a su favor.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la demandada, en forma legal y oportuna, Protección S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en el escrito de la demanda visible a folios 165 a 167 (C.D. fl. 2 carpeta 01. archivo 01.), frente a los hechos aceptó el natalicio del causante, la fecha de su deceso, la reclamación de la prestación y la negativa de la misma; Como medios de defensa, propuso las excepciones de mérito de: inexistencia de obligación por ausencia de los presupuestos y requisitos legales para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, cobro de lo no debido, prescripción, improcedencia del pago de intereses moratorios y buena fe.

Con posterioridad a la admisión de la contestación de la demanda, la AFP Protección S.A., reconoció el 15 de septiembre de 2020 en favor de la actora la pensión de sobrevivientes en proporción del 50% a partir del 5 de agosto de 2017, en cuantía de \$915.245 y un retroactivo pensional de \$34.710.294 y dejó en suspenso, el 50% restante (C.D. fl. 2 carpeta 01 archivo 01 fls. 215 y 216). Por tanto, en audiencia del 26 de junio de 2020, en la etapa de fijación del litigio el juez señaló que se centraría en determinar si hay lugar al pago del 50% de la prestación que se encuentra en suspenso, a favor de la actora (C.D. fl. 2 carpeta 01 subcarpeta 03 archivo 01).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo pedido 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 (CD fl. 2 carpeta 08.) mediante la cual declaró que a la actora le asiste el derecho a recibir el 100% de “la prestación que venía percibiendo el pensionado”, desde el 5 de agosto de 2017, retroactivo del que se autoriza a descontar las sumas ya pagadas además de los aportes en seguridad social en salud, de igual manera condenó al pago de los intereses moratorios sobre el 100% de la prestación entre el 30 de agosto de 2017 y el 31 de agosto de 2020 y a partir del 1º de septiembre de 2020 sobre el 50% de la mesada y hasta tanto se realice su pago, negó las demás pretensiones e impuso costas a cargo de Protección S.A. en cuantía de \$1.000.000.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Protección S.A. interpone recurso de apelación, parcial, toda vez que considera, que no hay lugar a imponer condena por los intereses moratorios, en tanto el fondo de pensiones contaba con razones suficientes para inicialmente sustraerse del pago de la pensión de sobrevivientes ante la posible existencia de un hijo menor de edad del de cujus. A más, que luego la entidad procedió al reconocimiento del 50% del 100% de la mesada pensional el 15 de septiembre de 2020, junto con el retroactivo causado desde que el afiliado falleció. Finalmente infiere, que los porcentajes de pago de la prestación que corresponda a uno u otro beneficiario los determina la justicia ordinaria, así que la demora del trámite judicial no es imputable a la AFP.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Protección S.A., reiteró los puntos de inconformidad y agregó que la madre del causante dentro de la investigación administrativa señaló que “le dijeron que tenía un niño de 6 años con su prima Carmen Callejas, pero ella no ha confirmado eso, y el niño nunca fue reconocido legalmente”, por lo que se abstuvo de efectuar el reconocimiento prestacional.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar la inconformidad propuesta por Protección S.A.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

En el presente caso no está en discusión que el señor Carlos Andrés Rodríguez Callejas, como afiliado de la AFP Protección S.A., dejó causada la pensión de sobrevivientes por contar con más de 150 Semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores al deceso como se corrobora con la historia laboral (C.D. fl. 2 carpeta 01. Subcarpeta 02 archivo 02). Tampoco se controvierte la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de la activa en un 100% de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del deceso de Rodríguez Callejas, a partir del 5 de agosto de 2017.

INTERESES MORATORIOS

El artículo 141 de la ley 100 de 1993, dispone:

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

La procedencia de intereses moratorios en casos de controversia pensional, es indiscutible por la situación de vulnerabilidad que cobija este sector específico, razón por la cual el ordenamiento jurídico por medio de la propia constitución señala que “El Estado garantiza el derecho al pago oportuno...de las pensiones legales” y a

la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP).

Es de resaltar, que efectivamente en la investigación de convivencia del 29 de noviembre de 2017 adelantada por el fondo de pensiones (C.D. fl. 2 carpeta 01. Subcarpeta 02 archivo 10), la señora Rosalba Callejas Reyes, progenitora del de cujus, manifestó que el afiliado “no tenía hijos, aunque le dijeron que tenía un niño de 6 años con su prima Carmen Callejas, pero ella no ha confirmado eso, y el niño nunca fue reconocido legalmente”, a lo que también la misma señora señaló que la demandante siempre estuvo con el extinto hasta la muerte de aquel, y en el mismo sentido se pronunciaron, respecto de la convivencia de los compañeros permanentes los demás entrevistados, como quedó constancia en el referido documento. Por tanto, desde entonces la administradora conoció que la activa tenía derecho a la prestación, y aun cuando existiera de manera fehaciente otro posible beneficiario, lo lógico era dejar en suspenso el 50% restante de la mesada pensional y no negando de manera absoluta la pensión como lo realizó el 30 de enero de 2018 (C.D. fl. 2 carpeta 01. archivo 01 fls. 23).

Así, como la actora reclamó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 20 de septiembre de 2017, según se observa a folios 20 a 22 (C.D. fl. 2 carpeta 01. archivo 01), es claro que sólo puede hablarse de mora en el pago de las mesadas pensionales a partir del 20 de noviembre de 2018, esto es, vencidos los dos meses que tenía la entidad de seguridad social para resolver, conforme lo previsto en el artículo 1º de la ley 717 de 2001; fecha a partir de la cual se encontraba en mora de reconocer y pagar la pensión a la actora, como efectivamente lo ordenó la juez de primer grado, respecto de las mesadas pensionales causadas entre el 5 de agosto de 2017 y el 31 de agosto de 2020.

En lo que se refiere al reparo de los intereses moratorios ordenados por el 50% en suspenso, luego del reconocimiento de la pensión a la espera de que se definiera el conflicto ante el juez del trabajo, basta señalar que, cuando se reconoce y paga tardíamente la pensión, como en el caso que nos ocupa, dado que la promotora de la acción viene reclamando el reconocimiento y pago de su pensión y la entidad demandada se ha negado a su reconocimiento, procediendo a ordenarlo a través de este proceso, resulta viable ordenar el pago de los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales adeudadas, máxime cuando el fondo de pensiones, unilateralmente, sin prueba alguna que soportara la

existencia efectiva de otro beneficiario, rehusó el reconocimiento de la prestación, en su totalidad, a partir de una manifestación de oídas. Así, también próspera la condena de intereses moratorios por las sumas causadas desde el 1º de septiembre de 2020 y hasta tanto se incluya en nómina de pensionados el pago de la pensión en un 100% a órdenes de la accionante.

Colorario de lo anterior, se confirmará la decisión recurrida.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera 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 AFP Protección S.A. Inclúyase en la liquidación respetiva la suma de \$800.000, por concepto de agencias en derecho de esta instancia.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA SUARIQUE DE ROJAS CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP Y POSITVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos mil veintidós (2022), 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 Tercera 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 demandada UGPP contra la sentencia del 23 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad y en el grado jurisdiccional de consulta sobre los aspectos no apelados que la afectan.

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

María Suarique de Rojas, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP y Positiva Compañía de Seguros S.A., para que se declare que la pensión de invalidez de origen profesional reconocida por el ISS a través de la resolución No. 06581 del 28 de octubre de 1986, es compatible con la pensión de origen común reconocida por

el mismo instituto en resolución No. 02785 del 19 de abril de 1988. En consecuencia se condene a las demandadas al pago de las mesadas adeudadas por pensión de invalidez de origen profesional a partir de la fecha que fue suspendido su pago de la nómina de pensionados; al pago de intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, indexación de las sumas adeudadas, lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 91 y 92 del expediente digitalizado (cd. fl 2. archivo 05), en los que en síntesis se indica que: nació el 20 de septiembre de 1951, por lo que cuenta con 67 años de edad; a través de resolución No. 06581 del 28 de octubre de 1986, la comisión de prestaciones del ISS nacional, le reconoció pensión de invalidez de origen profesional a partir del 26 de junio de junio de 1985, en cuantía inicial de \$5.523,00, con ocasión en accidente laboral ocurrido en esa fecha que le generó la pérdida de la visión del ojo derecho, lo cual persiste; posteriormente le fue diagnosticada enfermedad de origen común denominada esclerodermia, la cual le generó una invalidez permanente total, por lo que la comisión de prestaciones del ISS Cundinamarca en resolución No. 02785 del 19 de abril de 1988, le reconoció pensión de invalidez de origen no profesional, a partir del 5 de marzo de 1987, en cuantía de \$20.510, más los incrementos por cónyuge; por resolución 010583 del 11 de julio de 1994, el ISS suspendió el pago de mesadas por pensión de origen profesional al considerarla incompatible con la de origen común; a lo cual manifestó su inconformidad en varias oportunidades pidiendo reactivar el pago de mesadas. Señala que el 5 de febrero de 2016 radicó ante Positiva Compañía de Seguros S.A., solicitud de reactivación de la mesada pensional y a través de comunicación del 16 de marzo del mismo año le informó el traslado de la solicitud a la UGPP, por competencia; por resolución RPD 001087 del 17 de enero de 2017 decidió activar la resolución No. 06581 del 28 de octubre de 1986, con efectos fiscales a partir del 29 de junio de 2013; mediante auto ADP 000498 del 26 de enero de 2017 se comunicó la necesidad del análisis de reserva y aprobación del Minhacienda del cálculo actuarial y aclaró que ARL Positiva era la encargada de solicitar el levantamiento de la reserva actuarial; en comunicación del 26 de abril de 2017, la UGPP solicitó copia auténtica del dictamen de invalidez a efectos de ingresarla en nómina de pensionados y al no contar con él, la Junta Regional de Calificación de Invalidez, profirió uno nuevo

el 18 de enero de 2018, estableciendo una incapacidad permanente parcial del 45% de origen profesional, por accidente de trabajo, con estructuración el 26 de junio de 1985; el 22 de enero y el 9 de abril de 2018, se radico en dictamen para la inclusión en nómina; el 5 de junio siguiente la UGPP mediante auto ADP 004142 indicó que no es procedente la reincorporación en nómina con fundamento en que estaba condicionado a la aprobación por Positiva del cálculo actuarial, lo cual no sucedió. Agrega que el artículo 4° del decreto 600 de 2008 ordenó la celebración de un convenio entre el ISS, la Previsora S.A. y la Nación Ministerio de Hacienda con el fin de ceder el negocio de riesgos profesionales a favor de la Previsora Vida S.A. Compañía de Seguros; en resolución 1293 de 2008, la Superfinanciera aprobó la cesión de activos, pasivos u contratos del ISS como administradora de riesgos profesionales a favor de la Previsora S.A. hoy Positiva Compañía de Seguros el 13 de agosto de 2008 celebro el cuitado convenio y en la Ley 1553 de 2015 en su artículo 80 se estableció que el pago de las pensiones de invalidez que estén a cargo de Positiva S.A., cuyos derechos fueron causados originalmente en el ISS, serán administradas por la UGPP y pagadas por el FOPEP, previo traslado de la reserva actuarial correspondiente, de acuerdo con el reglamento que expida el Gobierno Nacional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la UGPP en forma legal y oportuna, mediante escrito incorporado a folios 108 a 115 del expediente digitalizado (cd. fl 2. archivo 05), en el que se opuso a las pretensiones formuladas. Aceptó la mayoría de los hechos, excepto el relacionado con las supuestas reclamaciones de restablecimiento de la prestación presentadas al ISS indicando que no le consta y los relacionados con las sustitución de obligaciones por riesgos laborales del ISS a Previsora S.A. hoy Positiva. Como medio de defensa propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción, no pago de intereses moratorios, ni indexación, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica.

A su vez Positiva Compañía de Seguros S.A. describió el traslado en escrito visto a folios 123 a 127 del expediente digitalizado (cd. fl 2. archivo 05), en el que aceptó los hechos relacionados con el reconocimiento pensional de origen

profesional realizado por el ISS por medio de los actos administrativos relacionados por la actora, así como la reclamación de restablecimiento de la prestación y la respuesta ofrecida y los relacionados con la sustitución de las obligaciones por riesgos laborales a Previsora S.A. hoy Positiva S.A. y a la UGPP; frente a los demás dijo no contarle. Propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción y la innominada o genérica.

Por auto del 19 de noviembre de 2019, se ordenó la vinculación como litisconsorte por pasiva a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien notificado, el legal forma y en termino dio respuesta a la demanda en escrito incorporado a folios 166 a 182 del expediente digitalizado (cd. fl 2. archivo 05), en el que se opuso a las pretensiones; en cuanto a los hechos manifestó que no le constan. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, indebida representación de la Nación, inexistencia de vínculo jurídico, principio de legalidad, principio de especialización presupuestal, buena fe 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 (grabación de audiencia incorporada en el expediente digitalizado (cd. fl. 2, archivo 24) en la que condenó a la UGPP a realizar el pago de las diferencias establecidas por concepto de retroactivo pensional, a favor de la señora María Suarique de Rojas, del saldo pendiente por reconocer y pagar en la suma de \$2.023.936, debidamente indexada; al pago de la indexación de mesadas pensionales causadas entre el 16 de marzo de 2013 al 30 de mayo de 2021, desde la fecha de causación de cada mesada pensional hasta la fecha efectiva de pago (30 de junio de 2021); declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la UGPP, de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 16 de marzo del año 2013; declaró probada la excepción de pago de intereses moratorios propuesta por la -UGPP, por lo que se le absuelve; de inexistencia de la obligación propuesta por Positiva Compañía de Seguros S.A; y se absuelve de todas y cada

una de las pretensiones incoadas en su contra; y la de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por La Nación – Ministerio de Hacienda Y Crédito Público, en consecuencia, se absuelve de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas a la UGPP en favor de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la demandada UGPP interpone recurso de apelación, frente a la condenas que le fueron impuestas, argumentando que conforme a la documental allegada por la Unidad, se evidencia que con la resolución RDP 00012209 del 13 de mayo de 2021, que modificó el artículo segundo de la RDP 001087 del 17 de enero de 2017, fue incluida en nómina del mes de junio de 2021 y se generó el pago de retroactivo de mesadas por valor de \$75.692.866, previo los descuento de aportes en salud, adicionalmente se allegó certificación del FOPEP donde se acreditan los pagos efectuados ordenados y la inclusión en nómina de pensionados en cuantía \$908.526, por lo que el pago enunciado sobrevino para dar cumplimiento a lo reclamado por la actora, por lo que no existe una obligación legal pendiente a reconocer a la señora María Saurique de Rojas, porque pide revocar las codenas. Así mismo que la entidad, no incurrió actuaciones dilatorias y de mala fe, ya que solo se limitó a ejercer su defensa por lo que no resulta procedente la condena en costas.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la accionada UGPP presentó alegatos en esta instancia, reiterando las manifestaciones hechas en la alzada en el sentido de que con la expedición de los actos administrativos aportados al proceso las pretensiones se encuentran cumplidas y en razón de ello tampoco hay lugar a condena en costas a la entidad.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la demandada UGPP en su recurso de apelación y en el grado jurisdiccional de consulta frente a los demás aspectos no apelados que afecta a esa entidad.

CALIDAD DE PENSIONADA DE LA DEMANDANTE

Si bien el debate inicial se había planteado frente a la compatibilidad de la pensión de invalidez de origen profesional reconocida por el ISS a través de la resolución No. 06581 del 28 de octubre de 1986, es compatible con la pensión de origen común reconocida por el mismo Instituto en resolución No. 02785 del 19 de abril de 1988, en razón a que la primera fue suspendida por el ISS en resolución 010583 del 11 de julio de 1994; esto fue excluido en la fijación del litigio teniendo en cuenta que la UGPP mediante Resolución N°. RDP001087 del 17 de enero de 2017, ordenó activar la Resolución N°. 06581 del 28 de octubre de 1986, a partir de la fecha en que fue suspendida de la nómina de pensionados, a través de la Resolución N°. 10583 del 11 de julio de 1994, pero con efectos fiscales a partir del 29 de junio de 2013, por prescripción trienal, lo cual fue comunicado aceptando la compatibilidad entre las mismas, aclarando que tiene derecho a percibir económicamente las dos prestaciones, reiterando el origen de ambas prestaciones y su financiación son de naturaleza diferente e independiente y teniendo en cuenta el lineamiento del 5 de enero de 2021, respecto al condicionamiento a aprobación del cálculo actuarial para el financiamiento de la prestación, en el sentido de dar aplicación al artículo 109 de la Ley 2063 de 2020, que establece: “ARTÍCULO 109. Las obligaciones de pago de las reservas a cargo de la ARL Positiva que se encuentren insolutas y las que se deban pagar a futuro, por aquellas pensiones o reliquidaciones que no se encuentren incluidas en el cálculo actuarial aprobado en desarrollo del artículo 80 de la ley 1753 de 2015 y su decreto reglamentario, así se hayan derivado de fallos judiciales ejecutoriados en cualquier tiempo, serán asumidos por la Nación con cargo a las apropiaciones previstas en cada vigencia a ser transferidas al Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - Pensiones Positiva S.A. Le corresponderá a la UGPP la elaboración del cálculo actuarial correspondiente y el ingreso a la nómina de los pensionados de estas obligaciones que serán pagadas con los recursos trasladados al FOPEP del Presupuesto General de la Nación. En tal sentido, la UGPP por medio de la Resolución RDP 012209 del 13 de mayo de 2021, modificó el artículo segundo de la Resolución N°. RDP001087 del 17 de enero de 2017, señalando que el pago de la prestación reconocida estará a cargo de FOPEP

conforme a lo establecido en el artículo 109 de la Ley 2063 de 2020, y en el evento que se cuente con reserva actuarial previamente aprobada, el pago de la presente prestación se efectuará con cargo a dicha reserva actuarial; ordenado el pago del retroactivo de mesadas por valor de \$75.692.866, previo el descuento de aportes en salud, y conforme certificación del FOPEP se acreditan los pagos efectuados ordenados y la inclusión en nómina de pensionados en cuantía \$908.526, para esa anualidad. Por lo que la controversia gira en torno a verificar si el valor pagado por retroactivo de mesadas pensionales, es el que efectivamente le correspondía a la promotora, así como a la procedencia de los intereses moratorios y la indexación de la sumas adeudadas deprecadas, como en efecto se dejó planteado a fijar el litigio.

En razón a que el fallador de instancia estableció una diferencia de retroactivo pensional insoluta, mientras que la UGPP a través de la alzada insiste que con las sumas pagadas se cubrieron todas las obligaciones a cargo de esa entidad, procede la Sala a verificar el cálculo de las mismas causadas entre el 29 de junio de 2013 y el 30 de junio de 2021, debido a que fue incluida en nómina de pensionados desde el 1º de julio de esa anualidad, así:

Fecha inicial	Fecha final	Numero mesadas	Valor mesada SMLMV	Total
29/06/2013	31/12/2013	8,07	\$ 589.500	\$ 4.757.265
1/01/2014	31/12/2014	14	\$ 616 000	\$ 8.624.000
1/01/2015	31/12/2015	14	\$ 644 350	\$ 9.020.900
1/01/2016	31/12/2016	14	\$ 689 455	\$ 9.652.370
1/01/2017	31/12/2017	14	\$ 737 717	\$ 10.328.038
1/01/2018	31/12/2018	14	\$ 781 242	\$ 10.937.388
1/01/2019	31/12/2019	14	\$ 828 116	\$ 11.593.624
1/01/2020	31/12/2020	14	\$ 877 803	\$ 12.289.242
1/01/2021	30/06/2021	7	\$ 908 526	6.359.682
Total				\$ 83.562.509

Ahora, de acuerdo con el certificado expedido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional FOPEP, en que hace constar que con ocasión del restablecimiento de la pensión de invalidez de origen profesional se reconoció y pago a la demandante la suma de \$83.560,544, suma equivalente a la obtenida conforme el cuadro anexo, a la cual se realizó el correspondiente

descuento con destino a seguridad social en salud por valor de \$7.868.300.00, como en efecto pertenecía (art. 205 de la Ley 100 de 1993, adicionado por la Ley 2010 de 2019); por lo que en efecto el pago de la suma de \$75.692.244.00, como retroactivo neto de mesadas pensionales a favor de la promotora era el adeudado, no existiendo diferencia insoluta a cargo de la entidad demandada, lo que impone revocar el ordinal primero y parcialmente el segundo de sentencia apelada y consultada, para en su lugar absolver a la UGPP de la condena por diferencias de retroactivo de mesadas indexadas.

INDEXACIÓN DE MESADAS RECONOCIDAS EN LA RESOLUCIÓN RDP 012209 DEL 13 DE MAYO DE 2021.

Dado que nuestra economía se caracteriza por su inestabilidad y por el deterioro progresivo del poder adquisitivo del dinero, 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, es por ello un procedimiento resarcitorio de la inflación. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 13 de noviembre de 1991, señaló sobre el particular:

“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.”

Entonces, después de que le fue suspendido el pago de la pensión por invalidez de origen profesional a la demandante, ésta viene reclamando la reanudación del pago de mesadas pensionales desde 29 de junio de 2016, lo cual tan solo ocurrió con la inclusión en nómina de pensionados de julio de 2021; en razón de lo anterior, debe reconocerse legítimamente la indexación para remediar la pérdida de poder adquisitivo de las sumas adeudadas por el retardo en el reconocimiento, debiéndose confirmar la decisión en primera instancia en cuanto ordenó la indexación de las mesadas causadas entre el 29 de junio de 2013 y el 30 de mayo de 2021, reconocidas a través de la resolución RDP 012209 del 13 de mayo de 2021, desde la fecha de la causación de cada una de ellas, hasta el día que se realizó el pago (30 de junio de 2021), por lo que se confirmará lo decidido en este aspecto.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en tres (3) años que se cuentan desde que la obligación se hizo exigible, presentándose el fenómeno de interrupción previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 102 del decreto 1848 de 1969 y 151 del CPT y SS, en tanto que dicha interrupción extrajudicial, es plausible por una sola vez, mediante un simple reclamo escrito del trabajador o quien alegue el derecho en su favor, lo que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo del plazo prescriptivo. Y esto es lo que se presenta precisamente cuando se pretende demandar a un ente oficial, con la reclamación administrativa, con lo que incuestionablemente se interrumpe el término de prescripción y se debe contar nuevamente el mismo, por una sola vez. Pero, según la regulación de la reclamación administrativa plasmada en el artículo 4 de la ley 712 de 2001, el término de prescripción empieza a contarse nuevamente, una vez vencido el plazo de suspensión allí consagrado, que es al vencimiento del mes que tiene la administración para contestar o al día siguiente al que aquella conteste. En suma, con la reclamación administrativa se dan dos situaciones procesales, una la interrupción de la prescripción, y otra la suspensión de la prescripción.

Así, como la prestación se causó a partir de la fecha de la suspensión del pago de la pensión por invalidez por parte del ISS a través de la resolución 010583

del 11 de julio de 1994, se presentó reclamación administrativa el 29 de junio de 2016, como lo reconoció la demandada en el acto administrativo que ordenó el restablecimiento de la prestación resolución RDP001087 del 17 de enero de 2017, y se presentó la demanda el 28 de septiembre de 2018, es claro que operó el fenómeno de prescripción de las mesadas pensionales indexadas causadas con anterioridad al 29 de junio de 2013, conforme lo dispuso el a quo y la UGPP en la citada última resolución, por lo que confirmará lo decidido por el a quo en este aspecto.

CONDENA EN COSTAS

La UGPP refiere que no se encuentra de acuerdo en su imposición por lo que pide no le impongan las costas en primera instancia, sin embargo, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso la entidad 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. (...)”.

De ahí, que al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Porvenir S.A. asuma el pago de las costas procesales, sin que tenga que realizarse más consideraciones, sobre circunstancias de actuar de buena fe como lo señala la UGPP, pues el legislador al regular lo relativo a costas lo hizo con criterio objetivo, esto es, simplemente imponer su pago a quien fuera vencido en el proceso, al que se le resulta desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, revisión o anulación, sin ninguna estimación subjetiva. De ahí, que se deba confirmar la decisión del a quo.

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

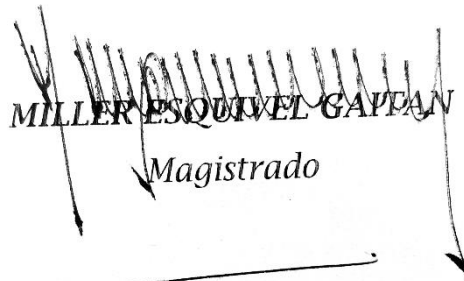
RESUELVE

Primero.- Revocar el ordinal primero y parcialmente el ordinal segundo de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar absolver a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, de la condena impuesta por diferencias de retroactivo de mesadas pensionales y la indexación de las mismas. De conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

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

Tercero.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

*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 SVEN ELOY ZEA SJOBERG CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos mil veintidós (2022), 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 declaró
abierta.*

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

A U T O

*Se tiene por reasumido el poder por el Dr. Alejandro Miguel Castellanos López
identificado con C.C. No. 79.985.203 y la T.P. No. 115.849 del C. S. de la J. como
apoderado de Porvenir S.A.*

*Reconócese personería al Dr. Jhon Ferney Patiño Hernández quien se identifica con
la C.C. No 1.072.653.246 y T. P. No. 319.844 del CSJ como apoderado judicial
sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, en la forma
y para los efectos del poder conferido*

Notifíquese

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante
contra la sentencia del 25 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Quinto
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

*Sven Eloy Zea Sjoberg, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y la AFP Porvenir S.A. para que previos los trámites de un proceso ordinario, se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS por medio de Porvenir S.A. el 1º de diciembre de 2002, en consecuencia, se condene a la AFP a restituir a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos causados, y a ésta última a recibir la afiliación y los dineros provenientes del fondo privado contabilizándolos como semanas cotizadas, lo ultra y extra petita y las costas. **Subsidiariamente**, se declare la ineficacia del cambio de régimen pensional.*

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 4 a 6 (C.D. fl. 2 archivo 01), en los que en síntesis indicó que: estuvo afiliado desde el 1º de agosto de 1988 hasta noviembre de 2002, toda vez que se afilió de manera efectiva el 1º de diciembre de 2002 a Porvenir S.A., fondo privado que no le brindó asesoría clara, veraz, suficiente y cierta acerca de los beneficios, desventajas y riesgos del traslado de régimen pensional, tampoco se le informó cuál era el régimen que más le convenía, el capital a acumular para acceder a la prestación, ni que dichos aportes irían a una cuenta individual de la que se descontarían los gastos de administración y las primas de seguro previsional. No se le dijo que podía ejercer el derecho de retracto. El fondo de pensiones también omitió hablarle de la negociación del bono pensional, los factores que afectan el monto de la mesada pensional, pese a que a su cargo estaba el deber de información transparente, diligente y prudente. Elevó reclamación administrativa en la que solicitó el traslado de régimen, la cual Colpensiones resolvió negativamente. A la presentación de la demanda seguía realizando cotizaciones a Porvenir S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la Colpensiones, en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en el escrito de la demanda (fls. 79 a 81 C.D. fl 2 archivo 01), frente a los hechos, acepto la afiliación al RPMPD y el posterior traslado a Porvenir S.A., así como la reclamación administrativa y la respuesta desfavorable a los intereses del actor. Propuso como medios de defensa las excepciones validez de la afiliación RAIS, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio

constitucional desarrollado en el artículo 18 de la constitución política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, compensación, prescripción y la innominada o genérica.

Porvenir S.A. a través de escrito incorporado a folios 131 a 155 (C.D. fl. 2 archivo 01.); se opuso a todas las pretensiones y aceptó únicamente la afiliación de la activa a esa AFP, a los demás dijo no ser ciertos o no constarle. Incoó como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a 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 (C.D. fl. 2 archivo 03), declaró la nulidad del traslado de RPMPD al RAIS del actor, a través de Porvenir S.A., ordenó a la AFP a trasladar a Colpensiones las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a ésta última a recibir los aportes y a actualizar la historia laboral, e impuso costas a cargo del fondo privado en cuantía de 4 smlmv.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones la recurre por estimar que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS con la suscripción del formulario de afiliación sin que se avizore vicio de consentimiento alguno y en caso de que se configure un error de derecho, ello no vició el consentimiento, a más que el demandante debió consultar la Ley 100 de 1993 antes de quedar inmerso en la prohibición del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por lo que la ignorancia del derecho no es excusa. Ahora, como se encuentra cobijado por la referida prohibición, de manera que recibir la afiliación contribuiría a descapitalizar el sistema de seguridad social, dado que para la entidad no es rentable a futuro financiar la prestación que cause el actor.

Porvenir S.A. disiente de la decisión de primer grado al considerar que en la parte motiva ni en la resolutive de la sentencia se deja claridad de cuál es la nulidad declarada, situación que tampoco aparece con claridad en el escrito de demanda, en ese orden de ideas, si se habla de un error de derecho, aquel no vicia el consentimiento, mucho menos se determinó un error de hecho, ni se hizo referencia a si fue sobre el objeto propiamente, recuérdese que el demandante dijo que era consciente de que se estaba trasladando de régimen de pensional, por lo que el negocio jurídico no se encuentra viciado, ya que no medió fuerza y dolo. Agregó que

no se logró acreditar que la información se hubiese brindado por parte del asesor causara un daño. Finalmente se opone a la condena en costas y a su monto por considerar que la suma impuesta es excesiva.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir S.A. y Colpensiones presentaron alegatos en esta instancia, en los que solicitan se revoque la decisión de primer grado.

La parte actora solicitó se confirme la decisión recurrida.

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 Porvenir S.A. y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le 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 la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPM 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 65 años de edad, dado que nació el 31 de julio de 1957, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 26 C.D. fl. 2 archivo 01.); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 12 de noviembre de 2002 a la AFP Porvenir S.A. (fl. 155 C.D. fl. 2 archivo 01.) 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.

DE LA NULIDAD 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 es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado 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.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “al momento del traslado al fondo privado PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., no fue asesorado o informado por ese fondo, de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “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, y en sentencia de 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 al afiliado, 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 S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 12 de noviembre de 2002 (fl. 155 C.D. fl. 2 archivo 01.). 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.*

Bien, el demandante al absolver el interrogatorio de parte dijo que al momento del traslado se le manifestó de manera telefónica que Colpensiones se iba acabar, por

tanto, era necesario cambiarse al régimen de ahorro individual, por eso tomó la decisión de trasladarse. También se le manifestó que la pensión iba a ser similar, siendo la única diferencia que el dinero se iba a ahorrar, por lo que al momento del deceso esas sumas de dinero iban a ser heredadas por los hijos, sin que se precisara que eran regímenes diferentes, luego de ello acudió alguien para que suscribiera el formulario. No se le habló de rendimientos financieros. No se acercó al ISS por información. Sabe que Colpensiones es el antiguo ISS.

*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 S.A.**, 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.*

*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 visible en el folio 158 (C.D. fl. 2 archivo 01.) y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo de forma, libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la **AFP Porvenir S.A.**, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el folio 158 (C.D. fl. 2 archivo 01.) 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 la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotora es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera. Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por las demandadas relativas a que el actor no cumplió su deber como consumidor financiero, 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.

Ahora, 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 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 civil¹, 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; asimismo, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y el demandante, por lo que no son de recibo los argumentos de la AFP Porvenir S.A. en su apelación.

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por **AFP Porvenir S.A.**, 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; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado. De otra parte la carga prestacional a cargo de Colpensiones no es gratuita, al disponerse la devolución plena de la suma que tenía en la cuenta de ahorros de la AFP. 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 de ahorro 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).*

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

Finalmente y en cuanto a lo esgrimido por Colpensiones en su recurso, 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.

Entonces, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la 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.

CONDENA EN COSTAS

En lo que a la condena en costas, Porvenir S.A. refiere que no se encuentra de acuerdo ni en su imposición ni en su cuantía, sobre el primer aspecto no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso la AFP 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. (...)”.

De ahí, que al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Porvenir S.A. asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia. En lo que se refiere al monto de fijado, basta con señalar que no es la oportunidad procesal para controvertirlas, teniendo en cuenta lo previsto en el numeral 5° del artículo 366 del CGP aplicable por remisión del artículo 145 del CPT y SS.

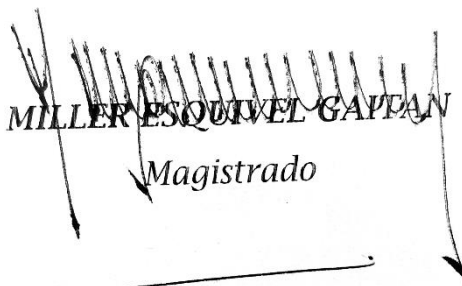
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

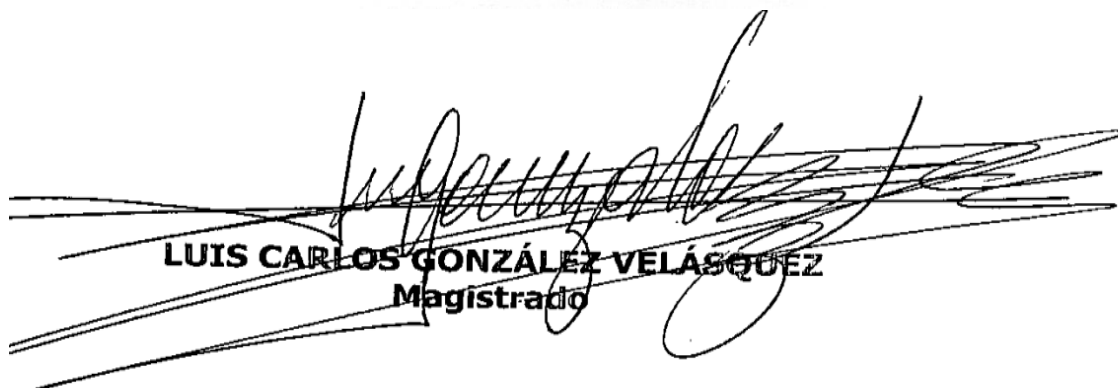
RESUELVE

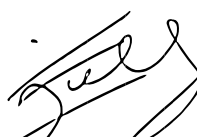
Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Segundo.- Costas de la instancia a cargo de la recurrente AFP Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE WALTER CAMILO ESPITIA ROCHA CONTRA FLOTA AGUILA LTDA.

En Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente audiencia pública en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.

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 30 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Dos 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

Walter Camilo Espita Rocha, mediante apoderado judicial, demandó a Flota Águila Ltda, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo del 1º de junio al 23 de noviembre de 2016, en consecuencia, se condene al pago de vacaciones, primas de servicios y cesantías junto con sus intereses, causados durante todo el vínculo, la sanción moratoria del art. 65 del CST, daños morales y fisiológicos, lucro cesante, la indemnización del artículo 26 de la ley 361 de 1997, lo probado ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones relató los hechos vistos a folios 135 a 137 (C.D. fl. 2 archivo 01) en los que en síntesis indicó que: se vinculó como auxiliar de la buseta No. 5524 de la empresa La Esperanza, desde el 1º de junio de 2016, cuyo conductor era Samuel Leonardo Rodríguez Sarmiento, quien pereció el 23 de noviembre del 2016, cuando se accidentaron en el automotor en comento. En dicha oportunidad se le trasladó en ambulancia por un trauma de tórax cerrado y escala de Glasgow 15/15, al nosocomio del municipio de Guasca y posteriormente a la Clínica Universidad de la Sabana, lesiones que afectaron gravemente su estado psicológico y emocional por lo que se determinó una PCL del 15.60%, deteriorándose además la capacidad de relacionarse con su seres queridos; con ocasión al siniestro la FGN apertura investigación por el punible de lesiones personales ocasionadas por el vehículo intermunicipal SPY202; presentó reclamación de los perjuicios acarreados a la sociedad el 20 de septiembre de 2017, por el accidente laboral, sin que recibiera respuesta; el contrato de trabajo finalizó mientras estaba en estado de debilidad manifiesta, ya que, estaba incapacitado; al momento del despido no se le canceló la liquidación del contrato de trabajo. Percibía diariamente \$50.000, derivando ello en un salario mensual de \$1.500.000.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones, dio contestación a la misma en legal forma y dentro de término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra (fls. 4 y 5); frente a los hechos señaló que son ciertos o no le constan y aclaró que no sostuvo contrato de trabajo ni con el demandante ni con el señor Samuel Leonardo Rodríguez Sarmiento. Como medios exceptivos propuso las excepciones de mérito de Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a 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 (C.D. fl. 2 archivo 11), en la que declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, absolvió a la sociedad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas al demandante en suma de un smlmv.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante la recurre en apelación, por considerar que i) contrario a lo expresado en la sentencia las sociedades Flota Águila Ltda. y La Esperanza, no son independientes, atendiendo a que con ocasión del convenio comercial entre éstas existe solidaridad de Flota Águila Ltda. dentro del presente asunto. Nótese que para todos Flota Águila S.A. y La Esperanza son la misma empresa, pues así lo expresaron los testigos; ii) al determinarse la prestación personal del servicio para el conductor, es claro que la demandada es solidariamente responsable en virtud del contrato de trabajo que tenía con el operador del vehículo; iii) es cierto que el conductor no podía contratar terceras personas en nombre de la empresa transportadora, sin embargo, la accionada no demostró que hubiere ejercido control y vigilancia que evitara su vinculación de manera irregular

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, el extremo demandado solicitó se confirme la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y la SS, procede la sala a realizar el análisis del reparo efectuado por la parte demandante en la sustentación del recurso interpuesto, el cual se concreta en la unidad de empresa entre Flota Águila Ltda. y La Esperanza, y la solidaridad de Flota Águila Ltda.

UNIDAD DE EMPRESA - SOLIDARIDAD

Solicita el demandante se declare que entre Flota Águila Ltda. y Transportes La Esperanza existe unidad de empresa, contrario a lo expresado por el juez de primer grado. Sobre el particular, se tiene que Transportes La Esperanza no fue parte dentro del asunto por lo cual una declaración de esa índole exige su comparecencia, al igual que con el señor Samuel Leonardo Rodríguez Sarmiento, operador del vehículo accidentado.

En gracia de discusión, lo que dijo que a quo sobre el particular, es que no estaba acreditado en ningún sentido que correspondieran a la misma empresa, ya que lo que se alega es el contrato con Flota Águila Ltda., empresa con la que no se establecieron los elementos constitutivos del contrato de trabajo, atendiendo a que lo demostrado es que el demandante prestó sus servicios y estuvo subordinado a órdenes de Samuel Leonardo Rodríguez Sarmiento, empleado conductor del vehículo accidentado, adscrito a Transportes La Esperanza.

Ahora, tanto la unidad de empresa como la solidaridad deprecada en esta instancia, resultan nuevas dentro del proceso, pues no fue parte de la fijación del litigio, ni planteamiento de la demanda, por lo que incluirla dentro de la controversia en esta instancia, conllevaría la trasgresión del principio de congruencia de la sentencia que impone al juzgador la obligación de proferir su fallo de acuerdo con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si la ley así lo exige (art. 281 del CGP). Pues, lo que se demandó fue la existencia de un contrato de trabajo con Flota Águila Ltda. Proceder en contra de dicho principio implica la vulneración del derecho de defensa del demandado, sin que dicha falencia de la demanda sea suplida por el juez en virtud de las facultades extra y ultra petita, porque para ello se requiere que los hechos en que se funda dicha decisión deben ser discutidos y probados dentro del proceso, facultad que sólo la tiene el juez de primera instancia, mas no el tribunal (art. 50 del CPT y SS).

A más de lo anterior, cabe recordarle al demandante que en primer grado no se declaró relación laboral alguna, por lo que no puede pretenderse una condena de solidaridad, de la encartada, cuando ni siquiera se demostró la existencia del contrato de trabajo. Colorario de lo precedente, no se ocupará la Sala de dicho pedimento. Imponiéndose la confirmación de la sentencia recurrida.

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

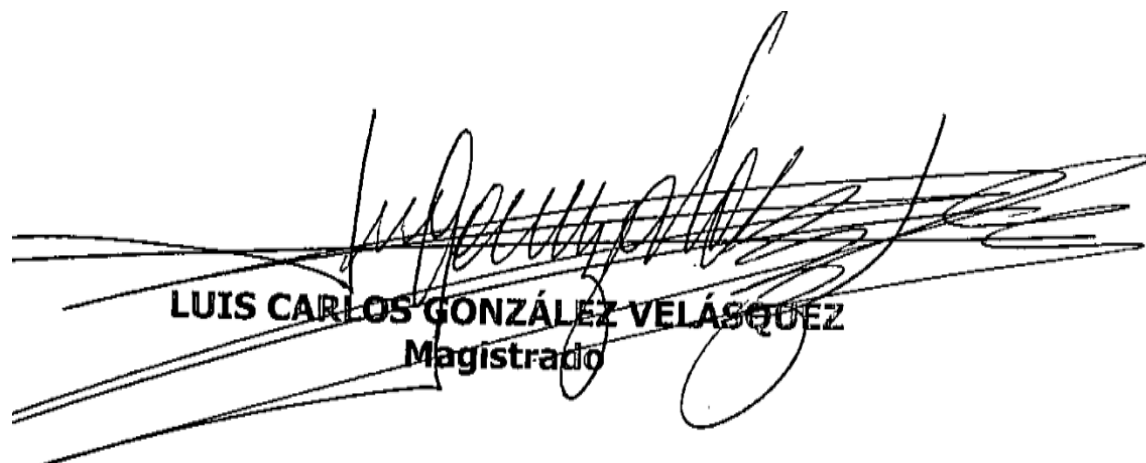
R E S U E L V E

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada por las razones mencionadas en la parte motiva de la providencia.*

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo del demandante. Inclúyase en la liquidación correspondiente a esta instancia la suma de \$300.000, como agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

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 JOSÉ GABRIEL REYES ARÉVALO CONTRA SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos mil veintidós (2022),
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.*

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

*Reconócese personería a la Dra. Claudia Liliana Vela identificada con C.C. No.
65.701.747 y la T.P. No. 123.148 del C. S. de la J. como apoderada principal y a
la Dra. Amanda Lucía Zamudio Vela quien se identifica con la C.C. No 51.713.048
y la T. P. No. 67.612 del C. S. de la J. como apoderada judicial sustituta de la
Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los
efectos de los poderes conferidos.*

*Se tiene por reasumido el poder por el Dr. Alejandro Miguel Castellanos López
identificado con C.C. No. 79.985.203 y la T.P. No. 115.849 del C. S. de la J. como
apoderado de Porvenir S.A.*

Notifíquese

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

DEMANDA

José Gabriel Reyes Arévalo, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A., para que previos los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS por medio de Porvenir S.A., en consecuencia, se condene a Protección S.A. a devolver a Colpensiones las cotizaciones y bonos pensionales junto con sus rendimientos y cuotas de administración. En caso de que el fondo de pensiones hubiere reconocido la prestación pensional, continúe sufragando aquella hasta que la administradora del RPMPD lo incluya en nómina de pensionados; lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 4 a 8 (C.D. fl. 2 archivo 01.), en lo que indicó que: nació el 1º de noviembre de 1981; se afilió a Porvenir S.A. el 28 de septiembre de 1995, AFP que en el momento del cambio de régimen pensional, no entregó información completa, veraz y suficiente respecto de las consecuencias negativas de abandonar el RPMPD, tampoco le fueron suministradas proyecciones pensionales comparativas de ambos regímenes, la tabla de mortalidad de rentista, ni se le explicó hasta que edad debía cotizar para alcanzar una mesada pensional igual al del ISS, el capital a ahorrar, la negociación del bono pensional, la incidencia de los beneficiarios en el cálculo de la pensión, el derecho de retracto, además se le aseguró que el régimen administrado por el ISS iba a desaparecer, elevó petición a Porvenir S.A. para que le suministrara los documentos que fueron entregados con la afiliación. Y como en la actualidad se encuentra afiliado a Protección S.A. solicitó a las demandadas la anulación de la afiliación al RAIS, peticiones que se resolvieron negativamente;

realizado el estudio comparativo se estableció que la mesada pensional en el fondo privado sería inferior a la que obtendría en el régimen público.

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 folios 1 a 4 (C.D. fl. 2 carpeta 05. archivo 02); en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio del actor, la reclamación administrativa y su respuesta; sobre los restantes manifestó que no le constan o no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, 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, la AFP Protección S.A. en plazo legal describió el traslado de la demanda, oponiéndose a todos los pedimentos planteados (fls. 4 y 5 C.D. fl. 2 carpeta 07. archivo 02); en cuanto a los hechos admitió la vinculación a ese fondo de pensiones, la reclamación presentada y la respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Incoó como excepciones de mérito las 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 declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

Porvenir S.A., dio contestación a libelo oponiéndose a la totalidad de las pretensiones fls. 16 a 18 (C.D. fl. 2 carpeta 10. archivo 02); en cuanto a los hechos aceptó la afiliación a Porvenir S.A. Enlistó dentro de las excepciones de fondo las de enlistadas así: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación 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 (C.D. fl. 2 carpeta 22), declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional del señor Reyes Arévalo, efectivo a partir del 1º de octubre de 1995, por medio de la AFP Porvenir S.A., por lo que también declaró ineficaz la posterior vinculación a Protección S.A. Condenó a Protección S.A. a transferir a Colpensiones todas las sumas que obren en la CAI de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración éstas últimas debidamente indexadas, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima. De igual manera condenó a Porvenir S.A. a trasladar a la administradora del RPMPD las comisiones por administración debidamente indexadas, del 1º de octubre de 1995 al 31 de diciembre de 2001, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima. Ordenó a Colpensiones a recibir los rubros objeto de condena, reactivando la afiliación del actor sin solución de continuidad. Informó a la administradora pública que puede ejercer acciones tendientes a obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse, finalmente impuso costas a cargo de las AFP en cuantía de \$1.890.000.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir S.A. la recurre por considerar que no existe una falta en el deber de información ni vicio del consentimiento que invalide la afiliación. Sobre el particular precisa que existe una indebida valoración probatoria, al restarle validez al formulario de afiliación, lo que atenta contra la seguridad jurídica, en tanto ese era el único requisito exigido por la ley para corroborar la voluntad de afiliación, así que los demás reglas aparecieron con posterioridad, de modo que no se exigía un curso in extenso sobre los modelos pensionales ni la expedición de proyecciones pensionales. También se desconoció que dentro del interrogatorio el demandante confesó que conocía de algunas características del RAIS. A más que los actos de relacionamiento como actualizar la dirección de notificaciones y las cotizaciones, lo que ratifica su voluntad de permanecer en el régimen privado, sin que luego de que Colpensiones asumiera

las obligaciones del ISS retornara a la administradora pública. Por último, esgrime que el descuento del 3% de los gastos de administración se encuentran amparados en la ley, y que en todo caso al declarar la ineficacia, es claro que no habría lugar a devolver rendimientos, y si se devuelven estos, el fondo de pensiones deben conservar los gastos de administración, ya que no es un concepto que se traslade de acuerdo a lo dispuesto por la superintendencia financiera, máxime cuando están afectados de prescripción, debido a que no financian la pensión de vejez. Solicita que no se impongan costas ni en primera ni en segunda instancia.

A su vez Protección S.A. se opone a la devolución de las comisiones, en razón a que se efectuó por la gestión de la administración de los aportes del actor, así que si se ordena su devolución lo lógico es que el fondo de pensiones no regrese los rendimientos, pues es esa la consecuencia de retrotraer las cosas a su estado anterior. En lo que concierne a las primas de seguro previsional, estos dineros se giraron a la aseguradora para cubrir los siniestros, lo que conlleva a la imposibilidad de devolver esos rubros.

Finalmente, Colpensiones disiente de la decisión de primer grado. Sostiene que la afiliación al RAIS ocasionó obligaciones para las partes, así que el demandante debió actuar de manera informada y como guardó silencio se está frente a una afiliación tacita, por lo que el desconocimiento de la ley no es excusa. Recibir la afiliación del demandante descapitaliza el régimen público, sin que ayudara a financiar las prestaciones del RPMPD. De las pruebas obrantes se extrae que el señor José Gabriel está válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera libre y voluntaria la afiliación A Porvenir S.A. el deber de información se instauró hasta el año 2014, por lo que no existía para la fecha del traslado.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir S.A. y Colpensiones presentó alegatos en esta instancia, en los que solicitó se confirme la sentencia.

La parte actora, solicita se confirma la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

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

DE LA NULIDAD 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 es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado 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.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "PORVENIR S.A. al momento del traslado de régimen (...) no le entregó información objetivamente verificable que le permitiera tomar la decisión de trasladarse", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "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 ser 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, y en sentencia de 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.”

*Siguiendo 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 al afiliado, 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 S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 28 de septiembre de 1995, efectivo a partir del 1º de octubre de 1995 fl. 19 (carpeta 07. archivo 02 C.D. fl. 2). 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.*

Bien, el demandante al absolver interrogatorio aseguró que en el momento que se afilió a Porvenir S.A. cuando los promotores mediante una charla grupal que no duró más de 20 minutos, se le dijo que los fondos generarían rendimientos sin que se le explicara cómo se generarían y que además los aportes irían a una cuenta individual de la que se le brindaría informe periódico, que en eso radicaba la diferencia con el ISS. A la empresa acudieron los asesores de Skandia S.A. y Porvenir S.A., y como el último era más conocido se decidió por ese fondo. Luego de la charla una de las promotoras le tomó os datos y procedió a la suscripción del formulario. Sabe que en esa época debía cumplir semanas y edad para pensionarse y en el nuevo fondo se le dijo que debía reunir los mismos requisitos, no se le explicó una modalidad diferente a ese, ni los aportes voluntarios. Trimestralmente le llegan los extractos. La motivación para acudir a la justicia es debido a que recibió una información sesgada que no le permitió tomar una información correcta y se siente asaltado en su buena fe.

*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 S.A.**, 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 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. Así que, el que se hubiere indicado algunas características del fondo privado al demandante no acredita de manera fehaciente que aquel recibiera información completa de las particularidades de ambos regímenes pensionales.

En cuanto a los actos a los que se hace referencia en el recurso Porvenir S.A., cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, 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 nulidad de dicho traslado, obligación que se debió efectuar en septiembre de 1995.

*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 visible en el fl. 69 (C.D. fl. 2 carpeta 10. archivo 02) y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo de forma, libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la **AFP Porvenir S.A.**, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátense que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el fl. 69 (C.D. fl. 2 carpeta 10. archivo 02) 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 la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotora es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por Colpensiones relativas a que el actor no cumplió su deber como consumidor financiero, 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.

Ahora, 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 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 civil¹, 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; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y el demandante, por lo que no son de recibo los argumentos de las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; 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.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A., Protección S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, 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 precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 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).

Finalmente y en cuanto a lo esgrimido por Colpensiones en su recurso, 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.

Entonces, 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.

CONDENA EN COSTAS

Porvenir S.A. refiere que no se encuentra de acuerdo en su imposición por lo que pide no le impongan ni en primera ni segunda instancia, sin embargo, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso la AFP 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. (...)”.

De ahí, que al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Porvenir S.A. asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia.

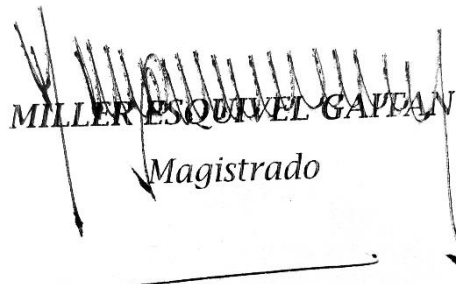
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada y consultada.*

Segundo.- *Costas de la instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones, AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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 MARTHA LILIANA VIZCAYA HERNÁNDEZ CONTRA la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, CON INTERVENCIÓN EXCLUYENTE DE LUZ DARY MARTÍNEZ SARMIENTO.

En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de febrero de dos mil veintidós (2022), 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.

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 Martha Liliana Vizcaya Hernández y Colpensiones contra la sentencia del 14 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Martha Liliana Vizcaya Hernández, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que previos los trámites de un proceso ordinario se sustituya en su favor la

pensión que en vida percibió del señor Delio Gutiérrez Ortégón, y en consecuencia se condene al pago del retroactivo pensional y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 1y 2 del expediente, en los que en síntesis indicó que: nació el 16 de agosto de 1975 y en la actualidad reside en el municipio de Fusagasugá, no se encuentra vinculada laboralmente a una empresa, debido a que siempre dependió de Delio Gutiérrez Ortégón, con quien sostuvo una unión marital de hecho entre el 2 de octubre de 2002 y el 29 de junio de 2016, cuando el compañero abandonó el hogar; luego de ello falleció el 4 de mayo de 2019, en la ciudad de Ibagué; en vida el causante percibía una pensión de vejez desde el año 2005, por lo que acudió a la encartada a solicitar la sustitución pensional aportando para ello, las declaraciones extra proceso vertidas por las señoras Elda Yamileth Pachón González y Rosa Ángela Gil Martínez, además de la propia. Sin embargo, Colpensiones negó el derecho, de modo que recurrió la decisión en reposición y en subsidio apelación, los que al ser resueltos confirmaron la resolución atacada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda se ordenó notificar de conformidad con el artículo 63 del CGP a la señora Luz Dary Martínez Sarmiento (fl. 29), ésta última se notificó personalmente el 24 de febrero de 2020 (fl. 31), quien presentó demanda en la que solicitó que en su calidad de compañera permanente se sustituya la pensión de Delio Gutiérrez Ortégón, a partir del 4 de mayo de 2019, y se ordene el pago de los intereses moratorios, aduciendo que convivió de manera singular con el causante desde el 1º de febrero de 1975 hasta el deceso.

*Corrido el traslado de rigor, las demandas fueron contestadas por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (C.D. fl. 36 carpetas 03 y 07); en cuanto a los hechos, aceptó la calidad de afiliado del de cujus, la fecha del deceso de aquel, las reclamaciones y las decisiones adoptadas, sobre los restantes manifestó que no le constan o no son ciertos. Propuso como excepciones de mérito respecto de **Martha Liliana Vizcaya Hernández** la inexistencia del derecho y de la*

*obligación al reconocimiento de la pensión de sobreviviente bajo lo lineamiento de los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, improcedencia de intereses moratorios es indexación y la innominada o genérica; y como medios exceptivos para el escrito de demanda de **Luz Dary Martínez Sarmiento**, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación, improcedencia de condena en intereses moratorios y la innominada o genérica.*

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo pedido 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 (CD fl. 36 carpetas 20) mediante la cual declaró que a **Luz Dary Martínez Sarmiento** le asiste el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes del causante Delio Gutiérrez Ortegón a partir del 4 de mayo de 2019, junto con su retroactivo pensional, el cual deberá ser indexado al momento del pago y del que se autoriza el descuento de los aportes a sistema general de seguridad social en salud, negó las pretensiones respecto de **Martha Liliana Vizcaya Hernández** y declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación y cobro de lo no debido, respecto de aquella e impuso costas a cargo de Colpensiones en favor de Martínez Sarmiento en cuantía de un smlmv, misma suma que impuso a Vizcaya Hernández y a favor de Colpensiones.*

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, se interponen recursos de apelación, así:

Martha Liliana Vizcaya Hernández, la recurrió expresando que se constituye una discriminación a la forma de familia compuesta por ella y el causante, haciendo con ello más gravosa ya que no cuenta con los recursos mínimos para cubrir los gastos de salud y alimentación, dado que no se encuentra vinculada laboralmente, y si la convivencia no se mantuvo hasta el deceso del causante,

aquel seguía prestando ayuda económica, por lo que “seguían frecuentando encuentros”, por lo que conforme a la SU 108 de 2020, debe revocarse la decisión

*A su turno, **Colpensiones** disiente de las resultas, por considerar que i) Luz Dary Martínez Sarmiento, no logró acreditar 5 años de convivencia previos a la muerte de Gutiérrez Ortigón, en razón a que se acreditó fehacientemente que la pareja compuesta por el causante y Luz Dary se separaron en el año 2000, y sólo existe certeza de que eventualmente convivieron nuevamente en Ibagué desde 2016 hasta 2019, y que ello acaeció luego de que el pensionado se separara de Vizcaya Hernández; ii) Estima que la señora Martínez Sarmiento asumiera las expensas de las honras fúnebres y lo cuidara en los últimos días y cuidara del pensionado no dan cuenta de la convivencia en los últimos 5 años previo al deceso, sin que aquella tampoco pueda extraerse de la declaración que hiciera el pensionado en 1999 con destino a la UGPP, para que se sustituyera la prestación que percibía por esa entidad; iii) Asegura que no se valoró probatoriamente la investigación administrativa en la que el hermano, primas y vecinos del extinto manifestaron expresamente que la convivencia no sobrepasó del año 2000; iv) no hay lugar al pago del retroactivo y las costas, atendiendo a que la entidad puso en suspenso el reconocimiento de la prestación a la espera de que la controversia entre las beneficiarias se dirimiera por la jurisdicción ordinaria laboral.*

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de **Martha Liliana Vizcaya Hernández** presentó alegatos en esta instancia, en los que reiteró los motivos de su inconformidad respecto de la sentencia de primer grado e invocó el principio de solidaridad.*

*Por su parte **Colpensiones**, insistió en los fundamentos de la apelación, mientras que **Luz Dary Martínez Sarmiento**, solicitó se confirme la decisión impugnada.*

CONSIDERACIONES

Atendiendo el tenor del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones y Martha Liliana Vizcaya Hernández, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan a Colpensiones.

SUSTITUCIÓN PENSIONAL - -COMPAÑERAS PERMANENTES

En el presente caso no está en discusión que el ISS reconoció a Delio Gutiérrez Ortegón una pensión de vejez mediante Resolución N° 030541 del 27 de septiembre de 2005, a partir del 29 de abril de 2004, en cuantía inicial de \$2.227.379,00, según se colige de las documentales obrantes en el expediente administrativo (C.D. fl. 36 carpeta 08 archivo 02 fl. 114). De igual manera, se encuentra acreditado que Gutiérrez Ortegón falleció el 4 de mayo de 2019, conforme se establece con el registro civil de defunción (fl. 25); y que a través de Resoluciones SUB 173959 del 4 de julio de 2019, SUB 236463 del 30 de agosto de 2019 y DPE 10000 del 19 de septiembre de 2019 Colpensiones negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a las aquí reclamantes (fls. 9 a 20).

Ahora, al momento del fallecimiento del causante, 4 de mayo de 2019, estaba vigente la Ley 797 de 2003, cuyo artículo 13 que modificó el artículo 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, establece:

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

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o

compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá al cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;”

Así, al establecer límites personales y temporales para acceder a la pensión de sobrevivientes, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 busca un fin legítimo al proteger a los miembros del grupo familiar del pensionado 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 ante eventuales maniobras fraudulentas de personas que solo persiguen el beneficio económico de la pensión de sobrevivientes a través de convivencias de última hora. Es así que las exigencias de la ley son razonables y proporcionadas.

De conformidad, con la norma atrás citadas claro resulta concluir que para la fecha del deceso del causante correspondía el derecho al reconocimiento y pago de la pensión bien a la compañera permanente, y en caso de existir convivencia entre varias compañeras permanentes con el pensionado, durante por lo menos 5 años anteriores a la muerte de éste, será en proporción al tiempo en que duró la convivencia con cada una de ellas.

*En lo que respecta al compañero (a) permanente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido pacífica en señalar que la convivencia debe verificarse dentro de los 5 años **inmediatamente** anteriores al deceso del causante. Así lo señaló en la sentencia SL680-2013, reiterada en SL1067-2014:*

“Pese a lo argüido, la exégesis que el juez de alzada hizo de la disposición legal no resulta distorsionada en cuanto consideró necesario y vital que se cumpliera el lapso de convivencia que allí se exige, esto es, 5 años previos al deceso, al tratarse de compañera permanente.

El aludido texto es claro respecto de tal requisito, y aun cuando, como lo ha considerado esta Sala al fijar la inteligencia de su literal b), privilegió el vínculo matrimonial, lo cierto es que en ningún evento dispensó el término de 5 años de coexistencia, solo que en el caso de la compañera permanente, por tratarse de una situación de facto, derivada de la decisión libre y espontánea, se asentó sobre la necesidad de que fuera cumplido previo al fallecimiento [...].”

Y en la sentencia SL1399-2018, rad. N° 45779 del 25 de abril de 2018, la Corte Suprema de Justicia, en desarrollo de su función unificadora de la jurisprudencia, concluyó que:

“De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado o afiliado, puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008).”

*Así, al estudiar el material probatorio adosado al plenario a efecto de establecer la convivencia mínima de cinco (5) años de la demandante **Martha Liliana Vizcaya Hernández**, tenemos: declaraciones extraproceso rendidas por las señoras Rosa Ángela Gil Martínez y Elda Yamileth Pachón González fls. 308 a 311 (C.D. fl. 36 carpeta 08 archivo 02), en las que dijeron conocer a la pareja conformada por Vizcaya Hernández y Gutiérrez Ortegón, por espacio de 14 años y que les consta que los compañeros convivieron entre el 2 de octubre de 2002 y el 29 de junio de 2016, cuando el entonces pensionado abandonó el hogar, sin causa alguna.*

*También se escuchó el testimonio de las declarantes referidas, oportunidad en la que **Rosa Ángela Gil Martínez**, contó que los compañeros llegaron a vivir al barrio Altos de Pekín en 2005 y de allí se fueron en el 2015, con destino al barrio Villa Natalia, lo cual le consta porque era vecina de ellos, al punto que a la fecha aún vive en el Altos de Pekín, aunado a que esas fechas las tiene presentes, por cuanto en el barrio se manejan libros y actas de las personas que se afilian a la junta, de la que ella funge como fiscal. Sabe que luego Delio Gutiérrez abandonó el hogar en junio de 2016, pero 4 meses luego de eso, Liliana le comentó que se seguía viendo con la pareja. Que mientras los compañeros convivieron, el de cujus se molestaba porque le dirigieran la palabra a la Vizcaya Hernández, por lo que él empezaba a tratarla de chismosa y en algunas ocasiones la humillaba, situaciones que presenció, al*

igual que las celebraciones de cumpleaños del óbito, que realizaba en el garaje de la residencia de la pareja y en las que participaban grupos musicales. Debido a las afecciones de salud del compañero Martha Liliana se encargaba de acompañarlo al médico. Conoce también a la hija que Gutiérrez Ortegón tuvo en con la pareja anterior. No sabe quién es Néstor Urbano Ulloa Herrera.

A su vez, Elda Yamileth Pachón González, narró que conoció a Delio y Martha Liliana en el año 2015 cuando llegaron a vivir al barrio Villa Natalia, y que la pareja se separó el 29 de junio de 2016. Que el hoy difunto era quien costeara los gastos del hogar con la pensión que percibía. Adujo que los compañeros siempre estaban juntos, y que como a Delio no le gustaba recibir visitas, en caso de que Liliana Vizcaya tuviera que salir, él la acompañaba. Incluso, luego de que separaron, una vez Vizcaya Hernández abandonó el hogar, él retornó a la vivienda y le comentó que aún hablaban. Después de la ruptura no conoció que el causante tuviera otra relación; y Blanca Elma Beltrán de Rodríguez, aseguró haber sido vecina de la pareja en el barrio Altos de Pekín, por lo que le consta que eran compañeros permanentes y que la demandante cuidaba del pensionado, ya que era diabético. Relató que una oportunidad ofreció una cena en su hogar -el de la testigo- y hasta allí concurrieron Delio y Martha Liliana, pero luego en junio de 2016 se separaron y supone que fue debido a que Vizcaya Hernández se aburrió de que Delio fuera “pesado con ella”, ni quiera le gustaba recibir visitas en casa. Dejaron el barrio para ir a vivir a Villa Natalia. Después de que se separaran no volvió a saber de él, sólo sabe que falleció. Agregó que en una oportunidad el occiso le comentó que era separado y tenía una hija de esa primera relación, a la que le regaló un apartamento en Bosa.

*Dentro de su interrogatorio **Martha Liliana Vizcaya Hernández**, afirmó que convivió con el causante entre el 2 de octubre de 2002 y el 29 de junio de 2016, tiempo en el cual tuvieron su residencia en una época en Ibagué y el resto del tiempo en Fusagasugá. Que previo al deceso el compañero se radicó en el Líbano-Tolima, ya que tenía varias complicaciones de salud, entre ellas diabetes y afecciones en el corazón, por lo que falleció de un infarto. Luego de que se separaron, ella viajaba al lugar en el que él estaba o él le giraba el dinero para su subsistencia. En la actualidad se encuentra afiliada en calidad*

de beneficiaria de Néstor Urbano Ulloa que le hizo el favor de incluirla en el servicio médico, y a cambio ella realiza labores de servicio doméstico en la casa de aquel, pero desconoce los motivos por los que éste canceló la afiliación de la esposa y la incluyó a ella. No estuvo presente en las honras fúnebres debido a que la única hija que tenía Delio no le permitió acudir, anotó que si bien dentro de la relación que el causante tuvo con Luz Dary procreó dos hijos, uno de ellos falleció en el año 2000 a causa de un hurto.

*Respecto del material probatorio recaudado para acreditar la convivencia mínima de cinco (5) años de la interviniente ad excludendum **Luz Dary Martínez Sarmiento**, se allegó al plenario misiva del 26 de julio de 1999 suscrita por el causante, en la que declara su intención de que la pensión sea transmitida a Martínez Sarmiento (fl. 16 C2), historia clínica del pensionado (fls. 17 a 23), en la que no se hace mención alguna de que la interviniente acompañara al óbito o estuviera a cargo de aquel previo al deceso, resolución RDP 027609 de 13 de septiembre de 2019, expedida por la UGPP, en la que se sustituye una pensión de jubilación convencional a favor de Luz Dary Martínez Sarmiento con ocasión la deceso de Gutiérrez Ortégón Delio.(fls. 26 y 27), Resolución DNP 3585 de 2019 en la cual se ordena un pago único a los herederos del de cujus (fls. 29 a 31), acto administrativo de Colpensiones SUB 154211 del 14 de junio de 2019, en el que se ordena el pago del auxilio funerario por el deceso de Gutiérrez Ortégón a la señora Martínez Sarmiento (fls. 35) y las facturas que soportan el importe que sufragó para las exequias.*

Igual milita en el expediente administrativo aportado por Colpensiones (C.D. fl. 36 carpeta 08 archivo 02), a folios 141 a 146 informe técnico de investigación del 20 de junio de 2019, con ocasión al conflicto presentado entre las beneficiarias, que no fue valorado por la juez de primer grado, y del que se extrae:

“Se entrevistó al señor Jorge Gutiérrez (...), hermano del causante, quien afirmó conocer a la señora Martha Liliana Vizcaya Hernández, ya que fue la compañera permanente de su hermano por 13 años aproximadamente, comenta que la pareja no procreó hijos juntos, sin embargo, cada uno tenía 1 hija fuera de la relación, afirma que la pareja tuvo una separación total pero no recuerda cuando se dio, manifiesta que el señor Delio pensionado y la señora Liliana era Modista, afirma que el señor Delio no tenía ningún tipo de relación con la señora Luz Dary Martínez Sarmiento ya que ellos se separaron hace muchos años.

Agregó que el causante falleció a causa de una diabetes en mayo del presente año.

Del mismo modo, se entrevistó a la señora Fanny Ortegón, (...), ubicada en la ciudad de Ibagué - Tolima, prima del causante, quien comenta que conoció al señor Delio Gutiérrez Ortegón y a la señora Martha Liliana Vizcaya Hernández como pareja hace más de 12 años, comenta que la pareja no procreo hijos, sin embargo, el señor Delio tuvo 2 hijos, uno de ellos fallecido y la señora Liliana 1 hija mayor de edad, afirma que los implicados tuvieron una separación total hace 2 años aproximadamente, por último afirma que el señor Delio no consiguió otra pareja después de la señora Liliana y que él no tenía ningún tipo de relación con la señora Luz Dary Martínez Sarmiento.

De igual manera, se entrevistó a la señora Ligia Ortegón (...) prima del causante, quien comenta que conoció a la señora Martha Liliana Vizcaya Hernández y al señor Delio Gutiérrez Ortegón como pareja durante 13 años, que la pareja no procreo hijos pero el señor Delio tuvo hijos con su primera pareja y la señora Liliana tuvo 1 hija mayor de edad, que la pareja no presentó ninguna separación parcial hasta el año 2016 que fue el año en que el causante abandonó el hogar, aludiendo que después de esto el causante convivió solo en el municipio de Líbano y luego en la ciudad de Ibagué, manifiesta que el señor Delio no tenía ninguna relación con la señora Luz Dary Martínez desde hacía 18 años.

(...) Así mismo, se entrevistó a la señora Yolanda Gutiérrez Correa, (...) ubicada en altos de Pekín del municipio de Fusagasugá - Cundinamarca, vecina del sector, quien manifestó que conoció a la señora Martha Liliana Vizcaya Hernández y al señor Delio Gutiérrez Ortegón como pareja desde hace más de 10 años, que la pareja no procreó hijos pero cada uno tenía 1 hijo fuera de la relación mayores de edad en la actualidad, afirma que la pareja no presentó ninguna separación total o parcial en el tiempo que los conoció, manifiesta que el señor Delio era pensionado y la señora Liliana, cosía, era modista, afirma que ella no tiene conocimiento de que el señor Delio tuviera otra pareja. Afirmó que el causante falleció a causa de una diabetes. Agregó que el causante estaba separado de la señora Luz Dary Martínez Sarmiento, desde hace varios años.

*En cuanto a la prueba testimonial recaudada, **Royson García Rubiano**, quien expresó que transportó a la pareja conformada por el causante y Luz Dary Martínez Sarmiento desde 2016 hasta 2018 entre Ibagué y Mesitas del Colegio, además de llevarlos a las citas médicas, acompañando a los compañeros permanentes hasta el deceso de Gutiérrez Ortegón. Los conoció desde 1993, cuando estudió con los hijos de éstos y que por eso sabe que desde siempre han estado juntos, porque incluso compartió con ellos asados y almuerzos familiares. Nunca escuchó hablar de Martha Liliana, pese a que mantenía comunicación diaria con el causante. El señor García Rubiano, también participó en el informe técnico de investigación ya citado, y en aquella oportunidad al ser preguntado por la separación de Delio y Luz Dary, se limitó a indicar que desconocía el tema, pues vio a esta en la clínica pendiente del causante.*

*Por su parte, la señora **Noelia Osorio de Fierro**, vecina del municipio de Mesitas del Colegio dijo que el de cujus y la interviniente ad excludendum convivieron en la una finca de esa zona hasta el deceso y los conoció 6 años atrás, cuando adquirieron la parcela, por lo que con ocasión a esa que eran vecinos, departía con ellos en paseos de olla en Semana Santa y en otras fechas especiales. Sabe que Luz Dary vive de una pensión que disfrutaba en vida el extinto compañero. Conoció a los hermanos de Delio en el sepelio.*

*Finalmente, **Luz Dary Martínez Sarmiento** en su interrogatorio expresó que en vida del jubilado, tuvo vida marital con él entre el 1º de febrero de 1975 y el 4 de mayo de 2019, sin que aquel tuviera otra relación, ya que residían en Mesitas del Colegio o Ibagué. Durante los últimos días de vida ella o su hija - la de la pareja- era la que procuraba el cuidado del hoy interfecto, quien murió de un paro respiratorio. Luego de la muerte del compañero le fue reconocida pensión por parte del UGPP, sin que en la actualidad tenga otra relación sentimental.*

*Sea lo primero advertir, que la narración de los hechos que una de las partes realiza dentro del interrogatorio vertido interesan al proceso en la medida que recaiga sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria y que la ley no exija para esos hechos prueba solemne (art. 192 del CGP), siendo, así un medio probatorio, pues de no ser así ello implicaría la creación de su propia prueba, por lo que resulta desacertada la acotación del recurrente al estimar que como la señora **Martha Liliana Vizcaya Hernández** infirió al absolver el referido interrogatorio, que continuaba viéndose con el causante luego de que se separaron en 2016, ello por sí sólo no constituye prueba de que el vínculo perduró hasta la muerte de Gutiérrez Ortegón.*

Ahora, en lo que respecta a la aplicación de la SU-108 de 2020, en la que se estudia el reconocimiento y pago de la sustitución pensional cuando la cohabitación entre el causante y su compañera o cónyuge se interrumpe por una justa causa, y aun así se preservan el sentido de corresponsabilidad en relación con el hogar conformado y la comunidad de vida que tuvieron, basta con señalar, que no se acreditó a través de ningún medio de convicción de que el señor Delio Gutiérrez Ortegón continuara brindando ayuda económica

o de otra índole a Martha Liliana Vizcaya Hernández, o que ésta a su vez le socorriera en los últimos años de vida de éste.

*Cabe resaltar, que si bien las señoras Rosa Ángela Gil Martínez y Blanca Elma Beltrán de Rodríguez, hicieron alusión a que en vida el causante humillaba o era pesado con la activa, no fue posible establecer que efectivamente esa fuera la causa de la separación, pues esto ni siquiera se planteó en los hechos de la demanda, aclarando la Sala, que en caso de que hubieren acaecido esas circunstancias, cualquier tipo de violencia contra la mujer es un acto reprochable y no se está convalidando con la decisión aquí adoptada. En lo que concierne a la señora **Luz Dary Martínez Sarmiento**, no es posible determinar que la convivencia de aquella con el causante ocurriera de manera ininterrumpida, desde el año 1975 hasta el 4 de mayo de 2019, nótese como al señor Roynson García que afirmó conocer a la pareja desde 1993, sólo dio fe de esa comunidad de vida entre 2016 y 2019, mientras que la señora Noelia Osorio de Fierro, dijo que los conoció hace 6 años, esto es, desde 2015. Ahora, comparadas las referidas manifestaciones con las declaraciones incorporadas en el informe técnico de investigación¹, se tiene que el causante vivió con Martha Liliana Vizcaya Hernández, hasta mediados de 2016, en el municipio de Fusagasugá, sin que exista prueba demostrativa de una convivencia simultánea que permita inferir que, mientras el señor Delio Gutiérrez Ortegón era compañero permanente de Vizcaya Hernández, de manera simultánea sostenía una relación de la misma naturaleza con la señora Martínez Sarmiento.*

No desconoce la Sala la existencia de la manifestación de voluntad que en vida hizo el causante el 26 de julio de 1999 (fl. 16) para que el ISS patrono sustituyera la pensión convencional, empero, retomando el informe técnico de investigación, es claro que a partir del año 2000 Luz Dary y Delio no convivieron, reanudando esa unión sólo hasta mediados del 2016, cuando éste se separó de Vizcaya Hernández. Tampoco es un acto que corrobore la convivencia, el hecho que la UGPP sustituyera la pensión de jubilación a favor de Luz Dary Martínez Sarmiento, toda vez, que para esa finalidad se aportó

¹ SL 5681 del 1º de diciembre de 2021 Rad. 87307

el mencionado documento de folio 16, cuyo sello de recibido por la UGPP es del 12 de julio de 2019. Téngase en cuenta, que para la definición del derecho pensional ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, no se presentó un conflicto de beneficiarias, por lo que no medió proceso judicial que conllevara el debate probatorio que sí se dio en el presente proceso.

En lo que corresponde al pago de los gastos funerarios, es bien sabido que aquellos pueden ser asumidos por un familiar, sin que a partir de esto pueda entenderse una convivencia continua.

*De conformidad a los medios de convicción anteriormente reseñados, y atendiendo lo señalado en los artículos 60 y 61 del CPT y SS, la Sala concluye que: i) contrario a lo señalado por el a quo, la demandante **Luz Dary Martínez Sarmiento**, no demostró la convivencia con la causante de manera continua durante los 5 años anteriores al fallecimiento, como lo exige la norma antes citada para ser beneficiaria del derecho prestacional pretendido, y ii) **Martha Liliana Vizcaya Hernández**, tampoco satisfizo los requisitos legales para acceder a la prestación, como quiera que la convivencia con el causante no se extendió más allá del 29 de junio de 2016.*

Colorario de lo anterior, se procederá a revocar parcialmente la sentencia recurrida.

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

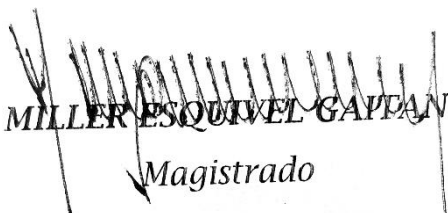
R E S U E L V E

Primero.- *Revocar parcialmente la sentencia apelada y consultada, para en su lugar absolver a Colpensiones, de todas y cada una de las pretensiones formuladas por Luz Dary Martínez Sarmiento. De conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.*

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

Tercero.- Costas de las instancias a cargo de las señoras Luz Dary Martínez Sarmiento y Martha Liliana Vizcaya Hernández. Inclúyase en la liquidación respetiva la suma de \$ 400.000, por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado