

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS ALBERTO FUENTES FUENTES CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) día de octubre 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 del 9 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia; y en el grado jurisdiccional de consulta respecto de las condenas impuestas a Colpensiones que no fueron objeto de recurso.

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

DEMANDA

Carlos Alberto Fuentes Fuentes, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene al reconocimiento y pago de la sustitución pensional, en su condición de

compañero permanente de Hernando Ospina, a partir del 25 de agosto de 2018; junto con los intereses moratorios, los incrementos legales, y, las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 3 a 5 del expediente, en los que en síntesis se indica que: el otrora ISS reconoció pensión de vejez a Hernando Ospina, a partir del 14 de junio de 1984, prestación que para el 25 de agosto de 2018, data en la que falleció el entonces pensionado, equivalía a \$1.764.296; convivió en unión libre con el de cujus desde noviembre de 2006 y hasta su muerte sin que mediara separación alguna; durante la relación persistieron los deberes socorro y ayuda mutua; el extinto compañero propendía la manutención de la pareja con el dinero que percibía de la pensión, toda vez, que Fuentes Fuentes no recibía ingreso alguno con ocasión a su fuerza de trabajo, dado que se dedicaba a las labores del hogar; la única familia del óbito es la señora Graciela Giraldo Ramírez, prima de crianza, de quien hoy se encarga, ya que tiene 94 años de edad, y no cuenta sustento alguno, aunado a que, con motivo del vínculo familiar de aquella con el jubilado, el demandante asumió el cuidado de la mencionada señora, una vez falleció Ospina, pues los tres residían en el mismo domicilio; acudió a la administradora del RPMPD a reclamar la sustitución pensional, pero la entidad negó la prestación a través de la resolución SUB 318228 del 5 de diciembre de 2018, acto administrativo que fue objeto de los recursos de reposición y apelación, los cuales, al ser desatados confirmaron la decisión 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. 109 a 117); aceptó la calidad de pensionado en vida del occiso, la petición de sustitución pensional elevada por el demandante, la negativa de la entidad comunicada por medio de los actos administrativos, debido a que por medio de la investigación administrativa se estableció que existía una relación de trabajo entre Hernando Ospina y Carlos Alberto Fuentes Fuentes, sobre los restantes dijo no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo de inexistencia del derecho y de la obligación,

improcedencia de intereses moratorios e indexación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción 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 (CD fl. 167), en la que declaró al demandante, en su calidad de compañero permanente como beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en consecuencia, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a partir del 25 de agosto de 2018 en cuantía inicial de \$1.764.296, por 14 mesadas al año, con los reajustes anuales de conformidad al artículo 14 de la ley 100 de 1993; condenó a la administradora al pago de \$70.037.512 por concepto de mesadas pensionales causadas del 25 de agosto del 2018 al 31 de mayo del 2021, cifra de la que autorizó a descontar el porcentaje correspondiente en salud; declaró no probadas las excepciones denominadas inexistencia del derecho y de la obligación, improcedencia de intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción; e impuso costas en cuantía de 2 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones la recurre en tanto no procede de manera simultánea las condenas de indexación e intereses moratorios; aunado a lo anterior, estima además que el pago del retroactivo pensional y los intereses moratorios o la indexación no proceden desde el 25 de agosto de 2018, ya que la declaración de la unión marital de hecho de los compañeros permanente se realizó el 5 de diciembre de 2019, esto es, con posterioridad a la fecha en la Colpensiones negó la prestación pensional; finalmente solicita se revise el cálculo del retroactivo pensional y los intereses moratorios.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de Colpensiones y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan a Colpensiones.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES -COMPAÑERO PERMANENTE

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no existe discusión en cuanto a que mediante Resolución 827 del 20 de febrero de 1986 el ISS reconoció a Hernando Ospina una pensión de vejez, en cuantía inicial de \$41.207, efectiva a partir del 14 de junio de 1984 (fls.41). De igual manera, se encuentra acreditado que Ospina falleció 25 de agosto de 2018, como da cuenta su registro civil de defunción (fl. 17); y que a través de Resoluciones SUB 318288 del 5 de diciembre de 2018, SUB 33337 del 6 de febrero de 2019 y DPE del 28 de febrero de 2019, Colpensiones negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes al aquí reclamante, al considerar que no acreditó un mínimo de 5 años de convivencia con el pensionado fallecido.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar si Carlos Alberto Fuentes Fuentes cumple los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama con ocasión al fallecimiento de Hernando Ospina. Pues bien, considerando la data del deceso del causante, 25 de agosto de 2018 (fl. 17), es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, cuyo tenor es:

“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 [...].”¹

¹ *Las expresiones 'compañera o compañero permanente' y 'compañero o compañera permanente' el la totalidad del texto de este artículo (en letra itálica) declarados CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-336-08 de 16 de abril de 2008, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, 'en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente, las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la Sentencia C-521 de 2007, para las parejas heterosexuales'.*

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

De conformidad con la norma atrás citada, para la fecha del deceso del causante correspondía el derecho al reconocimiento y pago de la pensión bien al cónyuge supérstite o al compañero permanente, siempre y cuando acreditaran más de 30 años de edad y haber convivido con el pensionado durante por lo menos 5 años anteriores a su muerte.

Establecido lo anterior, cumple destacar que en el presente asunto no se discute que, a la fecha del deceso de Hernando Ospina, Carlos Alberto Fuentes Fuentes acreditaba más de 30 años de edad, teniendo en cuenta que su fecha de nacimiento es el 6 de abril de 1970, conforme se establece con la copia del registro civil de nacimiento, obrante en el expediente (fl. 19); por lo que la Sala procede al estudio de los medios probatorios allegados a fin de determinar la existencia o no de la convivencia alegada por el demandante.

Obra en el expediente facturas de gastos exequiales a nombre del demandante, y con ocasión al deceso de Hernando Ospina (fls. 44 y 45), historia clínica del causante entre el 2 de marzo de 2012 y el 30 de mayo de 2018 (fls. 46 a 67), en la que se dejó constancia por los galenos tratantes de Ospina, que aquel era acompañado por Fuentes Fuentes, anotándose en varios apartes del referido documento que el demandante era el “acudiente”, “familiar”, “amigo” y “cuidador”, del entonces pensionado; citación a la inspección del trabajo tanto al actor como al hoy difunto, en calidad de empleadores de la señora Claudia Milena Córdoba Carvajal el 16 de mayo de 2017, boleta que se dirigió al mismo domicilio para los dos (fl. 71); certificado de censo expedido por el DANE el 12 de julio de 2018 y en el que se anota a Hernando

Ospina como cabeza de hogar y como “demás miembros de este hogar presentes durante la entrevista censal” el señor Carlos Alberto Fuentes Fuentes y Graciela Giraldo Ramírez. También se incorporó la declaración extrajuicio rendida por el actor en la que expresó “conviví 11 años y 9 meses desde el mes de noviembre de 2006 hasta el 25 de agosto de 2018 en unión libre con el señor Hernando Ospina” (fl. 91), así como, las declaraciones extraprocesales de los señores Olga Cecilia Plazas Serna (fl. 93), Luis Eduardo Mojica Cáceres (fl. 95), Eva Inés Banguera Montaña (fl. 96), Luz Amparo Lemus Alegría y Dalila Betancourt Osorio (fl. 98), quienes manifestaron que conocieron a la pareja conformada por Ospina y Fuentes Fuentes, por espacio de 12, 11 y 5 años.

Así mismo, milita copia auténtica de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá del 5 de diciembre de 2019, en la que se declaró que “entre Carlos Alberto Fuentes Fuentes y Hernando Ospina, existió una unión marital de hecho desde el 1º de noviembre de 2006 hasta el 25 de agosto de 2018” (fls. 132 a 136 y C.D. fl 159) y los registros civiles de los compañeros con la respectiva nota marginal (fls. 131 y 137).

El demandante al absolver interrogatorio manifestó que conoció a Hernando Ospina en el año 2005, luego el entonces pensionado en noviembre del 2006 le propuso que convivieran, y desde esa fecha y hasta el día de hoy vive en Torres del Parque, en donde ambos residieron en compañía de la señora María Graciela Giraldo Ramírez, quien es una prima de crianza del difunto, quien no tenía más familia; en una época en esa misma vivienda, residió la señora Stela Jaramillo Hoyos, pero ella falleció en el año 2012; con motivo de una acción de tutela que impetró, tuvieron dos enfermeras Eva y Amparo, además de la persona que les ayudaba con la limpieza del apartamento; aseguró que Ospina lo presentaba con los amigos de confianza como su compañero/ pareja debido a que ambos eran muy discretos, por eso pocos amigos sabían, la relación de pareja era en el apartamento, no era demostrada en la calle; siempre acompañó a su pareja -la del interrogado- a las citas médicas; al funeral acudieron los amigos, además de las enfermeras y la trabajadora de servicio doméstico; antes del deceso estuvo internado en el Hospital San Ignacio en varias oportunidades, también consumía una dieta especial y recibía terapia física, el deterioro en la salud del compañero empezó en 2017; en la actualidad se dedica al cuidado de Giraldo Ramírez puesto que tiene más de 90 años, cubre los gastos de los dos con un dinero y unas acciones a las que accedió luego de la declaración de la unión marital.

Se recibieron los testimonios de **Dalila Betancourt Osorio** quien dijo conocer al demandante desde el año 2013 y a Hernando Ospina desde el 2017, cuando la contrató para realizar el aseo del apartamento, así que empezó a trabajar por días y luego de 6 meses quedó fija todos los días, prestando servicios hasta el 15 de febrero de 2019, ya que, luego de la muerte de Hernando, Carlos Alberto no pudo seguir pagándole; los conoció siempre en el mismo apartamento; eran pareja, ellos compartían la cama, la habitación y todo lo tenían allí; Fuentes Fuentes permanecía pendiente de la ropa, comida y estado de salud de Hernando; en la unidad residencial habitan el hoy demandante, el entonces pensionado Ospina y Graciela, no conoció familia diferente del occiso, a unos conocidos y las enfermeras que los frecuentaban; el de cujus era el que se encargaba de sufragar todos los gastos del hogar; **Olga Cecilia Plazas Serna**, manifestó que a los 8 o 10 años de edad conoció al extinto pensionado, mientras que a Carlos lo conoció en el año 2006, sabe que eran pareja porque Hernando le contó; los compañeros vivieron con dos primas de crianza de Ospina, de las cuales una aún se encuentra con vida; estaban radicados en Torres del Parque; el difunto no tenía familia, nunca se casó, tampoco tuvo hijos, tenía algunos amigos del Tolima que eventualmente lo visitaban; los gastos funerarios los cubrió Carlos Alberto, en la actualidad él cubre los gastos de Graciela; no fue al funeral debido a que estaba fuera del país, normalmente viaja mucho, pero cuando estaba en Colombia, visitaba a los compañeros permanentes cada ocho o quince días.

A su vez, **Luis Eduardo Mojica Castro** expuso que conoció al accionante por medio de Lucy Fuentes, sabe que Carlos Alberto dejó el hogar que compartía con sus hermanos más o menos en el 2005 y luego de eso supo que vivía con Hernando, a causa de que Lucy pedía le favor de que la acompañara a visitar a Carlos Alberto quien es el hermano de ella, sin que desde entonces le conociera otra pareja; no acudió al funeral, toda vez, que no lo “invitaron”. Por último, **Eva Inés Barguera Montaña** comunicó que es auxiliar de enfermería, que conoció a la pareja en el año 2013 como enfermera domiciliaria tres veces a la semana, primero laboró de manera particular y luego con motivo de una acción de tutela, por medio de Innovar desarrolló la labor, desarrollando su oficio durante más de 5 años en las noches, turno en el que le cambiaba el pañal y le hacía cambio de posición con ayuda de Carlos Alberto quien era la persona que estaba pendiente de Hernando de día y de noche; incluso señaló “don Hernando dijo que Carlos era su amigo con derechos y me causo risa porque yo dije ¿cómo así? Y él dijo: sí, él es mi amigo especial, mi amigo con derechos y pues sí, no es nada raro que uno vea la ropa de dos personas juntas, que pendiente todo el tiempo y dormir

juntos”, Ospina también le manifestó que eran pareja desde 2006; la relación era pública delante de ella, no sabe si era igual en la calle; al funeral no fueron familiares.

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 el accionante y Hernando Ospina existió una unión marital de hecho que se extendió desde el 1º de noviembre de 2006 hasta la fecha de fallecimiento de este último, es decir, hasta el 25 de agosto de 2018, tal como se declaró en la sentencia emitida por el juez de familia y lo ratificado por las pruebas aquí decretadas, por lo que es claro que desde la última fecha se debe cancelar el retroactivo pensional.

Sobre el particular, no es de recibo para la Sala el argumento de Colpensiones, respecto de que la condena del retroactivo pensional debe partir de la declaración de la unión marital de hecho por el juez de familia, ya que el reconocimiento de la sustitución pensional se da desde el fallecimiento del causante (art. 13 ley 797 de 2003) y mantener así la continuidad de la prestación. Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión apelada en este punto.

INTERESES MORATORIOS - INDEXACIÓN

Otro de los reparos planteados por la pasiva en su recurso se centra en la improcedencia de la indexación de las sumas, debido a que se impuso condena de intereses moratorios. En este punto hay que aclarar que, pese a que, dentro de la parte considerativa de la sentencia apelada y consultada, se estudió éste último rubro, concluyendo su procedencia, en la resolutive nada se dijo de ello, por tanto, se adicionará el proveído en este punto, tanto que la demandada controvirtió esta condena.

Para resolver lo pertinente, basta con indicar se ordenó el pago de los reajustes anuales, cuya vocación es el incremento del valor de la mesada año a año para que la prestación no pierda poder adquisitivo, mientras la indexación lo que busca es traer a valor presente aquellas sumas de dinero que no se cancelaron en tiempo, y que sufrieron por ende, una depreciación, por tanto, no se condenó a la indexación.

Ahora, 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, como en el caso que nos ocupa, dado que la promotora de la acción viene reclamando el reconocimiento y pago de su pensión y la entidad demandada se ha negado a su reconocimiento, procediendo a ordenarlo a través de este proceso, resulta viable ordenar el pago de los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales adeudadas.

*Así, como el actor reclamó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 10 de octubre de 2018, según se observa a folio 20 del plenario, es claro que sólo puede hablarse de mora en el pago de las mesadas pensionales a partir del 10 de diciembre de 2018, esto es, vencidos los dos meses que tenía la entidad de seguridad social para resolver, conforme lo previsto en el artículo 1º de la ley 717 de 2001; fecha a partir de la cual se encuentra en mora de reconocer y pagar la pensión al actor, sin embargo, como la falladora de primer grado determinó que debían correr a partir del **10 de febrero de 2019**, situación que no fue objeto de recurso en la alzada, deberá entonces Colpensiones reconocer los intereses moratorios a partir de esta última fecha.*

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 en el sub examine el derecho se causó el 25 de agosto de 2018 (fl. 20), la demanda se presentó el 28 de marzo de 2019 (acta de reparto, fl. 105); por lo que es claro que las mesadas pensionales aquí reconocidas no se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo.

RETROACTIVO PENSIONAL

Reclama la parte demandada la revisión del retroactivo pensional. En efecto, encuentra la Sala que la liquidación de folios 170 y 171, que complementa la decisión de primera instancia, presenta un error, en tanto, se liquida de nuevo la prestación pensional de Hernando Ospina, dándole fecha de efectividad a partir de 2011, cuando aquella se reconoció desde 1984. Aunado, a que lo único que debía tener en cuenta para la sustitución pensional, es la mesada del año 2018, la cual está plenamente establecida (fls. 27 y 39), ya que, desde esta data opera dicho derecho.

Realizados los cálculos aritméticos de rigor se tiene que el retroactivo pensional a 31 de mayo de 2021 asciende a \$70.714.007,20, esto es, \$676.495,02, más a lo aplicado por a quo, así que al no haber sido apelada por la parte actora y en aras de no hacer más gravosa la situación al único apelante se mantendrá la condena.

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.- Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de condenar a Colpensiones a reconocer y pagar los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 10 de febrero de 2019, sobre las mesadas causadas desde el 25 de agosto de 2018, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

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

Tercero.- Costas de la instancia a cargo de la recurrente. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL - MAGISTRADO: DR. MILLER ESQUIVEL GAITAN RADICADO: 110013105021201923601 DEMANDANTE : CARLOS FUENTES DEMANDADO: COLPENSIONES			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el retroactivo pensional e interes de mora según instrucciones del despacho.			

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
25/08/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.764.296,00	5,20	\$ 9.174.339,2
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.820.401,00	14,00	\$ 25.485.614,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.889.576,00	14,00	\$ 26.454.064,0
01/01/21	31/05/21	1,61%	\$ 1.919.998,00	5,00	\$ 9.599.990,0
Total retroactivo					\$ 70.714.007,20

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 BERNARDO EUGENIO VELA ORBEGOZO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de octubre 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,

A U T O

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

De igual manera, se reconoce personería a la Dra. Gladys Marcela Zuluaga quien se identifica con la C.C. No 32.221.000 y T. P. No. 298.961 del CSJ como apoderada judicial la AFP Protección S.A., en la forma y para los efectos del poder general conferido.

Notifíquese.

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 18 de marzo de 2021, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia; y en el grado jurisdiccional de consulta respecto de las condenas impuestas a Colpensiones que no fueron objeto de recurso.

ANTECEDENTES

DEMANDA

*Bernardo Eugenio Vela Orbegozo, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A., para que se declare que los fondos de pensiones incumplieron el deber de información y por tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional, en consecuencia, se condene a Protección S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad del dinero ahorrado en la cuenta individual, y a ésta última a tenerlo como afiliado, además de reconocer y pagar la pensión una vez cumpla los requisitos pensionales para ello. De igual manera, lo ultra y extra petita y las costas del proceso. **Subsidiariamente**, pidió se declare la nulidad del cambio de régimen pensional.*

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 2 a 6 (archivo 002. C.D. fl. 2), en los que en síntesis se indica que: nació el 23 de octubre 1958, por lo que a la presentación de la demanda tenía 61 años; desde que inició su vida laboral en 1990 cotiza al RPMPD al que cotizó 392 semanas, del que se trasladó de manera efectiva el 1º de diciembre de 1999 a Porvenir S.A., fondo de pensiones que por medio de información incompleta lo llevó a firmar el formulario de cambio de régimen, puesto que no se le manifestó sobre las consecuencias negativas de la decisión, los diferentes escenarios de pensión en cada uno de los regímenes, la posibilidad de retractarse de la decisión, debido a que era un afiliado lego, incluso se afirmó que el ISS se iba a acabar y que no habría quien respondiera por la pensión; suministró la información necesaria para el diligenciamiento del formulario de afiliación; además de lo anterior no se le comunicó nada acerca de la prohibición contenida en el artículo 2º de la ley

797 de 2003; el 1º de abril de 2005 se hizo efectivo el cambio de AFP a Protección S.A., fondo de pensiones que también incumplió el deber de información; elevó peticiones ate todas las demandas para que anulara el ato de traslado; finalmente, pese a que la base salarial con la que ha cotizado los últimos 10 años corresponde a \$11.111.064, la proyección pensional elaborada por Protección S.A., arroja como primera mesada pensional la suma de \$1.164.031.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Protección S.A. dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo en el que se opuso a las pretensiones incoadas (C.D. fl. 2 archivo 09.); en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la demandante y su afiliación a Santander hoy Protección S.A; la solicitud elevada y el valor de la primera mesada pensional, en cuanto a los demás manifestó que no le constan y no son ciertos. De fondo propuso las excepciones enlistadas como inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPs convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (C.D. fl. 2 archivo 10.); en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la actora, su afiliación al ISS antes de trasladarse al RAIS, y la reclamación administrativa. Sobre los restantes manifestó que no le constan o no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

En auto del 8 de abril de 2021 (C.D. fl. 2 archivo 12.) se tuvo por no contestada la demanda a Porvenir S.A.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 2 archivo 18) en la que declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el actor al RAIS, materializado el 1º de diciembre de 1999, a través de Porvenir S.A.; declaró válidamente afiliado al demandante al Colpensiones. En consecuencia, condenó a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos causados, junto con los los gastos de administración debidamente indexados al momento en que se materialice el traslado de los recursos; condenó a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, a través de Protección S.A. los gastos de administración debidamente indexados al momento en que se materialice el traslado de los recursos; condenó a Colpensiones a recibir los dineros y actualizar la historia laboral del señor Vela Orbegozo; declaró no probadas las excepciones; y condenó en costas a Porvenir S.A..

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir S.A. la recurre pues no está de acuerdo en la decisión de declarar la ineficacia ni mucho menos a la devolución de los gastos de administración, debido a que el actor aceptó el cambio de régimen por medio de la rúbrica del formulario de afiliación, el cual es un documento auténtico; cuando se le obliga a aportar pruebas diferentes al formulario de afiliación, se le impone una carga que no está obligada a soportar, ya que para la fecha del traslado no se le exigía que guardara soporte de la información suministrada a los afiliados, no se niega el deber de información, pues aquel si estaba contenido en la ley 100 de 1993, sino la carga probatoria adicional; no es admisible que la declaración de la ineficacia sólo traiga beneficios al demandante, quien conserva los rendimientos, mientras que la administradora debe devolver los gastos de administración, si las cosas se restituyen en el mismo estado, no tiene

derecho a los rendimientos, lo que causa un enriquecimiento sin causa, debido a que el RPMPD no causa fruto alguno; los dineros pagados a las aseguradoras no financian la pensión, y en todo caso sobre estos operó la prescripción ; debe condenarse en costas también a las otras dos demandadas.

Protección S.A. solita se revoque la condena correspondiente a la devolución de los gastos de administración, debido a que estos operan por mandato de la ley 100 de 1993, para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia; debe analizarse que los regímenes son diferentes y que en el RPMPD no se causan ganancias.

Colpensiones considera que la demandante manifestó su voluntad de permanecer en el RAIS con las cotizaciones que efectuó a ese régimen durante más de 15 años, además de los traslados horizontales en ese régimen; se omitió que el actor se encuentra inmerso en la producción de la ley 797 de 2003; el ordenamiento jurídico no tenía obligaciones de información al momento en que se suscribió el traslado de régimen, lo único exigido era la rúbrica del formulario de afiliación.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia, en la que pidió revocar totalmente la sentencia, en razón a que el afiliado nunca se preocupó por conocer aspectos relevantes respecto del cambio de régimen, lo que denota su negligencia; los gastos de administración y primas de seguro, no pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales debido a que no financian la pensión de vejez.

A su vez, Colpensiones reiteró lo expuesto en el recurso de apelación a través de los alegatos.

Por último, Protección S.A. señaló que para los dineros correspondientes al cobro del 3% destinado para comisión de administración y para primas de seguro previsional, operó el fenómeno de la prescripción, debido a que su descuento es periódico.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación y en los alegatos a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPM conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 63 años de edad, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía fl. 57 (C.D. fl. 2 archivo 002); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 2 de mayo de 1994 efectivo a partir del 1° de junio del mismo año a la AFP Porvenir S.A. fl. 42 (C.D. fl. 2 archivo 09) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en el recurso en este punto.

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

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la

prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "La AFP PORVENIR, nunca le informó (...) las implicaciones que tendría el cambio de régimen pensional", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

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

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

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a

los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la **AFP Porvenir S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 2 de mayo de 1994 efectivo a partir del 1º de junio del mismo. fl. 42 (C.D. fl. 2 archivo 09). Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*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 visible en el folio 34 (C.D. fl. 2 archivo 02) y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la **AFP Porvenir S.A**, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el folio 34 (C.D. fl. 2 archivo 02) se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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

“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar

suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

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

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotora es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.

En cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga procesal del artículo 167 del CGP, carga que la AFP Porvenir S.A. no cumplió en el presente asunto, pues, pese a que fue notificada en legal forma, n dio contestación a la demanda.

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

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

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; lo que implica la devolución de los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora, con los rendimientos generados, así como los dineros descontados por concepto de seguro previsional, que, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. Razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado, en este aspecto, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003).

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 Protección S.A. y Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, 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.

No puede considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Ahora, en atención a que se ordenó en primera instancia la devolución de los gastos de administración de Porvenir S.A. a Colpensiones, por medio de Protección S.A., se modificará el ordinal cuarto, para que en su lugar las sumas que en su momento cobró la AFP Protección S.A. en razón de la afiliación de la activa, sean transferidos de manera directa a la administradora del régimen de prima media.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en cuanto al motivo de inconformidad de Porvenir S.A. respecto a que no se condenó en costas a las demás demandadas, basta con indicar que esa absolucón perjudica al demandante, quien debió recurrir la decisión y no lo hizo, mostrándose de acuerdo con la misma, por lo que no resulta legítimo que lo haga una de las enjuiciadas.

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.- Modificar el ordinal cuarto de la sentencia apelada y consultada para, en su lugar, ordenar a Porvenir S.A. el traslado de lo descontado por gastos de administración se realice directamente a Colpensiones.

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

Tercero.- Costas de la instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. 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 MARÍA LUCIA RESTREPO OSSA CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de octubre 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 proferida el 25 de agosto de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

María Lucia Restrepo Ossa, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, para que se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP" a reconocerle y pagarle la pensión de sobrevivientes a partir del 2 de octubre de 1991, en su calidad de cónyuge supérstite, indexación de los valores retroactivos que resulten debatidos y probados dentro de la

demanda a partir del 2 de octubre de 1991, los intereses moratorios contemplados del artículo 141 de la ley 100 de 1993; lo probado ultra y extra petita y por las costas y las agencias de derecho.

Como fundamento de las pretensiones se tienen los hechos narrados a folios 3 a 5 del expediente digitalizado (cd fl.2) en los que en síntesis se indica que: el señor Carlos Julio Giraldo Tabares laboró al servicio de Empocaldas S.A. Empresa de Servicios Públicos, desde el 11 de mayo de 1981 hasta el 2 de octubre de 1991, es decir, durante diez años, cuatro meses y veintisiete días, que equivale a 542.42 semanas de manera ininterrumpida, lapso en el cual su aportes se realizaron a Cajanal según el certificado de información laboral expedido por la entidad empleadora; el citado falleció el 2 de octubre de 1991, por causas de origen no profesional. Indica que la entidad demandada a través de la resolución. RDP034600 de julio 30 de 2013, le negó el reconocimiento a la pensión de sobrevivientes, con el argumento de que el causante no dejó causado el derecho pensional teniendo en cuenta el tiempo laborado, debiendo la UGPP aplicar las normas que se encontraban vigentes al momento del fallecimiento del causante que consagraban el derecho a la pensión a la beneficiaria.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la accionada en forma legal y oportuna por la UGPP, en escrito incorporado a folios 188 a 196 del expediente digitalizado (cd fl 2) en que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; respecto de los hechos los relacionados con la vinculación laboral del causante Carlos Julio Giraldo Tabares, la fecha de su fallecimiento y el acto administrativo por la cual se negó el derecho prestacional a la actora; frente a los demás dijo no ser ciertos y corresponden a apreciaciones subjetivas de actora. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, excepción de inconstitucionalidad, buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales.

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 probada la excepción de inexistencia del derecho. En consecuencia absolvió a la UGPP de todas las pretensiones, sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo la parte demandante la recurre en apelación argumentando que a pesar del sustento normativo detallado en la sentencia, la decisión va en contra vía de los derechos de la demandante, teniendo en cuenta que es imposible exigirle al causante, quien tuvo un fallecimiento prematuro, haber laborado o cotizado por más de 20 años, más aún cuando se solicita que se dé aplicación al principio de la condición más beneficiosa, favorabilidad, teniendo en cuenta que el señor Giraldo Tabares si bien es cierto fallece en 1991 deja también a una beneficiaria, indistintamente de haber realizado o no los aportes la entidad pública para la cual laboró por lo que pide revocar la decisión de primera instancia y concederle la pensión de sobrevivientes y demás derechos reclamados.

ALEGATOS EN SEUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte demandante presentó alegatos en esta instancia, en la que pidió revocar totalmente la sentencia, reiterando las manifestaciones hechas en el recurso de apelación.

Por su parte la UGPP pide confirmar la decisión de primera instancia, indicando que de acuerdo con las normas aplicables al momento del fallecimiento del causante, era necesario dejar causado el derecho pensional, para poder ser

sustituido a su causahabientes y en el caso particular no ocurrió así, en razón al tiempo laborado.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la parte demandante.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

En el presente caso no es motivo de controversia que el causante Carlos Julio Giraldo Tabares trabajó al servicio de Empocaldas S.A. Empresa de Servicios Públicos, desde el 11 de mayo de 1981 hasta el 2 de octubre de 1991, es decir, durante diez años, cuatro meses y veintisiete días, que equivale a 542.42 semanas de manera ininterrumpida, lapso en el cual su aportes se realizaron a Cajanal, lo cual fue aceptado por la entidad demandada y se verifica en los certificados de información laboral expedido por la entidad empleadora, aportados a folios 68 a 75 y la certificación labora de folio 76 del expediente digitalizado. Así mismo, está probado que el antes nombrado falleció el 2 de octubre de 1991, visto el registro civil de defunción (fl 58). Así las cosas, de acuerdo a las pretensiones de la demanda y sus hechos, corresponde a la Sala dilucidar si la recurrente cumple con los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama con ocasión al fallecimiento del señor Giraldo Tabares.

Respecto al sector público, la ley 6ª de 1945 en su artículo 17 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de las siguientes prestaciones: “b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo...”. Esta disposición fue modificada por la Ley 33 de 1985 que en su artículo primero dispuso: “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de

servicios.”

Sin embargo, respecto a la posibilidad de sustituir la pensión de jubilación, es importante tener en cuenta lo establecido en el artículo 36 del Decreto-Ley 3135 de 1968,

“Artículo 36. Al fallecimiento de un empleado público o trabajador oficial con derecho a pensión de jubilación, sus beneficiarios en el orden y porción señalados en el Artículo 34, tienen derecho a recibir de la respectiva entidad de previsión la pensión que le hubiera correspondido durante dos (2) años, sin perjuicio de las prestaciones anteriores”

Disposición que fue modificada por el artículo 19 del Decreto 434 de 1971, al establecer “Fallecido un empleado público o trabajador oficial jubilado o con derecho a pensión de jubilación, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o invalidez y que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los cinco (5) años subsiguientes .” Posteriormente el artículo 1º de la Ley 33 de 1973 estableció: “Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia...”

Igualmente resulta importante destacar la Ley 12 de 1975 que en su artículo 1º dispuso: “El cónyuge supérstite, o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas”

Finalmente la Ley 71 de 1988 por medio de la cual se expidieron normas sobre pensiones, extendió las provisiones sobre sustitución pensional de forma vitalicia al compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependen económicamente del pensionado.

Igualmente en su artículo 7º se dispuso que los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes realizados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social y el ISS tendrán derecho a la pensión de jubilación, siempre que cumplan sesenta (60) años de edad si es varón y cincuenta y cinco (55) si es mujer.

Así, al revisar el material probatorio aportado al proceso, es ostensible para la Sala que el causante Carlos Julio Giraldo Tabares, no dejó causado el derecho prestacional que ahora se pretende, debido a que no cumplió con el requisito mínimo de los veinte (20) años de servicio, pues como lo menciona la misma demandante y se corrobora en los certificados de información laboral tan solo se acredita que laboró para Empocaldas S.A. Empresa de Servicios Públicos desde el 11 de mayo de 1981 hasta el 2 de octubre de 1991, que equivalen a 10 años, 4 meses y 22 días, sin que aparezca prueba alguna en la que se verifique tiempo de servicio adicional o cotizaciones al ISS que deban ser tenidas en cuenta para la aplicación de la normatividad referida, por lo que al no acreditarse los requisitos exigidos, no queda otro camino que confirmar la decisión de primera instancia.

Tampoco hay lugar a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa como regla del principio protector que impera en el derecho del trabajo supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determinada que debe ser respetada en la medida que es más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse, esto es que los requisitos que exige la norma anterior para acceder a un derecho deben estar satisfechos al momento de entrar a regir la nueva norma, solo así es viable la aplicación de la condición más beneficiosa, pero no que la norma posterior entre a gobernar hechos pasados, así que por dicho principio no hay lugar a ordenar el reconocimiento prestacional, bajo los postulados de la Ley 100 de 1993, como lo busca la demandante, en apego a lo analizado en precedencia. Tampoco tiene cabida la aplicación del principio de la norma más favorable (art. 21 del CST), esto es el deber que tiene el juez al aplicar o interpretar las normas laborales de escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido

al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

Por los anteriores argumentos, es del caso confirmar la decisión absolutoria de primer grado.

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.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado