

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 ENRIQUE BERNARDO POMBO ROZO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintidós (22) días de septiembre de dos mil veinte (2020), 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.

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 T. P. No. 317.120 del CSJ como apoderada judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder conferido (fls 161 vueto); y a la Dra. Yesenia Tabares Correa identificada con la C.C. No 1.37.608.320 y T. P. No. 242.706 del CSJ como apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A., en los términos del poder general conferido (fls 172 a 180)

Notifíquese

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada Porvenir S.A. contra la sentencia proferida el 18 de junio de 2020, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas que afectan a Colpensiones.

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

Enrique Bernardo Pombo Rozo, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., efectuado a partir del 1º de junio de 1996. En consecuencia, se ordene a la AFP accionada liberarlo de sus bases de datos y devolver a Colpensiones todos los dineros contenidos en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora junto con los frutos, intereses y rendimientos financieros; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros, reactivar su afiliación; así mismo pide que se condene a las demandadas lo ultra y extra petita, y por las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 26 a 26, en los que en síntesis se indica que: nació el 20 de mayo de 1970; inició su vida laboral y se afilió al ISS desde el 24 de abril de 1992, hasta el 31 de mayo de 1996, fecha en que se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A.; la promotora comercial de la AFP accionada no le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto a las características del RAIS al momento de vincularse, ya que no se le indicó el capital requerido para obtener pensión por renta vitalicia o retiro programado, ni para que pudiera ser heredada a sus beneficiarios, tampoco sobre la forma como se causa la pensión, no se le hizo una proyección pensional, ni mucho menos la modalidades de pensión, sobre las implicaciones del traslado, sobre las ventajas y desventajas de uno u otro régimen pensional; nunca recibió asesoría sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional, ni de la posibilidad de retracto o retorno al RPMPD. Así mismo indica que el 21 de noviembre de 2018 la AFP

le certificó el valor acumulado en su cuenta de ahorro individual, y que tendría una mesada pensional aproximada de \$2.197.300 a los 58 años, esto es el equivalente a un 35.25% del ingreso base de cotización, el cual es muy inferior al que puede obtener en el RPMPD como mínimo del 65% del IBL de los últimos diez años; presentó reclamación administrativa el 13 de noviembre de 2018, la que fue respondida por Colpensiones en la misma fecha rechazando la solicitud de traslado; de igual forma el 14 de diciembre de 2018 pidió a la AFP accionada la nulidad de su afiliación, la que fue negada.

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. 121 a 124); en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la afiliación y cotizaciones realizadas al ISS hoy Colpensiones y la reclamación administrativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos y no le constan, señalando que de acuerdo con los documentos aportados la fecha de nacimiento del actor fue el 20 de mayo de 1960. Propuso como excepciones las que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A., en el plazo legal recorrió el traslado a la demanda, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 81 a 89); frente a los hechos admitió los relacionados con la fecha de nacimiento, la vinculación a esa AFP el 31 de mayo de 1996, la certificación sobre capital acumulado en la cuenta de ahorro individual y el posible valor de la prestación que podía obtener, la reclamación presentada y la respuesta negativa ofrecida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, 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. 131 y acta fls 152 y 153) en la que declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. suscrita el 31 de mayo de 1996; Ordenó a la AFP Porvenir S.A. dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, devolver o trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la vinculación del promotor por concepto de cotizaciones, y rendimientos financieros, sin lugar a descuento alguno y a esta última a recibirlos y actualizar su historia laboral; sin condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la demandada Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, argumentando que al momento del traslado sí le brindó asesoría a la demandante al momento del traslado y el hecho de no hacer ninguna manifestación de la demandante con posterioridad a ello ratifica su voluntad de permanecer en el RAIS; así mismo señala que la situación de la demandante no encaja dentro del precedente jurisprudencial debido a que no es beneficiario del régimen de transición, aunado que la accionante tomó la decisión de cambiarse de régimen pensional de manera libre, espontánea y sin presiones; y que su afiliación cumplió todos los requisitos legales vigentes para la época. Añadió que en el presente asunto no podía operar la carga dinámica de la prueba, en tanto la demostración de los supuestos fácticos estaba en cabeza de la parte accionante y no corresponde ordenarse la devolución de los rendimientos financieros y gastos de administración por cuanto estos se generaron con ocasión de la buena administración de la cuenta de ahorro individual del afiliado.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegaciones en esta instancia, insistiendo en que se revoque la decisión de primera instancia, señalando que no resulta procedente declarar que es nula la afiliación suscrita entre la demandante y la AFP Porvenir S.A. ya que dentro del proceso obran elementos de prueba que conducen a establecer que este se llevó a cabo de manera libre y voluntaria y que el asesor del Fondo brindó la correspondiente información respecto de los efectos jurídicos del traslado de régimen, sin que se hubiese demostrado vicios de consentimiento, aunado que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición prevista en la Ley 797 de 2003, art. 2° de trasladarse por cuanto le faltan menos de 10 años para obtener su derecho pensional y la orden de traslado afecta la estabilidad financiera del sistema.

De igual manera la AFP Porvenir presentó alegaciones en esta instancia, insistiendo que la información suministrada a los afiliados del RAIS, se encuentra acorde con las disposiciones legales, y no son caprichosas y la teoría de la inversión de la carga de la prueba en esta clase de proceso, para aplicar a situaciones ocurridas hace casi 20 años atrás, no resulta un análisis ponderado, ya que en principio incumbe al demandante demostrar el actuar indebido de Porvenir S.A. o de sus funcionarios, por lo que se debe confirmar la decisión de primera instancia.

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 planteados por Porvenir S.A. en su recurso de apelación, y en consulta frente aquellas condenas que afectan a Colpensiones.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

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 unas manifestaciones del tipo "no le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto a las características del RAIS al momento de vincularse, ya que no se le indicó el capital requerido para obtener pensión por renta vitalicia o retiro programado, ni para que pudiera ser heredada a sus beneficiarios, tampoco sobre la forma como se causa la pensión, no se le hizo una proyección pensional, ni mucho menos la modalidades de pensión, sobre las implicaciones del traslado, sobre las ventajas y desventajas de uno u otro régimen pensional; nunca recibió asesoría sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional, ni de la posibilidad de retracto o retorno al RPMPD" (hechos 7 a 13 dda), son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", 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, entre otras, 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. Resaltando desde ya, que unos son los principios que gobiernan el derecho del trabajo y la seguridad social como lo prevé los artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que imperan en el derecho común, no aplicable estos últimos a la disciplina del trabajo por ser contrarios al derecho social.

Pues bien, la accionante el absolver interrogatorio aseguró aseguró que estando trabajando Automercantil Ltda. llegó un asesor de la AFP Porvenir S.A., los reunió en compañía de varias personas, y les dijo que el ISS de encontraba en crisis y lo iban a liquidar por lo que les convenía pasarse al fondo privado ya que, de no hacerlo, perderían todo lo aportado y no se podían pensionar, mientras que el Fondo era muy sólido y el que mejor rentabilidad podía ofrecer; que la información fue de manera grupal y no recuerda que le hubiesen dado información sobre el régimen pensional de ahorro individual y posteriormente no tuvo ninguna información por parte de la citada AFP; finalmente indica que hubo engaño al momento de la afiliación porque le dijeron que su pensión iba a ser superior a la que pudiera obtener en el RPMPD y a más temprana edad, lo cual no es cierto, pues por el contrario le indicaron que solo podría pensionarse a los 62 años y con el equivalente al 35% del ingreso base de cotización que realiza, tampoco se le informó sobre la posibilidad de regresar al seguro social.

Una vez examinado el acervo probatorio, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir S.A. (fl 90), 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 a folio 90 del expediente y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección del 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 Horizonte hoy 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 de folio 90 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.”

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.

*Acerca de la diferencia que plantea la recurrente entre la nulidad e ineficacia del traslado de régimen pensional, es de señalar que las dos figuras conducen a la misma conclusión, que no es otra que dejar sin efecto el acto nulo o ineficaz y no puede ampararse en ello para negar la pretensión. Basta recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con el tema indicó 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)*

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 o ineficacia es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen, esto es, que dicho acto no ha existido y por lógica hay que restaurar las cosas al estado en que se hallaría como si no se hubiera celebrado el acto o contrato. De manera que, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata 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.

no haber pertenecido al régimen, 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, pues, 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 Porvenir S.A. 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; 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 de la accionante como si no se hubiera realizado dicho traslado, debiendo asimismo recibir los aportes trasladados por Porvenir S.A., junto con sus respectivos rendimientos y gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, pues se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, y a contabilizar, para efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante, como acertadamente lo concluyó el a quo.

Finalmente, la Sala considera necesario referirse a una inconformidad planteada por Colpensiones, que no es otra que la referente a la restricción de traslado de la parte demandante, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha el actor no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto pues es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 60 años de edad, conforme se establece con la fotocopia de la cédula de ciudadanía (fl. 2); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado realizado el 31 de mayo de 1996, diferente a la procedencia del

traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento expuesto por Colpensiones.

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 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 la demandada Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese y cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GAPPAN~~
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 JOHN JAIRO CAMACHO CORONEL CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintidós (22) días de septiembre de dos mil veinte (2020), 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.

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 demandada contra la sentencia del 17 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Veinte 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

John Jairo Camacho Coronel, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Porvenir S.A., para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su compañera

permanente Silvia Isabel Zárate Camacho, a partir del 5 de enero de 2017; junto con los intereses moratorios, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folio 26 del expediente, en los que en síntesis indica que: fue compañero permanente de Silvia Isabel Zárate Camacho, quien falleció el 5 de enero de 2017, estando afiliada a Porvenir S.A.; el 22 de febrero de 2018 solicitó ante la accionada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, obteniendo respuesta negativa el 2 de abril siguiente con el argumento de no acreditar el tiempo mínimo de convivencia exigido por la norma; convivió con la causante durante más de cinco años, compartiendo techo, lecho y mesa, hasta el momento del deceso, en la circunvalar 36A N° 104-47, torre 4, apartamento 503, barrio Balcones de la Colina en Bucaramanga; el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Bucaramanga declaró la existencia de la unión marital desde el 17 de marzo de 2012 hasta el 5 de enero de 2017.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Porvenir S.A., oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 49 a 55); en cuanto a los hechos aceptó la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el actor; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, 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 (fls. 100 a 105) en la que condenó a Porvenir S.A. a reconocer y pagar al actor la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de Silvia Isabel Zárate Camacho, en su condición de compañero permanente supérstite, a partir del 5 de enero de 2017; junto con las mesadas adicionales y los reajustes de ley; sumas que deberán pagarse debidamente indexadas. Absolvió de las restantes pretensiones; condenando en costas a la pasiva.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada interpone recurso de apelación argumentando que se presentó una incorrecta apreciación probatoria, por cuanto la sentencia proferida por el juzgado de familia da cuenta de una unión marital de hecho que se extendió por 4 años, 9 meses y 5 días, tiempo de convivencia que resulta insuficiente para acceder al derecho pretendido.

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 parte demandada en su recurso de apelación.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - COMPAÑERO PERMANENTE

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no existe discusión en cuanto a que Silvia Isabel Zárate Camacho falleció el 5 de enero de 2017, como da cuenta su registro civil de defunción (fl. 3) y dentro de los 3 años anteriores al deceso cotizó un total de 154,28 semanas en la AFP Porvenir S.A., conforme se establece con la relación de aportes (fls. 89 a 91), acreditando de esta manera el cumplimiento de la exigencia consagrada en el numeral 2° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993. Tampoco es tema de debate que mediante comunicación del 2 de abril de 2018 Porvenir S.A. negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes reclamada por John Jairo Camacho Coronel, al considerar que no se encontraba acreditado el requisito de convivencia (fl. 13).

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar si el señor John Jairo Camacho Coronel cumple los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama con ocasión al fallecimiento su compañera Silvia Isabel Zárate Camacho.

Pues bien, considerando la data del deceso de la causante, 5 de enero de 2017, es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 12 de la, Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 que 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 dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones: ...”, es importante, dado el argumento esgrimido por la sociedad demandada, 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 reevaluó 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 de la afiliada fallecida correspondía el derecho al reconocimiento y pago de la pensión bien al cónyuge supérstite o al compañero permanente, siempre y cuando acreditaran más de 30 años de edad, y haber cotizado cincuenta semanas durante los tres años anteriores al defunción sin importar el tiempo de convivencia.

Dados los anteriores derroteros, cumple destacar que en el presente asunto no se discute que a la fecha del deceso de la señora Silvia Isabel Zárate Camacho, el demandante acreditaba más de 30 años de edad, pues nació el 11 de octubre de 1985, como da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 11) y había cotizado más de cincuenta semanas en los tres anterior a dicho infortunio; por lo que la Sala procede al estudio de los medios probatorios allegados a fin de determinar su condición de compañero permanente supérstite.

Obra en el expediente copia de la sentencia proferida el 7 de febrero de 2018 por el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Bucaramanga, en la que resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la existencia de unión marital de hecho entre JOHN JAIRO CAMACHO CORONEL y SILVIA ISABEL ZÁRATE CAMACHO, desde el 17 de marzo del 2012 hasta el 05 de enero del 2017 fecha de su fallecimiento, según las consideraciones.

SEGUNDO. DECLARAR la existencia de sociedad patrimonial de compañeros permanentes entre JOHN JAIRO CAMACHO CORONEL y SILVIA ISABEL ZÁRATE CAMACHO, desde el 17 de marzo del 2012 hasta el 05 de enero de 2017, quedando disuelta y en estado de liquidación, las partes podrán iniciar trámite liquidatorio a continuación de este proceso o vía notarial.
[...]" (fl. 6)

En consecuencia, es claro para la Sala que se encuentra plenamente acreditado que entre el promotor de la Litis y Silvia Isabel Zárate Camacho existió una unión marital de hecho que se extendió desde el 17 de marzo de 2012 hasta la fecha fallecimiento de esta última, es decir, hasta el 5 de enero de 2017. Y si bien ese lapso corresponde a 4 años, 9 meses y 19 días, lo cierto es que, como ya se expuso, para el caso de la pensión de sobrevivientes por muerte de afiliado no es exigible un tiempo mínimo de convivencia. Corolario 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 Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$500.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado