

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 GLORIA YINETH MEDINA GUTIÉRREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), 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 de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

DEMANDA

Gloria Yineth Medina Gutiérrez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones y a Old Mutual S.A., para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP accionada en su deber de información. En consecuencia, se condene a Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas

entregadas. Asimismo, se condene a Old Mutual S.A. a pagar cualquier diferencia económica que surja para asegurar la financiación de su pensión en el RPMPD; junto con lo que resulte probado ultra y extra petita, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 2 y 3 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 6 de septiembre de 1959; estuvo afiliada al RPMPD desde 1992; el 1° de septiembre de 2008 se trasladó al RAIS, administrado por Porvenir S.A.; no fue informada de manera suficiente sobre las consecuencias que para su retiro pensional podría tener trasladarse al RAIS; desde hace 7 años realiza aportes pensionales en Old Mutual S.A.

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; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y su inicial vinculación al RPMPD; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, imposibilidad de intereses moratorios, inexistencia del derecho y de la obligación, pago, y la genérica.

Por su parte, Old Mutual S.A. contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda; frente a los hechos aceptó la vinculación de la actora a esa AFP desde hace 7 años; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de Litis consorcio necesario, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, y la genérica.

Por auto del 13 de septiembre de 2019 se dispuso vincular al trámite a Porvenir S.A., quien contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda. No aceptó ninguno de los hechos formulados. Propuso las excepciones que denominó 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, en la que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, con destino a Porvenir S.A., el 1° de julio de 1998, incluido el traslado entre AFP. Condenó a Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones todas las sumas contenidas en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con los rendimientos y comisiones por administración, de manera indexada, sin que le sea dable descontar suma alguna por seguros de invalidez y sobrevivencia. Condenó a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones todas las sumas percibidas durante la afiliación de la accionante, junto con los rendimientos, comisiones por administración, así como el bono pensional que recibió, sin que le sea dable descontar dinero alguno que haya pagado por concepto de seguros de pensión de invalidez y sobrevivientes. Ordenó a Colpensiones recibir los dineros trasladados y activar la afiliación de la demandante, sin solución de continuidad. Informó a Colpensiones que puede iniciar las acciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las AFP demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir S.A. argumentó que cumplió con su deber información, lo cual se prueba con el formulario de afiliación, con los traslados realizados por la actora entre administradoras del RAIS y con la suscripción del formulario de afiliación a pensiones voluntarias; además, ratificó su voluntad de permanecer en ese régimen. Agregó que la demandante no probó que se le hubiese ocasionado un perjuicio, máxime teniendo en cuenta que no era beneficiaria del régimen de transición. Indicó que no es procedente devolver los gastos de administración, ya que estos encuentran respaldo en la ley y se causaron por la buena administración de los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual; y en el caso de los dineros destinados al pago de las primas de seguro, los mismos ya no hacen parte del patrimonio de Porvenir.

Añadió que los gastos de administración no se destinan al pago de la pensión, por lo que se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo.

Por su parte, Old Mutual S.A. adujo que no es procedente devolver los gastos de administración, dado que estos encuentran respaldo en la ley y ninguna de las normas que regula lo relacionado al traslado de recursos entre regímenes del sistema de seguridad social en pensiones menciona que deban devolverse; y en el caso de las sumas destinadas al pago de las primas de seguro, las mismas ya no se encuentran en las arcas de la AFP. Agregó que sí opera la prescripción trienal frente a dichas sumas, ya que no están destinadas a cubrir la pensión. Solicitó que se absuelva de la condena en costas teniendo en cuenta que la declaratoria de ineficacia tiene un sustento jurisprudencial, este tipo de juicios no demora más de un año, no tiene un debate probatorio amplio, y Old Mutual S.A. siempre ha actuado dentro de los lineamientos de la buena fe y la lealtad. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.

A su turno, Colpensiones afirmó que el traslado de régimen pensional se dio de manera libre, espontánea y sin presiones, incluso la actora realizó aportes voluntarios, lo que denota que conocía ampliamente las condiciones del RAIS. Aseguró que la accionante contaba con una mera expectativa al momento de trasladarse, razón por la cual no se le generó un perjuicio; además, ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS. Agregó que la demandante no cumplió con su obligación como consumidora financiera de informarse sobre las implicaciones de su decisión; que se encuentra inmersa en la prohibición de traslado prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, aunado al hecho que no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no puede trasladarse de régimen en cualquier tiempo. Manifestó que han pasado más de tres años desde la fecha del traslado de régimen, por lo que debe declararse probada la excepción de prescripción.

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

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

ACLARACIÓN PREVIA

Previamente, la Sala considera necesario referirse a una de las inconformidades planteadas por Colpensiones en su recurso, que no es otra que la referente a la restricción de traslado de la parte demandante, debido a que insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora 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 al ser un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 61 años de edad, acorde con la copia de su cédula de ciudadanía visible a folio 120 del expediente; sin embargo, la Corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia del traslado realizado el 30 de mayo de 1998, con efectividad a partir del 1° de julio de ese mismo año, 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 de 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, al ser 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 fue informada de manera suficiente sobre las consecuencias que para su retiro pensional podría tener trasladarse al RAIS”, es un hecho indefinido negativo que invierte 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 debió dar la AFP Porvebinr S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 30 de mayo de 1998, con efectividad a partir del 1° de julio de ese mismo año. Precisando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte afirmó que es administradora de empresas; que venía afiliada al ISS desde 1979, pero empezó a trabajar en la Contraloría General y sus aportes fueron realizados a la Caja Nacional de Previsión. En el año 1994 prestaba sus servicios para la Dian, entidad que la trasladó nuevamente al ISS. Indicó que en 1998 empezó a recibir correos por parte de la oficina de personal de la Dian, invitándola a participar en reuniones de promoción de los fondos privados; dichas reuniones eran programadas en los auditorios y asistían aproximadamente 150 personas; allí se les indicaban cómo eran los fondos privados y se les hacían actividades lúdicas. Dijo que la información concreta que recibió en la reunión era que la Ley 100 había creado los fondos privados para administrar las pensiones, que las AFP eran muy seguras porque estaban respaldadas por el sector financiero colombiano, y que le colaborarían a recuperar las semanas cotizadas a la Caja Nacional de Previsión para así reconstruir su historia laboral, que era algo que el ISS no podía hacer porque se iba a liquidar.

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.

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 de fecha 30 de mayo de 1998 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo 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 adiada 30 de mayo de 1998 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como defensa 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.

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, porque 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.

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

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.

pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su a su estado original; por lo que no es admisible concluir que el tiempo de permanencia en ese régimen es suficiente para subsanar cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, sin que pueda dársele ningún tipo de validez al movimiento entre administradoras del RAIS; asimismo, 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, 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 la tesis de las AFP accionadas en sus apelaciones, 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 del demandante.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por Colpensiones relativos a que la actora no cumplió su deber como consumidora financiera, ya que como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado.

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 el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, 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, como acertadamente lo concluyó el a quo.

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.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso 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 Old Mutual S.A. asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia.

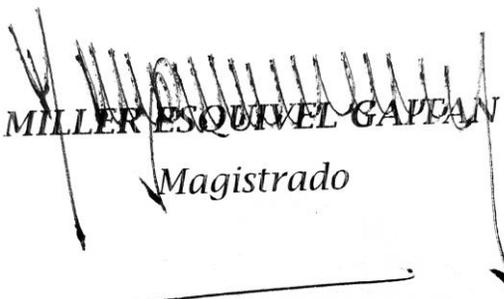
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

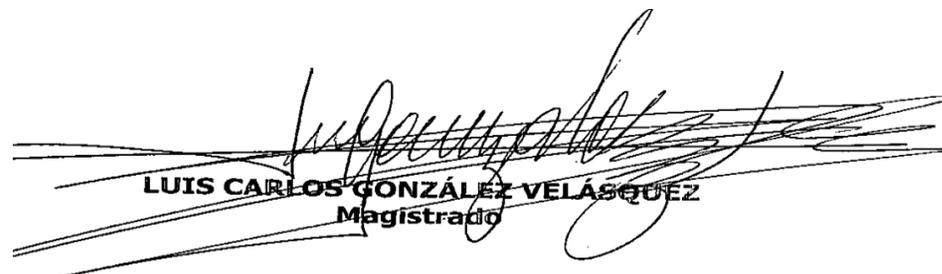
RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de las accionadas. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 a cargo de cada una de las apelantes por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes 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 MARÍA DEL PILAR SOLANO CRUZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), 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 de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 11 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

DEMANDA

María del Pilar Solano Cruz, por intermedio de apoderada judicial, demandó a Colpensiones y a Colfondos S.A., para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP accionada en su deber de información. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes contenidos en su cuenta de ahorro individual, así como

los rendimientos financieros y gastos de administración; debiendo esta última entidad aceptar dichos dineros. De igual manera, se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 26 de febrero de 2019; junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios y la indexación de las sumas. Asimismo, se condene a las demandadas al pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 a 6 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 26 de febrero de 1962; se afilió al ISS el 22 de agosto de 1984, donde cotizó un total de 196,43 semanas hasta el 30 de noviembre de 1995; el 1° de diciembre de 1995 se trasladó a Colfondos S.A., AFP a la cual se encuentra afiliada actualmente y en la que ha cotizado un total de 1.176,71 semanas a corte enero de 2020; en total acredita 1.373,71 semanas de aportes; el asesor de Colfondos S.A. omitió el deber de información y buen consejo, no le elaboró una proyección pensional y le indicó que el ISS se iba a liquidar; el asesor de la época no le informó sobre las implicaciones, ventajas o desventajas del traslado de régimen; el 19 y 20 de mayo de 2020 solicitó ante Colfondos S.A. y Colpensiones, respectivamente, el traslado al RPMPD al haberse configurado una nulidad, obteniendo respuestas negativas.

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; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, la data de su traslado al RAIS, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó descapitalización del sistema pensional, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, 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, y la innominada o genérica.

Por su parte, Colfondos S.A. contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda; frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, su posterior traslado al RAIS, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le consta. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, buena fe, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo, ausencia de vicios del consentimiento, 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 declaró ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, con destino a Colfondos S.A. Condenó a la AFP accionada a trasladar a Colpensiones todos los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con las sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses con sus rendimientos. Condenó a Colfondos S.A. a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración. Condenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y a activar la afiliación de María del Pilar Solano Cruz. Condenó en costas a Colfondos S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, la parte actora y Colpensiones interponen recursos de apelación, así: el extremo demandante insiste en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, argumentando que cumple los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993; aunado al hecho que ya se declaró la nulidad del traslado y la devolución de los aportes a Colpensiones.

Por su parte, Colpensiones afirmó que en el presente asunto no se reúnen los requisitos para declarar la ineficacia del traslado. Agregó que cualquier daño causado a los afiliados debe ser resarcido por la AFP y no por Colpensiones, ya que es ajena al acto de afiliación de la demandante y al deber de información a cargo de Colfondos. Dijo que de aceptarse el retorno de la accionante al RPMPD se generaría una descapitalización que afectaría la sostenibilidad financiera del sistema. Indicó que la actora no probó el perjuicio ocasionado con el traslado de régimen, el cual se dio de manera libre y voluntaria, lo que se corrobora con la permanencia de la demandante en el RAIS por más de 26 años.

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

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

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Colpensiones interpone recurso de apelación afirmando que no se configuran los supuestos que dan lugar a la declaratoria de ineficacia deprecada por la actora, dado que el traslado de régimen se dio de manera libre y voluntaria; empero, lo cierto es que era Colfondos S.A. quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura sobre cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, ratificada en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292), ya que 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 ineficacia del traslado de la demandante al RAIS efectuada por intermedio de Colfondos S.A., decisión que no mereció reparo alguno por parte de dicha AFP en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión. Por lo que la alzada se restringe en determinar la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones, incluyendo lo relativo a la supuesta

descapitalización del régimen derivado de la declaratoria de ineficacia; así como lo que correspondiente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, punto que fue apelado por la parte demandante.

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; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, junto con los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante. 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, sin que exista afectación a la estabilidad financiera del sistema.

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.

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 el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Colfondos 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, 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 demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.

PENSIÓN DE VEJEZ

De otro lado, insiste la parte demandante en el reconocimiento de la pensión de vejez bajo las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; disposición que establece como requisito para acceder a la prestación pensional, en el caso de las mujeres, el cumplimiento de los 57 años de edad, y 1300 semanas de cotización. Al respecto, la Sala advierte que, si bien la actora cumplió los 57 años de edad el 26 de febrero de 2019, conforme se establece con su cédula de ciudadanía (fl. 12); lo cierto es que sólo alcanzaría las 1300 semanas exigidas por la norma en cita cuando se efectúe el traslado de los aportes realizados en el RAIS, no asistiéndole ninguna obligación a Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, hasta tanto se efectúe dicho traslado de aportes por parte de la AFP Colfondos S.A. En tal sentido, una vez se realice el traslado de

los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante, incluyendo los respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, Colpensiones deberá realizar los trámites administrativos tendientes al estudio del reconocimiento del derecho pensional, por lo que se confirmará la decisión de a quo en este aspecto.

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.

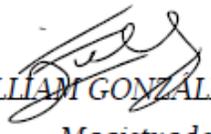
Segundo.- Sin costas en esta instancia.

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 HUGO EDUARDO CARABALLO CADENA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), 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,

PROVIDENCIA

Se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.

A continuación, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2020, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Hugo Eduardo Caraballo Cadena, por intermedio de apoderada judicial, demandó a Colpensiones y a Porvenir S.A., para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP accionada en su deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los dineros obtenidos con motivo de su vinculación, como cotizaciones con sus respectivos rendimientos; debiendo esta última entidad recibir dichos valores, activar su afiliación y actualizar su historia laboral. De igual manera, se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas. Subsidiariamente solicita que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 21 a 24 del expediente, en los que en síntesis se indica que: estuvo afiliado al ISS desde el 1° de diciembre de 1980 hasta el 31 de agosto de 1994; se trasladó a Porvenir S.A. a partir de septiembre de 1994; al momento del traslado no fue asesorado ni informado sobre las implicaciones o riesgos del traslado de régimen pensional, tampoco sobre las ventajas o desventajas de uno y otro régimen; el 8 de junio de 2018 solicitó ante las demandadas declarar nulo el traslado del RPMPD al RAIS, obteniendo respuestas negativas el 14 de junio siguiente.

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. 72 a 77); en cuanto a los hechos aceptó la inicial vinculación del actor al ISS, la reclamación presentada por éste y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, buena fe, y la innominada o genérica.

Por su parte, Porvenir S.A. contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda

(fls. 116 a 125); frente a los hechos aceptó la fecha del traslado de régimen, la reclamación presentada por el actor y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le consta. propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad atribuible a Porvenir S.A., compensación, buena fe, 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. 136) en la que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, con destino a Porvenir S.A., el 18 de agosto de 1994, efectivo a partir del 1° de septiembre de esa misma anualidad. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, incluyendo los intereses, réditos y frutos. Condenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados por la AFP accionada y a reactivar la afiliación del demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir S.A. argumentó que la solicitud de traslado de régimen pensional del actor fue presentada de manera libre y voluntaria, luego de recibir información suficiente sobre las implicaciones de tal decisión, lo cual se corrobora con la suscripción del formulario de afiliación. Agregó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, por lo que cualquiera de los dos regímenes podría resultarle favorable; y que, además, es un profesional, intelectualmente preparado y completamente consciente, que contaba con la capacidad de sopesar las implicaciones de su decisión. Indicó que no se probó la existencia de un vicio en el consentimiento; que los temas pensionales son hechos notorios; y que el accionante no cumplió con su obligación como consumidor financiero de informarse sobre tales implicaciones. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.

Por su parte, Colpensiones afirmó que no participó del contrato celebrado entre el actor y la AFP accionada, por lo que solicita que se revoque la condena en costas. Adicionalmente, peticiona que se adicione la sentencia de primer grado y se ordene la devolución de todos los aportes recibidos, junto con lo descontado por concepto de gastos de administración, garantía de pensión mínima, seguro previsional y rendimientos financieros; esto con el objetivo de no descapitalizar el RPMPD.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte demandante presentó alegaciones en esta instancia, solicitando que se confirme la decisión de primer grado, por cuanto las accionadas no lograron acreditar el cumplimiento del deber de información.

Por su parte, Colpensiones presentó alegaciones en esta instancia, argumentando que el asesor de Porvenir S.A. le suministró al actor información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos del traslado de régimen, razón por la cual no se configuran los presupuestos para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas al momento de sustentar sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y 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, al ser 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 no fue asesorado ni informado sobre las implicaciones o riesgos del traslado de régimen pensional, tampoco sobre las ventajas o desventajas de uno y otro régimen”, es un hecho indefinido negativo que invierte 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 distinciones de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que debió dar la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 18 de agosto de 1994. Precizando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte afirmó que es docente, licenciado en informática, con especializaciones y maestría. Aseguró que en

agosto de 1994 trabajaba en una empresa pequeña llamada Interandina de Transportes, y la persona encargada de la nómina en aquel entonces le dijo que era necesario diligenciar varios formatos para unificar los aportes de la empresa; siendo enfático al señalar que jamás recibió asesoría por parte de algún funcionario de Porvenir S.A. sobre ventajas o desventajas del traslado, ni sobre la forma de liquidar la mesada pensional. Dijo que firmó los formularios que le pasaron, pero desconociendo lo que estaba firmando.

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 Horizonte, hoy 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 del demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 106 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. 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 de folio 106 se advierte que dicha administradora ni

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

Tampoco son de recibo para la Sala los argumentos relativos a que, dado el nivel profesional que ostenta el demandante, no puede predicarse una situación de engaño al momento de la afiliación, con ello nada se garantiza con el grado de conocimiento profesional del afiliado, cuando es un lego respecto de los temas pensionales.

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.

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, porque 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.

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 a su estado original; asimismo, 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 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 el demandante; imponiéndose adicionar la decisión de primer grado en este punto, acogiendo lo manifestado por Colpensiones en su apelación. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante.

Ahora, en relación con los descuentos realizados con destino al fondo de solidaridad pensional, cuyo traslado solicita Colpensiones, cumple recordar que dicho fondo opera como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo, cuyos recursos son administrados por una fiducia, y no por la administradora a la cual se encuentra afiliado el cotizante. Este aporte adicional con destino al fondo de solidaridad pensional debe ser pagado en su totalidad por el trabajador y opera independientemente del régimen pensional al cual se encuentre afiliado, razón por la que no hay lugar a ordenar el traslado de dichos dineros.

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.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por Porvenir S.A. relativos 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.

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 la AFP accionada, 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 adicionará la sentencia de primer grado en este sentido.

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, en tanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional.

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 al 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.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, considera la Sala que es viable imponer condena en costas de primera instancia en contra de Colpensiones, puesto que a lo largo del proceso 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 la demandada Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se confirmará la condena impuesta en primera instancia frente a este punto.

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 el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que las sumas que Porvenir S.A. debe trasladar a Colpensiones corresponden a los aportes pensionales junto con los rendimientos generados, sin realizar deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro previsional.*

Segundo.- *Confirmar en lo demás la decisión de primer grado.*

Tercero.- Costas en esta instancia a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de ellas.

Notifíquese legalmente a las partes 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 DORA ELIZABETH LOZANO QUINCHE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), 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 Colpensiones contra la sentencia proferida el 5 de febrero de 2021, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a la Administradora Colombiana de Pensiones.

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

DEMANDA

Dora Elizabeth Lozano Quinche, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones y a Colfondos S.A., para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP accionada en su deber de información; o subsidiariamente se declare la nulidad o la inexistencia del acto

jurídico. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y rendimientos generados; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros, reactivar su afiliación y actualizar su historia laboral. De igual manera, se condene a las demandadas al pago de los perjuicios morales causados y las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 71 a 73 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 4 de noviembre de 1961; estuvo afiliada al ISS desde 1990 hasta 1994; el 30 de noviembre de 1994 suscribió formulario de afiliación a Colfondos S.A.; el promotor de la época no le advirtió sobre los riesgos que existían por trasladarse de régimen; tampoco le informó sobre las características del RAIS ni acerca del derecho de retracto; el 14 de junio de 2019 solicitó ante las demandadas declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, obteniendo respuestas negativas.

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; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, la reclamación presentada ante esa entidad y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan o no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica.

Por su parte, Colfondos S.A. contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda; frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, la reclamación presentada ante esa AFP y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos

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

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, con destino a Colfondos S.A. Declaró que la actora se encuentra válidamente afiliada al RPMPD, sin solución de continuidad. Condenó a la AFP accionada a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante, como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducir suma alguna ni siquiera por gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos con su propio patrimonio. Condenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados, activar la afiliación de la promotora de la Litis y actualizar su historia laboral. Absolvió de las restantes pretensiones. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Agregó que la inconformidad de la demandante se centra en el monto de su pensión, la cual no es una razón suficiente para declarar la ineficacia del traslado. Indicó que para la época del traslado de régimen no era posible advertirle a la actora cuál régimen le resultaría más ventajoso, por lo que Colfondos S.A. estaba en la obligación de recibirla como su afiliada. Por último, solicitó que se absuelva de 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 parte demandante presentó alegaciones en esta

instancia, solicitando que se confirme la decisión de primer grado, por cuanto las accionadas no lograron acreditar el cumplimiento del deber de información.

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 al momento de sustentar su recurso de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a la Administradora Colombiana de Pensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Previamente, la Sala considera necesario referirse a una de las inconformidades planteadas por Colpensiones en su recurso, que no es otra que la referente a la restricción de traslado de la parte demandante, debido a que insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora 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 al ser un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 59 años de edad, acorde con la copia de su documento de identidad (fl. 11); sin embargo, la Corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia del traslado realizado el 30 de noviembre de 1994, 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 de Colpensiones.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Colpensiones interpone recurso de apelación afirmando que no se configuran los supuestos que dan lugar a la declaratoria de ineficacia deprecada por la actora; empero, lo cierto es que era Colfondos S.A. quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura sobre cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, ratificada en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292), ya que 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 ineficacia del traslado de la demandante al RAIS efectuada por intermedio de Colfondos S.A., decisión que no mereció reparo alguno por parte de dicha AFP en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión. Por lo que la alzada se restringe en determinar la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones, incluyendo la condena en costas.

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; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, junto con los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda

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.

retrotraer el estado de afiliación de la demandante, sin que exista afectación a la estabilidad financiera del sistema.

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 el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Colfondos 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, como acertadamente lo concluyó el a quo.

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.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso 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 Colpensiones 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,

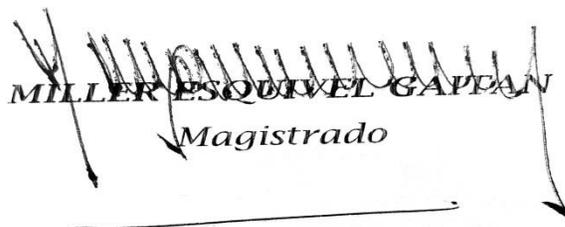
R E S U E L V E

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

Segundo.- *Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000,00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.*

Notifíquese legalmente a las partes 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 DENTRO DEL PROCESO
ORDINARIO LABORAL DE ÁLVARO CASTIBLANCO FANDIÑO CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES*

*En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintiuno (2021),
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 parte
demandante contra la sentencia del 28 de mayo de 2020, proferida por el
Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la
referencia.*

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

*Álvaro Castiblanco Fandiño, actuando por intermedio de apoderado judicial,
demandó a Colpensiones, para que se condene al reconocimiento y pago de la
pensión especial de vejez por hija en condición de invalidez, a partir del 1° de
febrero de 2016; junto con la indexación de las sumas, los intereses moratorios,
lo ultra y extra petita, y las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 53 y 54 del
expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 22 de agosto de 1954; al*

2 de agosto de 2016 contaba con 1.147,14 semanas cotizadas; contrajo matrimonio con la señora Filomena Arias de Castiblanco, con quien ha convivido de manera ininterrumpida desde 1974; de dicha unión nació Claudia Patricia Castiblanco Arias el 7 de agosto de 1977; su hija padece epilepsia y retraso mental severo congénito y fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 95%; su cónyuge padece hipertensión arterial, diabetes mellitus tipo 2, hipotiroidismo y obesidad; tanto su hija como su cónyuge dependen económicamente de él; Claudia Patricia Castiblanco requiere de un cuidado permanente y constante; el 6 de julio de 2017 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión especial, la cual fue negada a través de la Resolución SUB 150934 del 9 de agosto de 2017; contra la anterior decisión interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto a través de Acto Administrativo DIR 23829 del 27 de diciembre de 2017, confirmando la resolución recurrida.

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 74); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, el total de semanas cotizadas al 2 de agosto de 2016, la condición de invalidez de su hija, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medio de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, 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 la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 95) en la que absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra. Declaró

probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación; condenando en costas al accionante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación argumentando que, si bien no completa el mínimo de semanas con posterioridad al año 2005, debe darse aplicación a la normatividad que se encontraba vigente antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003. Solicitó que se realice un control de constitucionalidad en el presente asunto, por las siguientes razones: tanto el demandante como su cónyuge cuentan actualmente con 65 años de edad, y su hija tiene una pérdida de capacidad laboral del 95%; en principio el actor fue beneficiario del régimen de transición, ya que contaba con 40 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero el Acto Legislativo 01 de 2005 le cercenó su expectativa legítima, dado que no completó 750 semanas de cotización a julio de 2005; cuenta con más de 1.100 semanas de aportes; es padre cabeza de familia, de escasos recursos y no tiene posibilidad de seguir cotizando. Por lo que solicita que se accedan a las pretensiones de la demanda y se absuelva de la condena en costas.

Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta 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 la parte demandante al momento de sustentar su recurso de apelación.

PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO EN CONDICIÓN DE INVALIDEZ

La pensión especial que reclama el actor se encuentra consagrada en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, concretamente en el inciso segundo del párrafo 4°, cuyo texto reza:

“La madre¹ trabajadora cuyo hijo ~~menor de 18 años~~² padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo.”

Esta pensión especial de vejez que se reconoce a la madre o padre de hijo en condición de invalidez encuentra fundamento en el artículo 13 de la Carta Política, donde se impone al Estado la obligación de proteger de forma especial el ejercicio del derecho a la igualdad de las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Así como el artículo 47 que indica: “el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especial que requieran”. De ahí que la prestación especial es una forma de proteger prioritariamente a personas disminuidas físicas y sensorialmente, estableciendo una regla especial en punto de requisitos para obtenerla, pues se determina una excepción a la exigencia general de haber alcanzado una determinada edad, pues se pensiona el solicitante a cualquier edad siempre que cumpla con el mínimo de semanas exigido para acceder a la pensión de vejez.

De acuerdo a lo precedente, los requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez prevista en el inciso segundo del parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100, son: a) que la madre o padre trabajador de quien dependa el cuidado del hijo discapacitado, sea éste menor o adulto, haya cotizado al sistema de pensiones por lo menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para la pensión de vejez; b) que el hijo sufra una invalidez física o mental, debidamente calificada y; c) que la persona en condición de invalidez sea dependiente económica de su madre o padre. Para mantener este beneficio pensional: a) el hijo debe mantener su estado de discapacidad y debe conservarse la relación de dependencia económica con la madre o padre; y (b) la madre o padre pensionado debe permanecer por fuera del mercado laboral.

¹ Lo subrayado fue declarado exequible condicionalmente según sentencia C-989 de 2006 “en el entendido que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependen económicamente de él”.

² Aparte tachado declarado inexecutable según la sentencia C-227 de 2004.

En aras de verificar el cumplimiento de los presupuestos legales observa la Sala que se aportó el registro civil de nacimiento de Claudia Patricia Castiblanco Arias, en el que se constata que es hija del demandante (fl. 6). De la misma manera, se encuentra demostrado que mediante dictamen del 19 de abril de 2017 Claudia Patricia Castiblanco Arias fue calificada por el área de Medicina Laboral de Colpensiones con una pérdida de capacidad laboral del 95%, con fecha de estructuración el día de su nacimiento, esto es, el 7 de agosto de 1977, y con diagnóstico "RETRASO MENTAL GRAVE: DETERIORO DEL COMPORTAMIENTO DE GRADO NO ESPECIFICACO" (fls. 10 a 13).

Ahora, el escollo que encontró el a quo para el otorgamiento de la pensión especial se centra en que el actor no acreditó el número mínimo de semanas exigido por la norma; resultando acertada su posición en este aspecto. En efecto, basta con revisar la historia laboral de Castiblanco Fandiño para constatar que tan sólo completa 1.147,14 semanas de cotización en toda su vida laboral, siendo el último aporte realizado en enero de 2016; cuando la norma exige un mínimo de 1.300 semanas de cotización para ese año.

Frente a lo anterior, la parte actora solicita en su recurso de apelación que se inaplique el Acto Legislativo 01 de 2005 por afectar su expectativa legítima de pensión, y se acuda a la norma que se encontraba vigente antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003.

Para resolver dicha inconformidad, basta con señalar que el Acto Legislativo 01 de 2005 respetó no sólo los derechos adquiridos, esto es, aquellos que han ingresado definitivamente en el patrimonio de la persona, sino también las expectativas legítimas (sentencia SU-555 de 2014), tal como se lee en su parágrafo transitorio cuarto, en el que establece una regla de transición para garantizar la satisfacción de las expectativas legítimas de pensión, en los siguientes términos:

"Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

Así las cosas, pertinente resulta destacar que, contrario a lo señalado en la apelación, el actor nunca ha sido beneficiario del régimen de transición, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba tan sólo con 39 años de edad, dado que nació el 22 de agosto de 1954, conforme se establece con su cédula de ciudadanía visible a folio 2 del plenario, y acreditaba un total de 393,85 semanas. Por lo que resulta erróneo hablar en el presente asunto de una expectativa legítima que deba ser protegida, resultando completamente improcedente aplicar una normatividad anterior. Razón por la cual se confirmará la decisión absolutoria de primer grado.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso 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 no haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que el demandante 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 Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

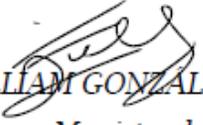
Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$200.000,00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese 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 MARTHA CECILIA HUÉRFANO CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), 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 parte demandada contra la sentencia del 10 de diciembre de 2020, 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

Martha Cecilia Huérfano, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Porvenir S.A., para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en su condición de compañera permanente supérstite de José Pedro Agustín Sanabria Abella, a partir del 14 de febrero de 2019; junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folio 16 del expediente, en los que en síntesis se indica que: convivió con José Pedro Agustín Sanabria Abella desde el 4 de junio de 2005 hasta la fecha de su deceso, ocurrido el 14 de febrero de 2019; el causante se encontraba afiliado al RAIS y en los 3 años anteriores al fallecimiento había cotizado más de 50 semanas; el 25 de febrero de 2019 reclamó ante la demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada con el argumento de no reunir los documentos necesarios para tal fin; el 11 de abril de 2019 se dirigió a las oficinas de Porvenir S.A. con toda la documentación, pero la asesora de la AFP accionada se negó a recibirla.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Porvenir S.A. en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 37 a 46); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de fallecimiento del causante, su afiliación al RAIS y el número de semanas cotizadas en los 3 años anteriores al deceso; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo de Porvenir S.A., cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por activa, 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, en la que condenó a Porvenir S.A. a reconocer y pagar a favor de la actora la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de José Pedro Agustín Sanabria Abella de manera vitalicia, a partir del 15 de febrero de 2019, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, por 13 mesadas al año, junto con los incrementos legales. Condenó a la AFP accionada a pagar por concepto del retroactivo pensional causado entre el 15 de febrero de 2019 y el 31 de diciembre de 2020 la suma de \$20.934.773,00, debidamente indexada. Absolvió de las restantes pretensiones; absteniéndose de imponer condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada interpone recurso de apelación argumentando que la actora no demostró la convivencia con el causante, por cuanto los testigos manifestaron que este último se mudó fuera de Bogotá. En caso de confirmarse la sentencia de primer grado, solicita que se autorice a realizar los descuentos en salud sobre el retroactivo adeudado. Asimismo, peticiona que se absuelva de la indexación de las sumas, por cuanto la actora no realizó reclamación pensional previo al proceso.

CONSIDERACIONES

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 demandada al momento de sustentar su recurso de apelación.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - COMPAÑERA PERMANENTE

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no existe discusión en cuanto a que José Pedro Agustín Sanabria Abella falleció el 14 de febrero de 2019, como da cuenta su registro civil de defunción (fl. 9) y dentro de los 3 años anteriores al deceso cotizó un total de 147 semanas en la AFP Porvenir S.A., conforme se establece con la Historia Laboral Consolidada (fl. 3).

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar si la señora Martha Cecilia Huérfano cumple los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama con ocasión al fallecimiento de José Pedro Agustín Sanabria Abella.

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.

Dados los anteriores derroteros, cumple destacar que en el presente asunto no se discute que a la fecha del deceso del señor José Pedro Agustín Sanabria Abella, la demandante acreditaba más de 30 años de edad, pues nació el 13 de julio de 1970, como da cuenta la copia de su registro civil de nacimiento (fl. 7). También está probado que el afiliado fallecido había cotizado más de cincuenta semanas en los tres años anteriores al infortunio, como ya se expuso; por lo que la Sala procede al estudio de los medios probatorios allegados a fin de determinar si la actora acredita su condición de compañera permanente supérstite.

Pues bien, la demandante al absolver interrogatorio manifestó que vivió con el causante en el barrio Santa Lucía y tenían planes de casarse. Dijo que conoció al de cujus a mediados del 2005 en el trabajo, se hicieron pareja y se fueron a vivir juntos ese mismo año; no tuvieron hijos. Agregó que la convivencia perduró durante más de 13 años.

Se recibió el testimonio de Angélica Alexandra Rubio Cruz, quien afirmó que la actora es su suegra y la conoce desde el año 2005. Añadió que la accionante tiene cuatro hijos; el padre de los dos mayores se llama Jairo Tibasosa, y el de los dos menores es Gioavny. Dijo que en el 2005 Martha Huérfano estaba soltera, pero

empezó a salir con Don Pedro y al poco tiempo éste se pasó a vivir con ella; lo cual le consta porque todos viven en la misma casa, aunque en diferentes apartamentos. Afirmó que el causante tiene dos hijos de un matrimonio anterior, y a veces los visitaba o ellos lo visitaban a él. Indicó que el afiliado fallecido era muy amoroso con la demandante, estaba muy pendiente de ella, le colaboraba con todos los gastos, estaba pendiente de sus hijos, siempre fueron una pareja muy unida. Aseguró Sanabria Abella era diabético y su estado de salud desmejoró cuando se fue a trabajar a Girardot, dos meses antes de su deceso, pero venía todos los fines de semana mientras terminaba el proyecto. Añadió que la promotora de la Litis cuidó al causante en su enfermedad las 24 horas del día.

El testigo Reinaldo Camargo, quien fue compañero de trabajo del causante entre el 2009 y 2010, y de la demandante a partir del 2012, afirmó que los conoció como pareja; que en los últimos años ellos convivían en el barrio Santa Lucía y que en una o dos ocasiones fue a visitarlos a su residencia. Dijo que el de cujus usualmente recogía a la accionante en su trabajo y solía llevarle detalles (dulces, ponqués). Dijo que Sanabria Abella estaba trabajando en Girardot y su estado de salud su agravó.

Por su parte, el testigo Maicol Andrés González, hijo de la demandante, y quien actualmente tiene más de 20 años, aseguró que el causante fue su padrastro, convivió con él y con su progenitora durante 13 o 14 años, hasta el momento del deceso. Agregó que su padre biológico se llama Giovany González, pero con él tiene una relación lejana y no recuerda durante cuánto tiempo convivió con su madre, porque estaba muy pequeño cuando se separaron (tenía 4 o 5 años). Dijo que fue el pensionado fallecido quien asumió el rol paterno, quien los apoyó de manera incondicional, y siempre estuvo pendiente de él y de su mamá; era el causante quien les celebraba los cumpleaños y quien se encargaba de proveer lo necesario en el hogar. Indicó que la accionante y el causante tenían planes de matrimonio, porque se amaban mucho; y que este último tuvo que irse a trabajar a Girardot porque no le salía trabajo en Bogotá, más o menos 3 o 4 meses antes del fallecimiento, y allí desmejoró su salud, aunque venía cada ocho días a visitarlos.

Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas, de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, es posible concluir que entre la accionante y José Pedro

Agustín Sanabria Abella existió una unión marital de hecho que se extendió desde finales del 2005 hasta la fecha de fallecimiento de este último, es decir, hasta el 14 de febrero de 2019. Y si bien en los meses previos al deceso no existió cohabitación bajo el mismo techo, esto obedeció a motivos de fuerza mayor, como lo fueron las circunstancias laborales que obligaron al causante a trasladarse a Girardot; sin que ello conduzca a que inexorablemente desaparezca la comunidad de vida de la pareja, ya que subsistieron los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, pues recuérdese que fue la actora quien acompañó y cuidó a Sanabria Abella en su enfermedad.

Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión apelada en este punto, en tanto condenó a la AFP accionada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la actora; siendo preciso adicionarla para 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).

INDEXACIÓN DE LAS SUMAS DEBIDAS

Otro de los reparos planteados por la pasiva en su recurso se centra en la improcedencia de la indexación de las sumas, aduciendo que la actora no realizó reclamación pensional previo a tramitar el presente proceso.

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

“ Con apoyo en la perceptiva (el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y el 19 del Código Sustantivo del Trabajo, se aclara), la jurisprudencia de la Sala Laboral de esta Corte, desde la referida sentencia del 18 de agosto de 1982, ha venido sosteniendo la posibilidad, de aplicar a los créditos de origen laboral, la corrección o actualización de la moneda. El soporte de esta doctrina ha sido varios: los principios del derecho del trabajo, en cuanto criterios de valoración inmanentes a esta rama del derecho, portadora, por antonomasia, de una intención cautelar y defensora de los precarios intereses del trabajador, en consideración a que es un sujeto que normalmente no

cuenta sino con su fuerza de trabajo para subsistir, enajenándola al empleador, la jurisprudencia, principalmente de la Sala Civil de esta Corporación, que desde un tiempo un poco anterior, enfrentó el análisis de la incidencia de la inflación en las obligaciones diferidas de carácter civil; en los principios de equidad y justicia, comunes, a no dudarlo, a todas las ramas del derecho y en particular a la laboral; en la consagración positiva de la corrección monetaria, en variados campos de la actividad civil en nuestro país, en la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, así como también en la escasa producción doctrinaria al respecto; en las normas reguladoras del pago, también indudablemente comunes al derecho ordinario y al trabajo, en cuanto a dicho monto de extinguir las obligaciones tiene que ver con todo tipo de éstas, cualquiera sea su origen; y, en fin, en los principios de enriquecimiento injusto y el equilibrio contractual, fundantes de la doctrina elaborada sobre el tema por la jurisprudencia civil, pero en ningún modo ajenos a los criterios del derecho laboral.”

Como en el caso estudiado a la actora se le reconocen unas mesadas pensionales causadas desde el año 2019, dichos valores deberán ser actualizados al momento en que se realice el pago del retroactivo por parte de Porvenir S.A.; razón por la cual se confirmará la decisión recurrida en este sentido.

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,

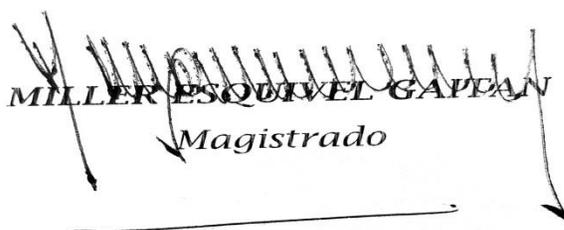
R E S U E L V E

Primero.- *Adicionar el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada, en el sentido de autorizar los descuentos que por los aportes en salud debe asumir la actora.*

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

Tercero.- *Sin costas en esta instancia.*

Notifíquese legalmente a las partes 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 JORGE ENRIQUE MARCIALES HESHUSIUS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), 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,

PROVIDENCIA

Se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.

A continuación, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 18 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Jorge Enrique Marciales Heshusius, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones, para que se condene a reliquidar su pensión de vejez teniendo en cuenta el IBL de toda su vida laboral; junto con los aumentos legales, los intereses moratorios, la indexación de las sumas, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folio 96 del expediente, en los que en síntesis se indica que: mediante Resolución GNR 306266 del 2 de septiembre de 2014 Colpensiones le reconoció pensión de vejez en cuantía inicial de \$2.907.667,00, efectiva a partir del 17 de abril de esa misma anualidad, teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años; acredita un total de 1.900 semanas de cotización, resultándole más favorable el IBL de toda la vida laboral; el 14 de junio de 2018 solicitó a la entidad de seguridad social accionada la reliquidación de su pensión, obteniendo respuesta negativa a través de la Resolución SUB 193781 del 21 de julio siguiente; contra la anterior decisión interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron resueltos mediante Resoluciones SUB 225848 del 24 de agosto de 2018 y DIR 16560 del 11 de septiembre de 2018, respectivamente, confirmando el acto administrativo recurrido.

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. 107 a 115). Aceptó la mayoría de los hechos, excepto que al actor le resultare más favorable el IBL de toda su vida laboral. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, 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. 132) en la que absolvió a

Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra; condenando en costas al demandante.

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, argumentando que la decisión tomada en la Resolución GNR 306266 del 2 de septiembre de 2014 se encuentra ajustada a derecho, estableciéndose que no se generaron valores adicionales a favor del pensionado.

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

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

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que mediante Resolución GNR 306266 del 2 de septiembre de 2014 Colpensiones reconoció a Jorge Enrique Marciales Heshusius una pensión de vejez a partir del 17 de abril de 2014, en cuantía inicial de \$2.907.667,00, teniendo en cuenta 1.900 semanas de cotización y un IBL de \$3.230.741,00, al que aplicó una tasa de reemplazo del 90%, con arreglo a las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, como beneficiario del régimen de transición (fls. 4 a 6).

Según lo precedente, es claro que para la obtención del IBL se debe acudir a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con “el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión” o toda la vida por tener más de 1250 semanas de cotización.

Bajo este entendido, considerando que las pretensiones de la demanda se centran en la determinación del IBL tomando en consideración lo cotizado en toda su vida

laboral, procede esta Colegiatura a efectuar las operaciones aritméticas pertinentes con apoyo del grupo liquidador designado por el Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta para el efecto el reporte de semanas cotizadas obrante en el C.D. de folio 121, en el cual se refleja que el IBL del actor durante toda su vida laboral, indexado al año 2014, asciende a \$4.343.786,91, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 90% arroja una mesada en cuantía inicial para el año 2014 de \$3.909.408,22, suma que resulta superior a la reconocida por Colpensiones en la Resolución GNR 306266 del 2 de septiembre de 2014; resultando procedente la reliquidación petitionada por el promotor de la Litis.

Ahora, previo a cuantificar el retroactivo adeudado sobre las diferencias pensionales causadas, se hace preciso estudiar la excepción de prescripción propuesta por la entidad de seguridad social accionada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en 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 y 151 del CPT y SS, dicha interrupción extrajudicial, es 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. Ahora, cuando de quien se pretende ciertos derechos sociales es una entidad pública, es necesario realizar la reclamación administrativa tal como lo exige el artículo 6º del CPT y SS, de donde se derivan dos situaciones: una, la interrupción de la prescripción y otra, la suspensión de la prescripción. Así, que el término prescriptivo empieza a contarse nuevamente una vez vencido el hecho que da lugar a la suspensión, esto es, el vencimiento del plazo de un mes que tiene la entidad para contestar o cuando se da contestación antes de este plazo, o cuando efectivamente da contestación al reclamo después de vencido el plazo de un mes según lo ha adoctrinado la Corte Constitucional (ver sentencia C-792 de 2006). Igualmente, debe puntualizar esta Sala que el término de prescripción solo puede empezar a contarse una vez el derecho es exigible, esto es cuando se cumplen los requisitos necesarios para acceder al mismo y el interesado debe elevar la correspondiente solicitud, si la entidad no la reconoce, tiene el derecho a promover la acción respectiva.

Acorde con lo anterior, verifica la Sala que mediante Resolución GNR 306266 del 2 de septiembre de 2014 Colpensiones reconoció a Jorge Enrique Marciales Heshusius una pensión de vejez a partir del 17 de abril de 2014 (fls. 4 a 6); pero fue sólo hasta el 14 de junio de 2018 que el actor reclamó ante la entidad de seguridad social accionada la reliquidación de su pensión de vejez (fls. 28 a 31), la cual fue negada a través de Acto Administrativo SUB 193781 del 21 de julio de 2018 (fls. 33 a 38). De igual manera, debe considerarse que la demanda se radicó el 16 de octubre de 2018 (acta de reparto, fl. 162); por lo que es claro que se encuentran prescritas las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 16 de octubre de 2015.

CUANTIFICACIÓN DEL RETROACTIVO

Una vez efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, encuentra la Sala que el retroactivo adeudado sobre las diferencias pensionales causadas entre el 16 de octubre de 2015 y el 30 de abril de 2021, asciende a la suma de \$87.828.560,22, como a continuación se detalla:

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	N°. Mesadas	Subtotal	
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 3.909.408,22	\$ 2.907.667,00	\$ 1.001.741,22	0,00	PRESCRITOS	
16/10/15	31/12/15	3,66%	\$ 4.052.493,00	\$ 3.014.087,61	\$ 1.038.405,39	3,50	\$ 3.634.418,9	
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 4.326.847,00	\$ 3.218.141,34	\$ 1.108.705,66	13,00	\$ 14.413.173,5	
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 4.575.641,00	\$ 3.403.184,47	\$ 1.172.456,53	13,00	\$ 15.241.934,9	
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 4.762.785,00	\$ 3.542.374,72	\$ 1.220.410,28	13,00	\$ 15.865.333,7	
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 4.914.242,00	\$ 3.655.022,23	\$ 1.259.219,77	13,00	\$ 16.369.857,0	
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 5.100.983,00	\$ 3.793.913,08	\$ 1.307.069,92	13,00	\$ 16.991.909,0	
01/01/21	30/04/21	1,60%	\$ 5.182.599,00	\$ 3.854.615,69	\$ 1.327.983,31	4,00	\$ 5.311.933,3	
Total retroactivo diferencias pensional								\$ 87.828.560,22

Para tal efecto, se autorizan los descuentos que por los aportes en salud debe asumir el pensionado 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

Debe precisar la Sala que ha sido posición reiterada la procedencia de los intereses moratorios cuando la pensión es reconocida con aplicación del régimen

de transición y tiene su origen o fuente legal en los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, con arreglo en lo previsto en el artículo 31 de la ley 100 de 1993, como acontece en el presente asunto; tal como se explicó en sentencia del 15 de mayo de 2008, radicación 33233, al reiterar las sentencias de 24 de febrero de 2005, radicación 23759, reproducida luego en la de 14 de agosto de 2007, radicación 29739.

Ahora, sobre la causación de los 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). Por tanto, cuando se reconoce y paga tardíamente la pensión, o cuando se otorga de manera incompleta dando lugar a un reajuste pensional, como en el caso que nos ocupa, dado que el promotor de la acción viene reclamando la reliquidación 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 diferencias pensionales adeudadas.

Así, como el actor reclamó el reconocimiento de su pensión de vejez el 21 de abril de 2014, según se observa a folio 4 del plenario (fl. 4), es claro que sólo puede hablarse de mora en el pago de las diferencias pensionales a partir del 22 de agosto de 2014, esto es, vencidos los cuatro meses que tenía la entidad de seguridad social para resolver, conforme lo previsto en el artículo 9º de la ley 797 de 2003; sin embargo, no puede pasarse por alto que aquellos intereses moratorios causados con anterioridad al 16 de octubre de 2015 se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo; por lo tanto, su reconocimiento sólo procede a partir de esta última fecha, sobre las diferencias pensionales adeudadas, y hasta que se acredite el pago de la obligación.

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 la sentencia consultada para, en su lugar, condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a reconocer y pagar la reliquidación de la pensión de vejez otorgada a Jorge Enrique Marciales Heshusius, teniendo en cuenta como monto de la mesada inicial a partir del 17 de abril de 2014 la suma de \$3.909.408,22.

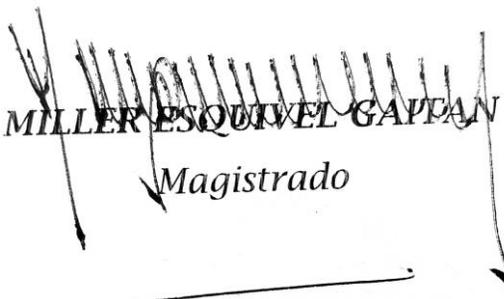
Segundo.- Declarar prescritas las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 16 de octubre de 2015.

Tercero.- Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar al accionante la suma de \$87.828.560,22, correspondiente al retroactivo sobre las diferencias pensionales causadas entre el 16 de octubre de 2015 y el 30 de abril de 2021, y las que en lo sucesivo se generen; autorizando a la demandada a realizar los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud.

Cuarto.- Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar al actor los intereses moratorios causados a partir del 16 de octubre de 2015, sobre las diferencias pensionales adeudadas, y hasta que se acredite el pago de la obligación.

Quinto.- Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta. Las costas de primer grado estarán a cargo de la demandada.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

Salvo voto parcial
(Intereses moratorios)



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 JORGE ENRIQUE BARRETO YEPES CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), 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 de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 29 de julio de 2020, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

DEMANDA

Jorge Enrique Barreto Yepes, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones, Porvenir S.A. y a Colfondos S.A., para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión de las AFP accionadas en su deber de

información. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos financieros contenidos en su cuenta de ahorro individual. De igual manera, se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 58 a 63 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 23 de febrero de 1961; actualmente cuenta con 1.154 semanas de cotización; en febrero de 1987 inició a realizar aportes al ISS; en mayo de 1994 fue abordado por un asesor de Colfondos S.A. quien lo persuadió, con información errada y sin ningún tipo de asesoría profesional en la materia, para que realizara el traslado de régimen pensional; dicho asesor le infundió miedo diciéndole que el ISS se acabaría y todos sus aportes se perderían, también le informó que le sería más conveniente para su futuro trasladarse al RAIS; el asesor de la época no le realizó una proyección pensional; en mayo de 2003 se trasladó a Porvenir S.A.; el 19 de octubre de 2018 solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen pensional, obteniendo respuesta negativa ese mismo día.

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. 126 a 162); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, la reclamación presentada por éste y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al 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.

Por su parte, Colfondos S.A. contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda (fls. 107 a 123); frente a los hechos aceptó las fechas de nacimiento del actor y del traslado de régimen pensional; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó

inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y la innominada o genérica.

A su turno, Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 188 a 216). No aceptó los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

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. 316) en la que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, con destino a Colfondos S.A., el 21 de abril de 1994, incluidos los traslados entre AFP. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración. Condenó a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros recaudados por concepto de gastos de administración. Condenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y a actualizar la historia laboral del demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las AFP demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. interponen recursos de apelación, así: Porvenir S.A. argumentó que Colfondos S.A. cumplió con su deber de información, tal como estaba vigente en el año 1994. Agregó que el actor es una persona profesional (Ingeniero) con condiciones académicas para entender las implicaciones de su decisión, y que no cumplió con su obligación como consumidor financiero de informarse sobre tales implicaciones. Indicó que el accionante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS al realizar traslados entre administradoras y que el desconocimiento de la ley no es excusa. Dijo que en el año 1994 no existía norma que

contemplara la ineficacia del traslado en casos de omisión en el deber de información, y que siempre ha actuado de buena fe. Añadió que no es procedente devolver los gastos de administración, ya que estos se causaron por la buena administración de los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual, generando importantes rendimientos financieros; y en el caso de las primas del seguro previsional, las mismas ya fueron trasladadas a las aseguradoras. Por último, afirmó que la prescripción sí es aplicable en el presente asunto, pues la ineficacia del traslado no está directamente relacionada con el derecho pensional y, en todo caso, sí debe declararse frente a la devolución de gastos de administración y las primas de seguro previsional. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.

Por su parte, Colpensiones aseguró que no es posible aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al presente caso, toda vez que la motivación de la demanda es el inconformismo del actor frente al monto de su mesada pensional. Dijo que la declaratoria de ineficacia del traslado generaría una descapitalización en el RPMPD y que el demandante no cumplió con el principio de solidaridad, ya que en la mayoría de su historia laboral no cotizó con Colpensiones. Por último, señaló que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

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

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

A C L A R A C I Ó N P R E V I A

Previamente, la Sala considera necesario referirse a una de las inconformidades planteadas por Colpensiones en su recurso, que no es otra que la referente a la restricción de traslado de la parte demandante, debido a que 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 al ser un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 60 años de edad, acorde con la información consignada en su historia laboral (fl. 22); sin embargo, la Corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia del traslado realizado el 21 de abril de 1994, 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 de 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, al ser 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 "las AFP accionadas omitieron cumplir con su deber de información", es un hecho indefinido negativo que invierte 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 distinciones de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que debió dar la AFP Colfondos S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 21 de abril de 1994. Precizando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte afirmó que es Ingeniero Químico; que en mayo de 1994 trabajaba en Bavaria, hasta donde llegaron unos asesores de Colfondos quienes, en una reunión grupal, le dijeron que los dineros que quedarán de su pensión podrían ser heredados, que el fondo privado era más estable, que el ISS se iba a acabar y que en el RAIS su mesada pensional sería buena.

El Representante Legal de Colfondos S.A., al absolver interrogatorio de parte, aseguró que la única prueba de la información brindada al demandante es el formulario de afiliación.

La Representante Legal de Porvenir S.A. al absolver interrogatorio de parte indicó que no cuenta con prueba de la información brindada al accionante.

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 Colfondos 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 del demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 125 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 “declaro bajo juramento que realizo en forma voluntaria, libre y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual con solidaridad” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Colfondos 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 125 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como defensa la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Tampoco son de recibo para la Sala los argumentos relativos a que, dado el nivel profesional que ostenta el demandante, no puede predicarse una situación de engaño al momento de la afiliación, con ello nada se garantiza con el grado de conocimiento profesional del afiliado, cuando es un lego respecto de los temas pensionales.

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.

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, porque 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.

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 a su estado original; sin que pueda dársele ningún tipo de validez al movimiento entre administradoras del RAIS; asimismo, 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

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 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 el demandante, por lo que no es de recibo la tesis planteada por 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 las sumas destinadas al 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 del demandante.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por las accionadas relativos a que la ignorancia de la ley no es excusa y 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.

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 las AFP accionadas, 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, 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 el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, 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 Colpensiones y Porvenir S.A. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 a cargo de cada una de las apelantes por concepto de agencias en derecho de esta instancia.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GAPPAN~~
Magistrado

~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado