

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 SARA ÁNGEL GARCÍA CONTRA FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de enero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 18 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

Sara Ángel García, por intermedio de apoderado judicial, demandó al Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, para que se declare beneficiaria de la sustitución de la pensión de jubilación Miguel Pinto Bohórquez, a partir del 16 de junio de 2018, en consecuencia, se condene al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las condenas, los servicios médicos que sufragó por cuenta propia, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 2 a 4 del expediente, en los que en síntesis se indica que: Miguel Pinto Bohórquez falleció el 16 de junio de 2018, y en vida percibía la pensión de jubilación reconocida por el FPSFNC, cuyo disfrute tenía desde el 6 de agosto de 1981; convivió en unión libre con el causante durante los 6 años previos al deceso de éste, por lo que solicitó el reconocimiento prestacional a su favor, petición que la entidad negó argumentando que no acreditó la calidad de beneficiaria, pese a que aportó declaraciones extrajuicio que expresan lo contrario, de manera que impetró recurso de reposición contra la decisión, pero al desatarse, se confirmó la providencia impugnada. Si bien, con ocasión al deceso del señor Cosme Damián Arias Cárdenas ya percibía una “pequeña suma por concepto de sustitución”, Pinto Bohórquez asumía los gastos de la pareja en su totalidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la accionada en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fl. 50); en cuanto los hechos aceptó la calidad de pensionado del causante y la fecha de muerte de aquel, las reclamaciones presentadas, la negativa de la entidad a reconocer la prestación tanto en el acto administrativo inicial como en el que resolvió el recurso de reposición, Como medios de defensa enlistó como excepciones de fondo, las de buena fe y confianza legítima, presunción de legalidad y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 79) en la que absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a la actora en cuantía de un smlmv.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora la recurre por considerar que se encuentra plenamente acreditado el requisito de convivencia con el de

cujus, por lo que no es dable que el fallador de primer grado se excuse en la existencia de dos sustituciones pensionales previas, atendiendo a que no existe en el ordenamiento jurídico norma alguna que prohíba percibir dos o más prestaciones originadas por la convivencia en diferentes tiempos, con varios compañeros permanentes de la misma entidad, en este caso de FPSFNC, por lo que es permitido que reciba las tres pensiones, sin que sea posible apelar al artículo 128 de la Constitución, ya que, en primera medida ello se refiere a salarios y no pensiones, en segundo lugar no se encuentra en riesgo el equilibrio del sistema general de pensiones, en tanto, las prestaciones sustituidas adquirieron ante de la entrada de la Ley 100 de 1993, de manera que tampoco es cierto que todas las asignaciones pensionales provengan de la misma fuente, cuando cada uno de los causantes tenían derecho a sus propias pensiones.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, solicitó se revoque en su integralidad la sentencia de primer grado.

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.

PROHIBICIÓN DOBLE ASIGNACIÓN TESORO PÚBLICO

La negativa del a quo, en el reconocimiento prestacional partió principalmente en la aplicación del artículo 128 de la Constitución, pues a su consideración, no es posible que una persona perciba dos prestaciones o más asignaciones provenientes del tesoro público, como es el caso de la demandante, quien ya percibe dos sustituciones pensionales, y reclama una tercera.

Al punto cabe resaltar traer a colación criterio adoptado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL-716 del 4 de marzo de 2020 Rad. 75280:

“Pues bien, el punto en controversia ya ha sido definido por la Sala en repetidas decisiones, como las siguientes: CSJ SL1081-2014, CSJ SL3140-2014, CSJ SL9221-2017, CSJ SL4573-2017, CSJ SL3694-2017, reiterando lo dicho en las sentencias CSJ SL1976-2017, CSJ SL1974-2017, y en la CSJ SL15781-2016, en la que se indicó:

El Decreto 1586 de 1989, emanado del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, ordenó en su artículo 1° la liquidación de la empresa industrial y comercial del estado, Ferrocarriles Nacionales de Colombia; a su vez, el artículo 18 ibidem, ordenó que en el presupuesto General de la Nación se apropiarían los recursos para su liquidación.

Posteriormente, el artículo 7 de la Ley 21 de 1988, dejó a cargo de la Nación el pago de las pensiones de jubilación que estuvieran a cargo de la extinta sociedad, ordenando, para tal efecto, la creación de un Fondo.

Consecuencialmente, el Decreto 1591 de 1989 creó el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia como un establecimiento público de orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Entre sus objetivos estaba pagar las pensiones de los pensionados de los Ferrocarriles Nacionales.

De otro lado, el Decreto 111 de 1996 que se ocupó de compilar el estatuto orgánico del presupuesto nacional, en su artículo 3° definió el presupuesto general de la nación, situándolo en dos niveles. El primero, que es el que interesa, compuesto por los presupuestos de los establecimientos públicos del orden nacional, uno de los cuales es el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales, y por el presupuesto nacional, entendiéndose por este último, el comprendido por las ramas legislativa y judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la organización electoral y la rama ejecutiva del nivel nacional, exceptuando las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

Vistas así las cosas, no es lo mismo decir que las pensiones de jubilación pagadas por el fondo tantas veces mencionado, se cubran con dineros del presupuesto general de la Nación que con dineros del presupuesto nacional. El primero, es un instrumento financiero macro, esencial en la política fiscal de Estado; y el segundo, es una parte de aquel, que se aprueba por el Congreso de la República y que corresponde a lo definido por el artículo 3 del Decreto 111 de 1996 ya mencionado.

En ese orden, es preciso recordar que el artículo 128 de la Constitución Política prevé: “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”. Precepto, que no sólo es aplicable a salarios como lo afirma al recurrente, sino que también se extiende a las mesadas pensionales (SL 3226 del 29 de julio de 2020, Rad.75411).

Así mismo, tenemos que el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 en concordancia con el precitado artículo 128, determinó las excepciones a la doble erogación pública, en los siguientes términos:

Artículo 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;*
 - b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;*
 - c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;***
 - d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*
 - e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;*
 - f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;*
 - g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.*
- (...). (Subrayas de la Sala)*

Deviene de lo anterior, que no existe impedimento legal que le prohíba a la accionante percibir más de una erogación proveniente de los dineros públicos.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

En el presente caso no es motivo de controversia que el Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, reconoció y pagó al señor Miguel Pinto Bohórquez una pensión de jubilación reconocida mediante resolución No. 1408 del 18 de diciembre de 198, en cuantía inicial de \$18.413,50, a partir del 30 de septiembre de 1981, según se colige de la documental visible en el expediente administrativo (C.D. fl. 92 pdf 24 a 26). De igual manera, se encuentra acreditado que Pinto Bohórquez falleció el 16 de junio de 2018, según se establece en el registro civil de defunción incorporado a folio fl. 39.

Así las cosas, conforme al alcance de la apelación interpuesta por la demandada, corresponde a la Sala dilucidar si la señora Sara Ángel García cumple los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama con ocasión al fallecimiento del señor Miguel Pinto Bohórquez.

Pues bien, considerando la data del deceso del causante (16 de junio de 2018), 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 [...]”

Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado»(CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605). Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

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 a la cónyuge supérstite o a la compañera permanente, siempre y cuando acreditare más de 30 años, 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 del pensionado la actora acreditaba más de 30 años de edad, teniendo en cuenta que su fecha de nacimiento fue el 9 de abril de 1953, conforme la fotocopia de la cédula de ciudadanía (fl. 42); por lo que la Sala procede al estudio de los medios probatorios allegados a fin de determinar la existencia o no de la convivencia alegada por la demandante.

Obran en las diligencias declaración extrajuicio del 11 de enero de 2018, suscrita por el de cujus y la activa, en la que consta “que conviven de manera permanente e ininterrumpida, bajo el mismo techo compartiendo como familia desde hace siete (7) años y que de dicha unión no has procreado hijos” (fl. 37), de igual manera obra la declaración extra proceso rendida por los señores Héctor Ariza Páez y Aturo Páez, del 11 de enero de 2018, oportunidad en la de expresaron conocer a la pareja conformada por Pinto Bohórquez y Ángel García por más de 7 años y que les consta que desde ese mismo tiempo “conviven como pareja bajo el mismo techo de manera permanente e ininterrumpida” (fl. 38).

Se escuchó en **interrogatorio a la demandante**, quien narró haber conocido al causante desde 1991, debido a que eran vecinos, y en aquella época el pensionado se encontraba casado con Ernestina de Pinto, quien falleció. Luego del deceso de la cónyuge del de cujus, frecuentaba la vivienda de Pinto Bohórquez para realizar labores de aseo, pero con el tiempo la relación cambio y a los pocos meses iniciaron vida marital en el domicilio de Miguel, residencia que con posterioridad a su muerte, ella conservó. Señaló que es pensionada de FPSFNC desde 1998.

A su vez, **Héctor Ariza Pérez**, dijo haber conocido al occiso por espacio de veinte años, tiempo en el que conoció a las dos compañeras sentimentales de él, Ernestina, que falleció en 2011 y a Sara Ángel García quien lo acompañó hasta el deceso de causas naturales, pues vivían juntos en la casa lote de propiedad de Miguel, además ella lo llevaba al servicio médico, a la clínica cuando estaba enfermo, salían a todas partes. Sabe que tanto Miguel como Sara eran pensionados. Nunca medió separación y sabe todo ello, a razón de que pasaba todos los días frente a la casa de la pareja debido a su oficio como conductor. **Carlos Arturo Velasco y Rosalba Velasco**, contaron que su tío - Miguel Pinto Bohórquez- convivió con la hoy demandante luego de que Ernestina Díaz pereciera, en 2010 o 2011, y ello les consta porque la pareja vivía junta en la casa de Pinto Bohórquez, sin que procrearan hijos. Agregó **Carlos Arturo** que, a la muerte de su familiar Sara se hizo cargo de todos los gastos fúnebres y se quedó viviendo en la casa en la que residía con Miguel. Mientras que **Rosalba**, narró que se quedaba de visita cada seis meses en la casa de los compañeros permanentes, y en una de esas visitas su tío - el de ella-, le dijo que Sra era la esposa, además siempre estuvo con ella por un lapso de seis o siete años desde 2011, sin que mediara separación.

Finalmente, Arturo Páez, expresó que era amigo del óbito a quien conoció a Ernestina como esposa de éste, pero como en 2011 con la muerte de aquella, quedó sólo, se fue a vivir con Sara Ángel, a la que conoció realizando labores de oficios varios, de modo que una vez se fueron a vivir juntos, los hicieron hasta la noche en que murió el compañero permanente.

Resalta la Sala que militan en el plenario, el registro civil de defunción de María Ernestina Díaz de Pinto (C.D. fl. 92 pdf 159), así como los expedientes administrativos de quienes en vida se identificaron como como Luis Eduardo Riaño Suárez y Cosme Damián Arias Cadena, pensionados, por lo que con ocasión a su muerte el FPSFNC, reconoció a la accionante la sustitución pensional, por el primero en 1998, mientras que la causación del derecho del segundo se dio en 2002 (C.D. fl. 92). Sin que los períodos en los que se alegó convivencia con alguno de estos sean objeto de discusión en el presente asunto, ni tuvieran lugar de manera simultánea con la convivencia que aquí se alega.

De los medios de convicción anteriormente reseñados, y atendiendo lo señalado en los artículos 60 y 61 del CPT y SS, la Sala concluye que, en efecto, la señora Sara Ángel García probó la convivencia con el causante durante por menos cinco años anteriores al fallecimiento del causante, sin que mediara separación alguna, permaneciendo junto al causante hasta el día de su fallecimiento, como lo manifestaron los testigos que concurrieron al proceso quienes además ratifican las afirmaciones de la señora Ángel García en el sentido de que siempre se mantuvo la unión familiar, la comunidad de vida y la ayuda mutua en vida del señor Miguel Pinto Bohórquez.

Expuesto lo anterior se revocará la sentencia de primer grado para en su lugar ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, a partir del 17 de junio de 2018, en cuantía de \$1.501.422 (pdf. 94 C.D. fl. 93), y en los mismo términos que venía siendo reconocida al causante.

INTERESES MORATORIOS - 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 la actora reclamó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 30 de octubre de 2018, según se observa a folio 12 del plenario, es claro que sólo puede hablarse de mora en el pago de las mesadas pensionales a partir del **30 de octubre 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 a la actora.*

Cabe advertir que dicha condena resulta excluyente con la indexación.

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

R E S U E L V E

Primero.-*Revocar la sentencia apelada, y en su lugar, indicar que la señora Sara Ángel García es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Miguel Pinto Bohórquez, a partir del 17 de junio de 2018, en cuantía de \$1.501.422, en los mismo términos que venía siendo reconocida al de cujus. De conformidad con lo considerado en esta sentencia.*

Segundo.-*Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 30 de octubre de*

2018, sobre las mesadas causadas desde el 17 de junio de 2018, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

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

Notifíquese y cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GAPPAN~~
Magistrado

~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ISIDRO JOSE FERNANDEZ MALADONADO CONTRA ANA CECILIA HUERTAS VARGAS Y ANA MILENA CARO HUERTAS.

En Bogotá, D.C., a los ocho (8) días de abril de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

Isidro José Fernández Maldonado, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Ana Cecilia Huertas Vargas y Ana Milena Caro Huertas, para que se declare la existencia de un contrato laboral vigente del 13 de noviembre de 2002 al 14 de marzo de 2019, en virtud el cual desempeñó “Oficios Varios y Carnicero”. En consecuencia, se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, auxilio de transporte, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías causadas consagrada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales a la finalización de la relación

laboral consagrada en el artículo 65 del CST, reconocimiento y pago de la pensión sanción, junto con lo ultra y extra petita, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 al 7 del expediente, en los que en síntesis se indica que: las demandadas son dueñas de un establecimiento de comercio dedicado a la venta de víveres, verduras, carnes de res, cerdo y pollo, el cual se llama actualmente “El Canal”, en el cual trabajó el actor por medio de un contrato verbal de trabajo a término indefinido desde el 13 de noviembre de 2002 hasta finales de 2004 como el encargado de oficios varios, luego, desde finales del 2004 prestó sus servicios como auxiliar del cortador de carnes en dicho local comercial, y finalmente, desde 2009 fue cortador principal de carnes; que cumplió un horario de lunes a sábado de 8 a.m. a 9 p.m., y en los días domingos y festivos de 8:00 a.m. a 7:00 p.m.; las tareas que cumplían eran el descargue, arreglo y rotación del mercado, aseo, abrir y cerrar el establecimiento, atención al cliente, corte de carne, venta de carne y, aseo de las neveras, cuchillos y herramientas de corte; su salario en el año 2002 era de \$400.000; en el 2003 de \$600.000; en el 2004 de \$700.000; en el año 2005 de \$700.000, en el año 2006 de \$800.000, en el año 2007 de \$800.000, en el año 2008 de \$800.000,00; en el año 2009 de \$900.000, en el año 2010 de \$900.000, en el año 2011 de \$1.000.000, en el año 2012 de \$1.000.000,00; en el año 2013 de \$1.100.000,00; en el año 2014 de \$1.100.000,00; en el año 2015 de \$1.200.000,00; en el año 2016 de \$1.300.000,00; en el año 2017 de \$1.400.000,00; en el año 2018 de \$1.400.000, y en el año 2019 \$1.500.000; durante y al finalizar la relación laboral las demandadas no pagaron al actor sus cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte, ni lo afiliaron al régimen de seguridad social en salud, en pensión ni en riegos laborales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Ana Milena Caro Huertas en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 45 a 51); en cuanto a los hechos aceptó que el nombre anterior del establecimiento de comercio fue Corabásticos, que la accionada su señora madre sí es la señora Ana Cecilia Caro Huertas, y que conocieron al demandante por intermedio del señor Aldemar García, sobre los restantes manifestó no se

ciertos no es cierto. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

A su turno, Ana Cecilia Huertas Vargas, en legal forma y dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo, en escrito incorporado a folios 62 a 67 en el que se opuso a las pretensiones incoadas en su contra; respecto de los hechos, aceptó, solamente, que su hija sí es Ana Milena Caro Huertas, sobre los restantes manifestó que no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de la relación contractual laboral y falta de legitimación en la causa por pasiva.

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 que: entre el señor Isidro José Fernández Maldonado y la señora Ana Milena Caro Huertas existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente al menos, entre el 1º de enero de 2005 al 15 de marzo de 2019, en el cual medió una sustitución patronal de Ana Cecilia Huertas a Ana Milena Caro Huertas. En consecuencia condenó a la demandada Ana Milena Caro Huertas, como última empleadora a pagarle al demandante Isidro José Fernández Maldonado, las siguientes sumas por los siguientes conceptos: a-\$2.295.557 por auxilio de transporte; b-\$14.771.957.40 por concepto de cesantías; c-\$531.746 por concepto de intereses de cesantías; d-\$4.670.757 por primas de servicios; e-\$2.940.000 por compensación en dinero de vacaciones; f-\$46.666.66 diarios, a partir del 14 de mayo de 2019 y hasta cuando se paguen las acreencias prestacionales a que se condenó, sin exceder de 24 de meses, esto a título de indemnización por falta de pago en los términos del artículo 65 del C.S.T. y la S.S., modificado por el artículo 29 de la ley 789 de 2002; g-\$34.990.520 por concepto de sanción por no consignación de las cesantías en un fondo; al pago del cálculo actuarial por falta de afiliación y pago de aportes al sistema de seguridad social en pensión correspondientes al lapso comprendido entre el 1º de enero de 2005 y el 14 de marzo de 2019, teniendo en cuenta los salarios establecidos, el cual debe pagarse a la administradora de

pensiones que disponga el demandante. Lo anterior, sin perjuicio de la acción de repetición que pueda adelantar Ana Milena Caro Huertas, respecto de la señora Ana Cecilia Huertas Vargas, como antigua empleadora, en el marco de la sustitución patronal declarada; absuelve a las demandadas Ana Milena Caro Huertas y Ana Cecilia Huertas Vargas, de las demás pretensiones; declaró probada la excepción de prescripción respecto de acreencias laborales causadas con anterioridad al 11 de junio de 2016, no probadas las demás y condenó a las demandas en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante, José Isidro Fernández Maldonado, interpone recurso de apelación argumentando que, en primera medida, se reconozca el extremo inicial desde el 1º de enero de 2004 conforme a, primero, al principio de favorabilidad aunado en el precedente vertical de la Corte Suprema de Justicia al indicar que, a falta de certeza en el día y año, se ha de tomar el primer día del mes para el extremo inicial y, el último día del mes si es para el extremo final, y, si es para el año, se debe tomar el primer mes del año, segundo, indica que las demandadas en su declaración indicaron que el contrato inició desde el 2004 y no desde el 2005; por otro lado, que se declare también como empleadora a la señora Ana Cecilia Huertas Vargas por todo el tiempo contractual, y, a su vez, como solidaria en el pago total de los derechos laborales que se han reconocido puesto que los testigos fueron totalmente coincidentes en que fue ella quien atendió el establecimiento de comercio incluso hasta el año 2019; por otra parte, insta a que se realice la indexación de las condenas de los literales A, C y D respecto de los cuales no procede sanción moratoria esto es sobre las vacaciones, el auxilio de transporte, intereses de las cesantías; por último, argumenta que si se llega a reconocer el extremo inicial a partir del año 2004, resultaría procedente la sanción o la condena prevista en el artículo 133 de la ley 100 de 1993 respecto del pago de la pensión sanción al actor por la no afiliación del trabajador a un fondo privado de cesantías o al régimen de prima media con prestación definida.

A su turno, la parte demandada, Ana Cecilia Huertas Vargas, en primera medida, argumenta que no se configuró la existencia de un contrato de trabajo puesto que no se demostró la actividad personal del trabajador como tampoco la continuada

subordinación jurídica, toda vez que la señora Ana Cecilia no era propietaria del establecimiento de comercio por la venta que realizó a la señora Ana Milena el día 30 de enero de 2009, documento este que fue autenticado en la notaría dando fe del negocio jurídico el cual dejaba a la señora Ana Cecilia sin ningún vínculo con el mencionado negocio, razón por la cual la señora Ana Milena en calidad de propietaria asumió toda la responsabilidad del mismo, prueba de ello es que a su nombre suscribió un contrato de prestación de servicios con el hoy demandante demostrando con ello la calidad de propietaria, eximiendo a la señora Ana Cecilia de cualquier responsabilidad que este negocio presentara. Así mismo, alude que la condena a la señora Ana Cecilia Huertas Vargas no es procedente por no ser la propietaria del establecimiento de comercio como consta en la compraventa de fecha 30 de enero de 2009, por lo cual, se debe eximir de cualquier responsabilidad y vínculo jurídico.

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

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por el demandado.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Insiste, la parte demandada a través de la alzada que no se configuran los elementos del contrato de trabajo.

El artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: “es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración”, siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato", de otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal, pues sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).

Por eso, sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, cuando se reclaman derechos derivados de un contrato de trabajo, y se controvierte su existencia, la prueba tiene que ser de tal contundencia que no quede la menor duda que esa y no otra fue la relación jurídica suscitada entre las partes, no solamente por las consecuencias jurídicas y económicas derivadas, sino porque no es entendible que los contratantes lleguen a un acuerdo y luego de ejecutado, uno de los contratantes trate de desvirtuar su naturaleza.

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegiado a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo, así: se incorporó al plenario certificado de matrícula de persona natural de la Cámara de Comercio de Bogotá, en donde se registra la señora Ana Milena Caro Huertas con dirección comercial de la calle 162 #5b-22 dentro del régimen simplificado, en la forma que aparece folio 15 a 16 y 63 a 64; contrato de prestación de servicios celebrado entre Ana Milena Caro Huertas y el demandante, suscrito el 1º de enero de 2017 por Ana Milena Caro Huertas no así por el promotor de la acción, folios 18 y 19, obra fotografías en donde habría prestado servicios el demandante, folio 20 al 25, contrato de compraventa del establecimiento comercial suscrito el 30 de enero de 2009 entre Ana Cecilia Huertas Vargas y la señora Ana Milena Caro Huertas en donde se describe un establecimiento de comercio dedicado al comercio de alimentos, carnes y verduras ubicada en la calle 162 #13ª-22 en la forma que aparece a folios 61 a 62.

Se escuchó en diligencias de interrogatorio de parte a las demandadas en los cuales, la señora **Ana Cecilia Huertas Vargas**, en su interrogatorio señala que conoció al demandante aproximadamente en el año 2004, que no recuerda la fecha exacta, que no tuvo ni ha tenido vínculo con él, que el señor José Isidro era auxiliar del cortador principal desde el 2004 hasta el 2009, que ella había pactado con el cortador principal el pago del 50% en calidad de socio, pues los dos hacían las cuentas y le entregaba el dinero quincenalmente y que él era quien cancelaba al demandante por los días que prestaba el servicio, manifestó no conocer cuánto se le pagaba por parte del cortador principal al actor indicando que en el año 2009 le vendió el establecimiento comercial denominado Corabásticos a su hija Ana Milena Caro Huertas.

La demandada, **Ana Milena Caro Huertas**, al absolver su interrogatorio de parte manifestó que conoció al demandante en el año 2004 por medio del señor Aldemar García, quien era socio de la señora Ana Cecilia Huertas, que en el año 2009 adquirió el establecimiento de comercio Corabásticos, que tiene conocimiento que del año 2004 al 2009 el actor trabajaba por días de acuerdo a lo que le indicaba el cortador principal, reconoce que trabajaba en el establecimiento comercial pero por días, un día sí, un día no, por 4 días a la semana, señaló que no tuvo contrato de trabajo con el demandante, que sólo le ofreció celebrar un contrato de prestación de servicios, que en las condiciones en las que se prestaba el servicio no implicaba el cumplimiento de un horario, sino que podía irse cuando terminara su labor, asegura que el local lo administraba el cortador principal antes del 2009, pero que a partir del año 2009 y hasta el año 2017, ella era la encargada del establecimiento, ya que posteriormente entregó la administración del local a Katherin Parada, que después del 2017 no tuvo más contacto con el local, manifiesta que inicialmente llegó a un acuerdo de pago por \$900.000 mensuales a favor del demandante, reconoce que el motivo de la terminación de esa relación es que cedió el negocio a Katherin Parada indicando que anualmente se hacía un contrato de prestación de servicios pero que se lo entregaba al demandante y él no lo devolvía, afirmó que se inició pagando una suma de \$900.000 en el 2009 y que le iba incrementando \$100.000 anuales hasta llegar a \$1.400.000 mensuales, que le reconoció como último pago, admitió que el demandante no presentaba ninguna cuenta de cobro para que se le efectuara el pago, que ella no verificó si el demandante estaba afiliado a la seguridad social, afirma que era ella quien pagaba directamente al actor por los servicios prestados, que el señor Carlos Hernández era su socio y

aportaba el 50% del pago efectuado al señor José Isidro, que este último no tenía dotación y que él era el que llevaba y aportaba su indumentaria completa para prestar el servicio, que no recibía órdenes porque él ya sabía qué tenía que hacer.

El demandante en su interrogatorio señala que no suscribió contrato con la señora Ana Milena Caro Huertas, respecto al contrato de prestación de servicios prestado como prueba por la parte actora indica que sí recibió ese contrato pero que él no lo iba a firmar, afirmó que siempre prestó sus servicios a favor de Ana Cecilia Huertas, que era ella la que siempre le pagaba, que por el contrario de la señora Ana Milena Caro no recibió pago alguno, que ella sólo iba en algunas ocasiones porque vivía en la misma casa y aclaró que quien siempre estaba en el establecimiento de comercio era la señora Ana Cecilia Huertas, que de ella recibía órdenes, que desconoce la venta del establecimiento, que no se encontraba afiliado al sistema de seguridad social, respecto de la relación con la señora Ana Cecilia Huertas con el señor Aldemar García aclara que sabe que este último no era cortador sino que prestaba sus servicios en el establecimiento de la demandada Ana Cecilia en un negocio de papa que quedaba al frente del establecimiento de comercio, señaló que el señor Aldemar fue quien lo refirió con la señora Ana Cecilia, que desde el día que llegó empezó a laborar pactándose un salario de \$400.000 mensuales, que adicionalmente vivía en la misma casa donde estaba ubicado el establecimiento de comercio en el cuarto piso en una habitación, situación que sucedió el 13 de noviembre de 2002, reconoce que todos los años le iban incrementando el salario y que el último año que laboró recibió la suma de \$1.500.000, que prestó sus servicios hasta marzo de 2019 y se terminó la relación porque él le informó de manera anticipada a Ana Cecilia Huertas que se encontraba cansado y que no iba a seguir trabajando, situación que también informó a Katherin Parada quien tenía la administración del local, por eso, le puso en conocimiento de la situación a la dos, que la señora Ana Milena Caro era la dueña pero que siempre interactuó sólo con Ana Cecilia Huertas, que ella era quien compraba los implementos y uniformes con que prestaba sus servicios, que conoció a Carlos Hernández, quien también trabajaba allí en el establecimiento comercial, que también era cortador y que era más antiguo que él, y “que le pagaban su quincena igual que a mí” relata el accionante.

*Se recibieron los testimonios de **Zenith Colon Castro, Argemiro Camargo Castro, Amalfi Ligardo Mendoza y Felipe Fernández Maldonado**, los cuales son coincidentes en señalar que conocen tanto al demandante como a las*

demandadas, conocieron al actor laborando en el establecimiento de comercio Corabásticos de propiedad de la señora Ana Cecilia Huertas, dedicado al expendio de alimentos y carnes en el cual prestó servicios como cortador de carnes y desarrollando actividades de oficios varios dentro del mismo, en donde igualmente desarrollaba actividades la señora Ana Milena Caro y eran éstas quienes daban órdenes e instrucciones de su labor, las desarrollaba de manera personal permanente en jornadas de 8:00 a .m. a las 9:00 p.m. destacándose, en términos generales, que era la señora Ana Cecilia Huertas quien en alguna medida impartía las órdenes e instrucciones, u organizaba la actividad al servicio o en el establecimiento de comercio, precisando que las declaraciones son claras, espontáneas, dan razón de su dicho, sin que de ellas se advierta parcialidad por lo que merecen credibilidad.

Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, se concluye que las demandadas no desvirtuaron la presunción de que los servicios fueron ejecutados bajo un contrato de trabajo, por el contrario, para la Sala es claro, que el demandante prestó sus servicios como cortador y desarrollando actividades de oficios varios en el establecimiento de comercio ubicado en la calle 162 #13^a-22, el cual, conforme a lo señalado por el demandante y las demandadas en sus interrogatorios correspondía inicialmente al nombre de Corabásticos que posteriormente fue cambiado de nombre, circunstancia en la que igualmente coinciden los testigos, quienes señalan haber acudido frecuentemente, casi a diario, al establecimiento a abastecerse de alimentos y productos.

Así, resulta necesario establecer si las demandadas son las propietarias del establecimiento de comercio de marras, para así determinar su responsabilidad y sobre el particular, resulta oportuno indicar que son las mismas demandadas quienes en sus interrogatorios de parte, reconocen la propiedad sobre el mismo, pues, la señora Ana Cecilia Huertas acepta que fue propietaria del establecimiento, que el señor José Isidro llegó a prestar el servicio en 2004 y hasta el año 2009, destacando que en enero del año 2009, efectuó la venta del establecimiento a su hija Ana Milena Caro Huertas, quien también admite esa situación en la diligencia de interrogatorio cuando manifiesta que es propietaria del establecimiento comercial a partir del año 2009, lo que se encuentra acreditada con el contrato de compraventa del establecimiento de comercio que

obra a folio 61 a 62 del expediente, lo cual además es reiterado en la alzada, sin que, con posterioridad a este acto de compraventa obre en el plenario prueba idónea alguna con base en el cual se pueda deducir que hubo una transferencia posterior de esa universalidad jurídica de bienes a una tercera persona en el marco de la actividad desarrollada por la accionante.

Así, teniendo en cuenta las manifestaciones realizadas por las demandadas en su interrogatorio de parte, así como por el demandante y los testigos que concurrieron al proceso, para la Sala no cabe duda que las demandadas en calidad de propietarias del establecimiento de comercio Corabásticos, fungieron como empleadoras del señor Fernández Maldonado, si se tiene en cuenta que las mismas no lograron que el accionante en el marco de su actividad en el establecimiento de comercio, operaba de manera autónoma e independiente, o asumiendo la prestación de servicios por sus propios medio y por su cuenta y riesgo, aspecto que no fue acreditado en el proceso. Por el contrario lo que hay certeza, con las pruebas reseñadas, sumado a las reglas propias de la experiencia, es que en este tipo de establecimientos la actividad es necesaria y prácticamente subordinada a los dueños del establecimiento de comercio, quienes son los que se encargan de impartir las órdenes e instrucciones para poder atender debidamente a los usuarios, y en caso particular como lo mencionaron tanto en demandante como por los testigos, la señora Ana Cecilia Huertas era quien se desempeñaba como administradora del mismo e impartía órdenes e instrucciones al actor, así como la señora Ana Milena, quien ocasionalmente acudía al establecimiento, por lo que se encuentra acreditada en el informativo que efectivamente las actividades que desarrollaba el demandante al servicio de las demandadas en sus respectivas oportunidades cuando fueron o cuando ostentaban la propiedad del establecimiento de comercio eran de carácter subordinadas y, de la misma manera, se advierte que esta subordinación no resultó desvirtuada por un medio probatorio alguno.

Ahora bien, en cuanto a al extremo inicial, la señora Ana Cecilia Huertas en el interrogatorio de parte reconoce que el demandante llegó al establecimiento comercial referido por Aldemar García, quien trabajaba en un depósito de papa proveído por la señora Ana Cecilia Huertas, ubicado al frente del local comercial Corabásticos, que no recuerda la fecha exacta en que lo conoció pero que fue para el 2004, en igual sentido, la señora Ana Milena Caro manifiesta haber

conocido al señor Isidro desde cómo el 2004 por medio del señor Aldemar García, que supo que desde el 2004 hasta el 2009 el demandante se desempeñó como cortador auxiliar de carnes en el establecimiento comercial, sumado a lo anterior, en las declaraciones o en la recepción de la prueba testimonial que quienes rinde en la declaración conocieron a la accionante prestando sus servicios en el establecimiento aproximadamente para el año 2006 lo que da cuenta de que efectivamente hubo una prestación personal del servicio que se advierte continua, ahora bien, en relación al extremo final de la relación laboral, es pertinente señalar que la señora Ana Milena Caro asegura que el vínculo se terminó con el demandante en atención a que ella cedió el establecimiento a un tercero, circunstancia que como se ha indicado, no se acredita en el libelo introductorio y, por el contrario, los testigos manifiestan que supieron que el demandante dejó de trabajar en el primer semestre del año 2019, en esas condiciones al no haberse presentado se advierte con fundamento en lo que se encuentra acreditado en el informativo que al menos para el 31 de diciembre de 2004 el señor José Isidro prestaba sus servicios en favor de la propietaria del establecimiento de comercio Corabásticos, pues no se evidencia actividad contractual laboral para un tiempo específico desde el 13 de noviembre del año 2002 como se afirma en el libelo introductorio, y por lo mismo, como extremo inicial del vínculo laboral el despacho partirá del 31 de diciembre 2004, por lo que se modificará la sentencia recurrida en este punto. No sin antes advertir que frente al extremo final no se presentó reparo por ninguna de las partes.

RESPONSABILIDAD DE LAS DEMADADAS- SUSTITUCIÓN PATRONAL

Ahora, en cuanto a la responsabilidad de las demandadas frente a las obligaciones laborales dispuestas en primer grado, es de precisar que el artículo 67 del CST enseña que:

“Se entiende por sustitución de patronos todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios”.

Tiene por finalidad la institución de la sustitución patronal procurar la defensa de los trabajadores y de los contratos de trabajo, de toda mutación o cambio del régimen de dominio o administración de la empresa. De manera que cuando se da ese cambio de empleador, por cualquier causa, no afecta la estabilidad de los contratos de trabajo vigentes al momento de producirse aquel y por lo tanto se

mantiene incólume la relación laboral, esto es, que el negocio jurídico que se realice entre el antiguo y nuevo empleador no tiene incidencia en la vida del o de los contratos de trabajo (art. 68 CST). Pero para que se dé la sustitución es necesario que converjan los siguientes requisitos: 1. Cambio de empleador por cualquier causa. 2. Continuidad del servicio por parte del trabajador, que el contrato de trabajo continúe sin ninguna alteración. Bajo el entendimiento que el vínculo laboral entre el antiguo empleador y el trabajador no haya terminado. 3. Que haya continuidad en el desarrollo de las labores del establecimiento o empresa.

A su vez el artículo 69 de dicha estatuto sustancial, establece la responsabilidad de los empleadores, así:

- “1. El antiguo y el nuevo empleador responden solidariamente de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél, pero si el nuevo empleador las satisficere, puede repetir contra el antiguo.*
- 2. El nuevo empleador responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución.*
- 3. En los casos de jubilación, cuyo derecho haya nacido con anterioridad a la sustitución, las pensiones mensuales que sean exigibles con posterioridad a esa sustitución deben ser cubiertas por el nuevo empleador, pero éste puede repetir contra el antiguo.*
- 4. El antiguo empleador puede acordar con todos o cada uno de sus trabajadores el pago definitivo de sus cesantías por todo el tiempo servido hasta el momento de la sustitución, como si se tratara de retiro voluntario, sin que se entienda terminado el contrato de trabajo.*
- 5. Si no se celebrare el acuerdo antedicho, el antiguo empleador debe entregar al nuevo el valor total de las cesantías en la cuantía en que esta obligación fuere exigible suponiendo que los respectivos contratos hubieren de extinguirse por retiro voluntario en la fecha de la sustitución, y de aquí en adelante queda a cargo exclusivo del nuevo empleador el pago de las cesantías que se vayan causando, aun cuando el antiguo empleador no cumpla con la obligación que se le impone en este inciso.*
- 6. El nuevo empleador puede acordar con todos o cada uno de los trabajadores el pago definitivo de sus cesantías, por todo el tiempo servido hasta el momento de la sustitución, en la misma forma y con los mismos efectos de que trata el inciso 4 del presente artículo.”*

Así, teniendo en cuenta, que como se señaló en precedencia entre la señora Ana Cecilia Huertas Vargas y Ana Milena Caro Huertas se celebró el 30 de enero de 2009, contrato de compraventa de los bienes que conforman el establecimiento de comercio dedicado al comercio de alimentos (carnes, víveres, frutas verduras), en el que el demandante prestó sus servicios como cortador y oficios varios, durante los extremos temporales establecidos, no se modificó con ocasión a la venta de la primera a la segunda, subsistiendo la identidad del establecimiento, sin sufrir variaciones esenciales en el giro del sus actividades o negocio, es claro que operó una sustitución patronal, en la medida que la vinculación del demandante se mantuvo, conforme lo anteriormente analizado, por lo que la

señora Ana Cecilia Huertas Vargas es solidariamente responsable de las obligaciones laborales en proporción al tiempo en que el señor Fernández Maldonado prestó servicios en el establecimiento de comercio, cuando fue de su propiedad, esto es, del 31 de diciembre de 2004 al 30 de enero de 2009, por lo que debe responder por las prestaciones y demás derechos sociales causados en ese interregno, mas no como lo pretende el accionante que lo sea por toda la vigencia del contrato de trabajo. Y de allí en adelante, estarán a cargo de Ana Milena Caro Huertas, última empleadora.

En el evento de que Ana Milena Caro Huertas asuma el pago total de las condenas, puede repetir contra Ana Cecilia Huertas Vargas, por el monto de las condenas entre el 31 de diciembre de 2004 y el 30 de enero de 2009, tal como lo consagra el art. 69.1 del CST.

INDEXACIÓN DE LAS SUMAS DEBIDAS

Otro de los reparos planteados por el demandante en su recurso se centra en la procedencia de la indexación de las sumas respecto de las cuales no procede la sanción moratoria como auxilio de transporte, intereses moratorios y vacaciones.

Para resolver lo pertinente, basta con indicar que en la decisión de primera instancia se impuso condenas por auxilio de transporte y vacaciones, sobre las cuales no opera, sanción moratoria, al no nos ser prestaciones sociales, 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 (ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, del 13 de noviembre de 1991).

Así, resulta del caso adicionar la sentencia apela en el sentido de ordenar el reconocimiento y pago de la indexación de las sumas ordenadas por auxilio de transporte y vacaciones.

No ocurre así, respecto de los intereses a las cesantías, en razón a que frente a estos opera otra clase de sanción (numeral 3 del artículo 2 de la ley 52 de 1975), lo cual no fue pedido.

PENSION SANCION

Finalmente, frente a las manifestaciones relacionado con el reconocimiento de pensión sanción a cargo de las demandadas, ante la omisión de la afiliación del empleador al sistema de seguridad social en pensiones, es de señalar que no se configura uno de los elementos del art. 133 de la ley 100/93, norma aplicable, por ser la vigente al momento del fenecimiento contractual, para acceder a la pensión pretendida, ya que si bien, laboró durante 15 años, y no fue afiliado, ni se le cotizó por las convocadas al sistema de seguridad social en pensiones; la terminación del contrato de trabajo declarado, no fue sin justa causa, por el contrario como lo reconoce el mismo promotor en su interrogatorio de parte, fue por decisión suya, que comunicó a la señora Ana Cecilia Huertas para entonces administradora del establecimiento de comercio, manifestándole que dejaba de trabajar porque se encontraba cansado, razón por la que el Juzgado negó la indemnización por despido sin justa causa, lo cual no se controvertió en la alzada. Aparte, se condenó a las demandadas al pago del cálculo actuarial por falta de afiliación y pago de aportes al sistema de seguridad social en pensión por la vigencia del contrato de trabajo, por lo que será la entidad de seguridad social a la que se afilié y una vez realizado el pago de los aportes, quién deba asumir las prestaciones económicas correspondientes.

En los demás no se presentó ningún reparo por las partes.

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.- Modificar el ordinal primero de la sentencia apelada en el sentido de establecer que contrato de trabajo declarado entre Isidro José Fernández

Maldonado y la señora Ana Milena Caro Huertas, se inició a partir del 31 de diciembre de 2004, de conformidad con considerado en esta decisión.

Segundo.- Adicionar el ordinal segundo de la sentencia apelada en sentido de condenar a la demandada al pago de la indexación sobre las sumas ordenadas por auxilio de transporte y vacaciones, entre la fecha de su causación y el día del pago. Por dicho en parte motiva de esta providencia.

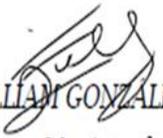
Tercero- Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás.

Cuarto.- Sin costas en esta instancia, dado el resultado de los recursos.

Notifíquese en legal forma 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 ROCÍO GUETE 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 abril de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 25 de octubre de 2021, por el Juzgado Quince 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 UGPP.

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

DEMANDA

Rocío Guete, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la UGPP para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en

calidad de cónyuge supérstite del causante Alfredo Pardo Rojas, a partir del 15 de mayo de 2017; junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 1 a 3 del expediente, en los que en síntesis se indicó que: para el año 2008 Alfredo Pardo Rojas enviudó de su anterior esposa, la señora Helda Munive; en el año 2009 inició relación sentimental con la actora, y el 25 de mayo de 2011 contrajeron matrimonio civil; el 15 de mayo de 2017 Pardo Rojas falleció en el municipio de Floridablanca como consecuencia de un paro cardíaco fulminante; la demandante convivió con el causante hasta el día de su fallecimiento; el de cujus, en su calidad de extrabajador de la Empresa Puertos de Colombia - Terminal Marítimo de Santa Marta, gozaba de una pensión de jubilación; la accionante reclamó ante la UGPP el pago de la pensión de sobrevivientes, la cual inicialmente le fue reconocida a través de Resolución RDP 007970 de 28 de febrero de 2018; posteriormente, la UGPP envió a un investigador a su domicilio para someterla a interrogatorio; mediante Resolución RDP 012450 del 11 de abril de 2018 la entidad accionada resolvió improbar el anterior acto administrativo y excluirla de nómina; contra la anterior decisión interpuso en término recurso de reposición y en subsidio apelación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, la UGPP dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 75 a 83); en cuanto a los hechos aceptó la condición de pensionado del causante, la fecha de su deceso, la calidad de cónyuge supérstite de la actora, la reclamación pensional presentada por ésta, así como el contenido de las Resoluciones RDP 007970 de 28 de febrero de 2018 y RDP 012450 del 11 de abril de 2018; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de acreditación de los requisitos exigidos en la Ley 797 de 2003, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD fl. 177); en la que condenó a la UGPP a reconocer y pagar a la actora la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de Alfredo Pardo Rojas, a partir del 15 de mayo de 2017, fecha de su deceso, en el valor de la mesada pensional que para ese momento venía devengando el causante, junto con los incrementos anuales. Condenó a la UGPP a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre las mesadas pensionales causadas a partir del 26 de diciembre de 2017 y hasta al momento del pago e inclusión en nómina. Autorizó a la accionada a descontar del retroactivo los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a la pasiva.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada la recurre en apelación, argumentando que, si bien no se discute el vínculo matrimonial que unió al causante con la actora, lo cierto es que no se acreditó el requisito de los 5 años de convivencia, tal y como se estableció en el informe investigativo realizado por la entidad.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte actora presentó alegatos en esta instancia solicitando se confirme la decisión apelada.

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, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - CÓNYUGE

En el presente asunto no está en discusión que mediante Resolución No. 132161 del 18 de febrero de 1986 la Empresa Puertos de Colombia reconoció a Alfredo Pardo Rojas una pensión de jubilación en cuantía inicial de \$98.698,52, efectiva a partir del 1° de enero de 1986, según se colige de los diversos actos administrativos expedidos por la UGPP (fls. 47 a 50, 54 a 56 y 66 a 67). De igual manera, se encuentra acreditado que Pardo Rojas falleció el 15 de mayo de 2017, conforme se establece con el registro civil de defunción (fl. 24); y que a través de Resolución RDP 007970 del 28 de febrero de 2018 la UGPP inicialmente reconoció y ordenó pagar a Rocío Guete la pensión de sobrevivientes aquí reclamada, decisión que no se materializó toda vez que, por medio de Acto Administrativo RDP 012450 del 11 de abril de 2018 la entidad accionada resolvió “IMPROBAR” la resolución anterior; esto es, se abstuvo de reconocer y pagar la prestación.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar si la señora Rocío Guete cumple los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama con ocasión al fallecimiento de Alfredo Pardo Rojas.

Pues bien, considerando la data del deceso del causante, 15 de mayo de 2017, 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;

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

al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

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

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 a la cónyuge supérstite o a la compañera 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 del señor Alfredo Pardo Rojas, la reclamante acreditaba más de 30 años de edad, pues, nació el 16 de noviembre de 1976, tal y como se observa en la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 12); por lo que la Sala procede al estudio de los medios probatorios allegados a fin de determinar la existencia o no de la convivencia alegada por la referida señora.

Obra en el expediente registro civil de matrimonio con el que se acredita que Alfredo Pardo Rojas y Rocío Guete contrajeron matrimonio el 25 de mayo de 2011; sin que aparezca nota marginal que afecte la vigencia del vínculo matrimonial (fl. 13).

Asimismo, fueron aportadas las declaraciones extraproceso suscritas por los hijos del de cujus, Jader Alfredo y José Alfredo Pardo Munive, los días 12 de septiembre

y 24 de octubre de 2017, respectivamente, en las que hacen constar que Rocío Guete fue esposa de su difunto padre, y que la pareja convivió hasta el momento del deceso (fls. 23 y 24).

También fueron allegadas una certificación y un carné expedidos por el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia en los que se evidencia que Rocío Guete se encontraba afiliada al sistema de salud como beneficiaria de Pardo Rojas desde el 1° de junio de 2011 (fls. 25 y 26).

Igualmente, resulta preciso mencionar las consideraciones expuestas por la UGPP en la Resolución RDP 012459 del 11 de abril de 2018, que condujeron a "IMPROBAR" la decisión previa de reconocimiento pensional a favor de la actora. Así, en el aludido acto administrativo, al citar los resultados del informe investigativo realizado, la entidad accionada indicó:

"Atendiendo al resultado obtenido en las labores de verificación adelantadas dentro del presente caso, se concluye lo siguiente:

4.1. En relación con la convivencia entre el causante Alfredo Pardo Rojas y la solicitante Rocio Guette, se observa que la pareja se casó en mayo del 2011 posteriormente se trasladan y se radican en el municipio de Floridablanca - Santander, donde un hijo de la primera unión del causante llamado Alfredo Pardo Munive, allí según la solicitante viven por más de dos años, luego en el año 2015 arriendan una casa en la población de Bonda corregimiento de Santa Marta carrera 19 A1 No. 3C -02, donde la pareja unida año y medio, y nuevamente el causante se va para donde su hijo Álvaro de Jesús pardo Munive que reside en Medellín y allí dura tres meses, de esta ciudad se va a Florida Blanca a visitar a sus hijos Alfredo y Ricardo Pardo Munive, y es allí donde muere.

4.2. Es importante para esta investigación, informar sobre el perfil y núcleo familiar de la solicitante Rocio Guette, se pudo saber su madre María Eusebia Guette vive con ella es una persona enferma mental la que tiene que mantenerse dopada por su alto grado de agresividad, en la visita efectuada pudimos darnos cuenta de tal situación, así mismo su hermana María Magdalena Bernal Guette, también es enferma mental y hace poco fue internada en el Hospital Fernando Tronconis pabellón de enfermos mentales de Santa Marta, esta mujer casi no tiene familia, la enfermedad que padecen sus familiares es congénita y solo tiene una tía pero esta cuida a su hija por tener el mismo problema, en la diligencia fue muy formal pero se tornaba muy nerviosa no coordinaba bien las ideas, vimos que es sincera en lo que manifiesta y no dice mentira, pero este nerviosismo que fue tal de no acordarse de su fecha de matrimonio puede ser por la situación que envuelve su vida.

4.3. Se observa que la solicitante en su entrevista dice que vivió en Floridablanca-Santander en compañía del causante y Alfredo o Alfredito hijo del causante, pero también se llevó a vivir a ese municipio Santandereano a su madre y hermana, pero se tuvo que venir de allá porque la situación con estas dos mujeres fueron difíciles por sus estados de salud, debiéndose venir nuevamente a Santa Marta, donde arrendaron una casa lejana en un corregimiento llamado Bonda cuyo contrato firmó el causante, para que los gritos que dan estas mujeres por su estado mental no alteraran a los vecinos.

4.4. De acuerdo a lo observado, el causante se alejaba de la solicitante Rocio a visitar a sus hijos, no era porque quería dejar la convivencia, sino por evitar estar en la misma casa con su suegra María Eusebia Guette por su situación de salud, porque según las evidencias la solicitante si visitaba Floridablanca, y estuvo meses y días antes de la muerte del causante como lo demuestra una consulta médica de urgencias de abril 24 de 2017 en Floridablanca - Santander.

4.5. Otra evidencia que demostraría que a pesar que el causante se alejaba con frecuencia a visitar a sus hijos, también estaba pendiente de la solicitante Rocio y compraba muebles, estas facturas datan del 16 de mayo de 2015 (dan una dirección de Bonda porque es muy difícil llegar donde residía la pareja) y 31 de mayo del 2016 sale la mercancía de Floridablanca - Santander con destino a Santa Marta y reclama Rocio Guette, ambos documentos comerciales aparecen a nombre de Alfredo Pardo.”

Por su parte, Rocío Guete, al absolver interrogatorio de parte manifestó que inicialmente su relación con el causante fue extramatrimonial, luego éste enviudó y decidieron casarse en el 2011. Agregó que Pardo Rojas la afilió a su seguro médico; que inicialmente fijaron su residencia en Bucaramanga, allí duraron dos años; posteriormente se trasladaron a Bonda (cerca de Santa Marta), pero en el 2015 se regresaron a Bucaramanga, aunque viajaban constantemente a Santa Marta porque la historia clínica del pensionado fallecido estaba en esa ciudad, además la demandante debía estar pendiente de su hermana quien es paciente psiquiátrica. Añadió que Pardo Rojas falleció en Bucaramanga, y en ese momento ella se encontraba en Santa Marta.

Se recibió el testimonio de Luz Mery Pérez Romero, amiga de Rocío Guete desde hace 13 años, quien manifestó que la actora y el causante iniciaron una relación extramatrimonial en el año 2008, luego el señor enviudó y decidieron casarse por lo civil. Dijo que la pareja se mudó a Bucaramanga y la actora se llevó a su mamá y a su hermana, aunque por cuestiones médicas viajaban cada 2 o 3 meses a Santa

Marta; posteriormente se mudaron a Santa Marta (Bonda). Afirmó que siempre los vio juntos, nunca se separaron y convivieron hasta el momento del deceso. Aclaró que, para los días en que ocurrió el deceso, la pareja se encontraba en Bucaramanga, pero resolvieron que la actora viajara sola a Bonda a recibir unos muebles que habían comprado y que el causante luego la alcanzaría, pero lo que recibió fue la llamada en la que le informaban de su muerte. Todo lo anterior le consta porque la testigo visitaba mensualmente a la pareja en su casa en Santa Marta y, mientras duró su estadía en Bucaramanga, se comunicaba telefónicamente con ellos.

También rindió testimonio Rodrigo Alberto Ramírez Sánchez, quien afirmó ser “concuñado” del pensionado fallecido. Este testimonio se caracterizó por su falta de credibilidad, parcialidad y espontaneidad, al punto que fue objeto de llamado de atención por el fallador de primer grado al haberse evidenciado que un tercero le estaba indicando qué responder; circunstancia que compromete la capacidad demostrativa de esta prueba, razón por la cual no será valorada.

La testigo Libia Esther Ibarra, vecina de la actora desde hace 7 años, indicó que conoció a Rocío Guete cuando ésta se pasó a vivir frente a su casa en Bonda, allí ella convivió con el causante y también vivía con una hermana y su señora madre. Añadió que siempre los vio juntos como esposos, nunca se separaron. Dijo que la pareja viajaba a Bucaramanga y en uno de esos viajes falleció Alfredo Pardo Rojas; la demandante no estuvo junto a él en el momento del deceso porque había viajado antes a Bonda a recibir unos muebles. Indicó que

Por su parte, la testigo Margarita Hortensia de León, amiga de la accionante desde el año 2000, manifestó que en el año 2008 conoció al señor Alfredo Pardo Rojas como novio de Rocío Guete, luego se enteró que se iban a casar y ella les sirvió como testigo. Después de eso se la encontró un día y le comentó que estaban viviendo en Bucaramanga, pero viajaban constantemente a Santa Marta por temas de salud. Posteriormente tuvo noticia del fallecimiento de Pardo Rojas ocurrido en Bucaramanga y que la actora había viajado unos días antes a Santa Marta a recibir unos muebles.

Finalmente, Liliana González López, amiga de la actora desde hace 15 años y quien también fue amiga de la familia del causante desde que era niña, refirió que la

demandante y Alfredo se casaron luego de que éste enviudó, que convivían como pareja en un finquita ubicada en Bonda, lugar al que iba a visitarlos. Dijo que la pareja nunca se separó.

Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas, de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, concluye la Sala que la demandante sí demostró la convivencia con la causante de manera continua durante por lo menos 5 años anteriores al fallecimiento, como acertadamente lo concluyó el juez de primera instancia. En efecto, las testigos fueron coincidentes al manifestar que la pareja convivió desde el día del matrimonio hasta el momento deceso y que, incluso, previo a ello sostuvieron una relación extramatrimonial. También está acreditado que, si bien en vigencia de su vínculo matrimonial fijaron su residencia en diferentes ciudades, lo cierto es que nunca se separaron, ya que no se verifica en el plenario una dejación definitiva de la comunidad de vida de la pareja. Lo que se corrobora con las declaraciones extraproceso firmadas por los hijos del de cujus.

Ahora, pese a que al momento del deceso la pareja se encontraba en ciudades diferentes, esto se dio porque tenían planeado reencontrarse a los pocos días en Bonda, razón por la cual la promotora de la Litis adelantó su viaje a fin de recibir unos muebles que habían comprado para, posteriormente, reencontrarse con su esposo, ocurriendo en ese lapso el insuceso. Sin que en manera alguna pueda derivarse de esta circunstancia una ruptura del lazo afectivo que unió a la pareja.

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

INTERESES MORATORIOS

En primera instancia la UGPP fue condenada al pago de los intereses moratorios, razón por la cual este punto se analizará en grado jurisdiccional de consulta en su favor.

Al respecto, cumple recordar que 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 la actora reclamó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 26 de octubre de 2017, según se observa a folio 47 del plenario, es claro que sólo puede hablarse de mora en el pago de las mesadas pensionales a partir del **27 de diciembre de 2017**, 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 a la actora. Imponiéndose modificar la decisión de primer grado en este punto.*

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 pensional se causó el 15 de mayo de 2017, ante lo cual la actora presentó reclamación pensional el 26 de octubre de 2017, siendo inicialmente reconocida la prestación mediante Resolución RDP 007970 del 28 de febrero de 2018; sin embargo, a través de Acto Administrativo RDP 012450 del 11 de abril de 2018 la UGPP resolvió “IMPROBAR” el reconocimiento pensional. De igual manera, se verifica que la demanda fue radicada el 21 de enero de 2019 (acta de reparto, fl. 69A); por lo que es claro que en el presente asunto no se configuró el medio exceptivo de prescripción.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso la UGPP 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 UGPP 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.- *Modificar el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se causan a partir del 27 de diciembre de 2017, sobre las mesadas pensionales adeudadas, y hasta que se verifique el pago de la obligación.*

Segundo.- *Costas de la instancia a cargo del recurrente. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$300.000.00 por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese en legal forma.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

1


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 ISABEL ROCÍO VELOSA TOVAR CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LAS AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A. HOY SKANDIA S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de abril de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas, contra la sentencia del 8 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

Isabel Rocío Velosa Tovar, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A., para que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado del RPMPD

administrado hoy por Colpensiones, al RAIS, administrado por la AFP Colmena hoy Protección S.A., y en igual sentido, la afiliación realizada a Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A. ante la omisión en el deber de información de éstas, y se encuentra válidamente afiliada al RPMPD con Colpensiones y tiene derecho al reconocimiento y pago de pensión de vejez conforme la Ley 100 de 1993. En consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A. en la que actualmente se encuentra afiliada a trasladar a Colpensiones todos los aportes cotizados en el RAIS; a Colpensiones a aceptar dichos aportes y a registrarla como afiliada, así como a reconocer, liquidar y pagar la pensión de conformidad con la Ley 100 de 1993. Así mismo pide que se condene a las demandadas lo que resulte probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 86 y 87 del archivo 01 del expediente digitalizado, en los que en síntesis se indicó que: nació el 1 de marzo de 1961; cotizo al I.S.S. desde 4 de Julio de 1983 hasta el 30 de Abril de 1995 equivalente a 535.29 semanas además de las cotizadas a otros fondos de previsión; el 1° de mayo de 1995, se trasladó al Fondo de Pensiones Protección S.A., pero su asesor comercial no se preocupó por asesorarla en debida forma, ya que no lo fue por uno experto en el tema, y solo se limitó en indicarle que se pensionaría con un monto mayor al que tendría derecho en el I.S.S. hoy Colpensiones y además accedería a su derecho a una edad más temprana, sin indicarle de qué manera; que posteriormente tuvo traslados entre fondos a Porvenir S.A., Y Old Mutual S.A. y los asesores de estas AFP, de igual manera, le manifestaron que allí tendría mejores condiciones de rentabilidad y el 26 de Abril de 2011, retomo a la Protección S.A. donde nuevamente no recibió ni asesoría, ni proyección pensional donde se evidenciara la posible mesada pensional a percibir. Indica que la información que fue dada por Protección S.A., para la decisión para optar por el cambio de régimen, nunca ofreció elementos de juicio, ni información veraz y acorde con la situación de mi representada previa a la filiación, tampoco suministro los datos legales suficientes para que de una forma consciente mi mandante decidiera cual era el régimen pensional que más le convenia; que transcurrido el tiempo se dio cuenta que lo ofrecido por no se ajustaba a la realidad ya que implicaba la disminución de su mesada pensional en más de un 70% que la otorgada por el ISS hoy Colpensiones., pues antes no se le informo que el valor

de su mesada pensional , jamás se elaboró una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada teniendo en cuenta el valor del bono pensional, no se le menciono la posibilidad de retornar antes de que le faltaran diez años para pensionarse; con fundamento en lo solicitado el 3 de Abril de 2018 a Colpensiones su afiliación al RPMPD y el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993, lo cual fu respondido en forma negativa en la misma fecha, de igual forma se radico el 4 del mismo mes y año en Protección S.A. la invalidación de la afiliación y ésta mediante comunicado del 13 de Junio siguiente negó lo pedido.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas, (folios 123 a 131 del chivo 01 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó únicamente la fecha de nacimiento de la promotora y la petición presentada ante esa administradora y la respuesta negativa; frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las que denominó: prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

De igual manera la AFP Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A., dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo, en escrito incorporado a folios 132 a 149 del archivo 01 del expediente digitalizado, en el que se opuso a las pretensiones incoadas en su contra; respecto de los hechos aceptó el relacionado con el traslado de la demandante al RAIS a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A. así como su posterior traslado entre fondos a Porvenir S.A. y a Old Mutual S.A., conforme al historial de vinculaciones expedido por Asofondos; frente a los demás dijo no ser ciertos y no contarle manifestó que no le consta ninguno de ellos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, no existe causal de nulidad alguna, cumplimiento de requisitos formales en la afiliación, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, cobro de lo no debido, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero,

buena fe y ausencia de vicios del consentimiento.

A su turno, la AFP Porvenir S.A. en plazo legal recorrió el traslado de la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas, (fls. 178 a 190 del archivo 01 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó únicamente el relacionado con el traslado entre fondos a esa AFP, precisando que fue el 30 de abril de 1999 y frente a los demás dijo que no le constan. Propuso las excepciones que denominó: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

Por su parte, la AFP Protección S.A., dentro del término y en legal forma dio contestación al libelo, en escrito incorporado a folios 223 a 241 del archivo 01 del expediente digitalizado, en el que se opuso a las pretensiones incoadas; respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, el traslado de régimen pensional a través de esa AFP indicando que fue de manera libre y la solicitud de anulación de la afiliación al RAIS y la respuesta negativa ofrecida; frente a los demás dijo no contarle y no ser ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: prescripción, 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 a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, grabación de audiencia anexa en el expediente digitalizado, en la que declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora Isabel Rocío Velosa Tovar con la AFP Colmena hoy Protección S.A. el 3 de abril de 1995 mediante formulario No. 109793, con efectividad a partir del 1° de mayo de 1995 y se encuentra válidamente vinculada al RPMPD con Colpensiones. En consecuencia condenó a la AFP Protección S.A. a devolver o trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho fondo, desde que cobro efectividad el traslado es decir desde el 1 de mayo de 1995 a 31 de mayo 1999 y desde el 1 de junio de 2011

y hasta cuando se haga efectivo el traslado, estos últimos deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados; condenó a las AFP Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A. a devolver a Colpensiones, los costos cobrados por concepto de administración durante el tiempo que permaneció en esos fondos, es decir, o desde 1 de junio de 1999 a 30 de noviembre de 2007 y desde el 1° de diciembre de 2007 a 31 de mayo de 2011, respectivamente, cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados; y a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPMPD, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las AFP convocadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo las demandas la recurren, así: Protección S.A., reprocha la condena a que los gastos de administración nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, por lo que no hay razón para que ésta tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues alega que conforme a la Ley 100 de 1993, éstos tienen una destinación específica como por ejemplo, la compra de los seguros de la pensiones de invalidez y de sobrevivientes o para compra de las garantías o reservas a la inversión bursátil, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros de la afiliada, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados, y trasladarlos a Colpensiones significaría un enriquecimiento sin causa de ésta, además, estos gastos fueron cobrados en atención a la labor realizada con fundamento en lo estipulado en la Ley de seguridad social integral. Igualmente reprocha la condena en costas indicando que el traslado fue con la AFP Colmena y el monto impuesto es desproporcionado.

Porvenir S.A, de igual manera centra su inconformidad frente a la orden de devolución de los gastos de administración debido a que éstos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, y están establecidos legalmente en la Ley 100 de 1993, los cuales se generan en los dos regímenes, sin que se observe un

detrimento en la cuenta de ahorro individual del afiliado, sino por el contrario excelentes rendimientos por la buena administración ejercida por el fondo de por lo que no hay razón para que tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones en caso de ineficacia de traslado de régimen, pues, éstos tienen una destinación específica y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros del afiliado, y trasladarlos a Colpensiones significaría un enriquecimiento sin causa de ésta, por lo que pide se revoque la decisión de primera instancia en este aspecto- Así mismo muestra su inconformidad frente a la condena en costa, indicando que como no fue quien realizo el traslado de régimen no le corresponde asumirlas.

La AFP Old Mutual hoy Skandia S.A, reprocha la condena que le fue impuesta por a la devolución de los gastos de administración, ya que estos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, por lo que no hay razón para que ésta tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues éstos tienen una destinación específica como por ejemplo, la compra de los seguros de la pensiones de invalidez y de sobrevivientes o para compra de las garantías o reservas a la inversión bursátil, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros de la afiliada, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados, y trasladarlos a Colpensiones significaría un doble pago. Finalmente manifiesta su inconformidad frente la condena en costa con los mismos argumentos de las demás AFP.

Colpensiones argumenta que la actora no demostró la afectación de los vicios del consentimiento al momento de realizarse el traslado de regimen. Agregó que la demandante se trasladó al RAIS de manera libre, voluntaria y espontanea; y que ha estado afiliada a ese régimen por más de 20 años sin mostrar inconformidad alguna y además correspondía a la demandante obtener la información requerida al momento de realizar su traslado de régimen y que Colpensiones no participó en el trámite de traslado, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema por lo que pide se revoque la sentencia apelada y se absuelva de todas la pretensiones.

CONSIDERACIONES

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

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

Colpensiones interpone recurso de apelación señalando que la parte actora no probó los supuestos de hecho que soportan las pretensiones de la demanda; lo cierto es que era la AFP Protección S.A. antes Colmena, quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), es quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que como bien lo destaca en el recurso no participó en ese negocio jurídico. En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado de la demandante al RAIS efectuada a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A. efectuada el 3 de abril de 1995, con efectividad a partir del 1° de mayo del mismo año (fl 242 y ss del archivo 01 del expediente digitalizado), y los consecuentes traslados horizontales entre fondos a Porvenir S.A. Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A., así como su posterior retorno a Protección S.A., decisión que no fue objeto de reparo por parte de las administradoras privadas convocadas, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conformes con esa decisión. No obstante, las AFP convocadas, presentaron reparo únicamente en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe en determinar esta inconformidad, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

En relación a que no es procedente la nulidad del traslado, debido a que lo pretendido en la demanda era la ineficacia, no es argumento plausible para

dejar sin efecto la sentencia recurrida, ya que como lo ha explicitado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado, que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019)

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen. Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, que como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo los argumentos de las AFP Porvenir S.A. Old Mutual hoy Skandia S.A. y Protección S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración y seguros previsionales dado que su gestión se encontraba

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.

amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la actora; de lo contrario se le estaría dando efectos parciales a esa declaratoria. Dé no operar dicho reembolso, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

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 y Protección S.A., Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al disponerse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva. De otra parte, la carga prestacional a cargo de Colpensiones no es gratuita, al disponerse la devolución plena de la suma que tenía en la cuenta de ahorros de la AFP. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, considera la Sala que es viable imponer condena en costas de primera instancia en contra de las AFP demandadas, puesto que a lo largo del proceso han presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

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

“(…)

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

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que las demandadas AFP asuman el pago de las costas procesales, por tanto, confirmará la condena impartida en primera instancia frente a este punto. Acotando que en relación con el monto dispuesto por el a quo que reprocha la AFP Protección S.A, no es esta la oportunidad para controvertirlas. Argumentos por los que igualmente se le impondrá condena en costas a las recurrentes, ante la improsperidad de sus recursos.

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

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Segundo.- Costas de esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones y las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de ellas en favor de la demandante.

Notifíquese legalmente.


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 LEÓN DARÍO RAMÍREZ YÁNEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de abril de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

A U T O

Reconocer personería al abogado Jhon Ferney Patiño Hernández quien se identifica con la C.C. No 1.072.653.246 y la T. P. No. 319.844 del C. S. de la J. como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y a la abogada Edna Cristina Fajardo Andrade, identificada con la C.C. No. 1.010.215.262 y la T.P. 298.226, como apoderada sustituta de Skandia Pensiones y Cesantías S.A., en la forma y para los efectos de los poderes conferidos.

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

Notifíquese

SENTENCIA

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida el 30 de junio de 2021, por el Juzgado Quinto 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

León Darío Ramírez Yáñez, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, Porvenir S.A. y Old Mutual S.A., para que se declare la nulidad del traslado al RAIS a través de Porvenir S.A., en consecuencia, se ordene a Old Mutual S.A. a devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos causados, gastos de administración. De igual manera, en caso de que se hubiere otorgado pensión por la AFP, se disponga que el fondo de pensiones continúe realizando su pago hasta que sea incluido en nómina de pensionados de Colpensiones. Finalmente, pide se condene en costas y lo ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 1 a 5 (archivo 001 expediente digital), en los que en síntesis indica que: se afilió al otrora ISS el 24 de enero de 1994, entidad de la que se trasladó con destino a Porvenir S.A. el 19 de mayo de 2015, luego de que un promotor de la AFP se limitó a llenar el formulario sin suministrar información completa, veraz, adecuada y suficiente en la que se le manifestara los beneficios y consecuencias negativas de la decisión de traslado, sin que se le hiciera entrega de proyección o comparativo entre las prestaciones a recibir en uno y otro régimen, tampoco se le indicaron los pormenores para acceder a la prestación en el régimen privado como lo son el capital ahorrado, la negociación del bono pensional de manera anticipada, la incidencia de beneficiarios en la liquidación de la prestación, no que no se le suministró información objetivamente fue un verificable al momento de la afiliación, por tanto solicitó a Porvenir S.A. copia de los documentos entregados

cuando se realizó el traslado, sin que aquellos se lo entregaran. Se vinculó a Odl Mutual hoy Skandia S.A., administradora en la que continúa afiliado. Solicitó a los fondos de pensiones de privados la anulación de su vinculación, y pidió a Colpensiones la vinculación al RPMPD, peticiones que se resolvieron desfavorables a su interés. Por último, refiere que luego de un cálculo elaborado se determinó que el valor de la mesada pensional sería superior en Colpensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones; se opuso a la totalidad de las pretensiones (pdf 280 a 281, archivo 001 expediente digitalizado), frente a los hechos aceptó la afiliación al ISS y la solicitud de afiliación elevada a Colpensiones. Incoó como excepciones de mérito las de validez de la afiliación al RAIS, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la constitución política adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, compensación, prescripción y la innominada o genérica.

Old Mutual hoy Skandia Pensiones y Cesantías S.A., dio contestación en forma legal y oportuna (pdf 322 a 332, archivo 001 expediente digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó: la vinculación a Old Mutua, la petición de anulación de aquella y la respuesta negativa. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, genérica.

Porvenir S.A., dio contestación a libelo oponiéndose a la totalidad de las pretensiones (pdf 451 a 453, archivo 001 expediente digitalizado); en cuanto a los hechos únicamente aceptó la afiliación del demandante a esa AFP, respecto a los demás manifestó no ser ciertos o no constarles. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 2) declaró ineficaz el traslado al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A.; ordenó a Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a Colpensiones a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar la historia laboral. Impuso costas a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. en suma de seis smmlv, a cargo de cada una de las demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones la recurrió por considerar que el demandante se afilió al RAIS de manera libre y voluntaria como lo expresó en su interrogatorio, puesto que para el año 2015 no estaba inmerso en una prohibición legal, aunado a lo anterior el demandante fue negligente dado que solo se preocupó por su afiliación cuando estaba próximo a cumplir la edad para acceder a la pensión en el RPMPD, sin que en algún momento se acercara a realizar alguna averiguación sobre el derecho prestacional.

A su turno, Porvenir S.A. disiente la decisión de primera instancia, ya que el cambio de régimen realizado en el año 2015 fue saneado por el paso de tiempo, esto es por ratificación, a más que dentro del interrogatorio vertido por el demandante fue posible establecer que conocía las características propias de cada uno de los regímenes previsionales y de manera voluntaria decidió vincularse al régimen privado, realizando posteriormente un traslado horizontal entre administradoras del RAIS, constituyendo con ello un acto de relacionamiento. Debe igualmente entenderse que se encuentra inmerso en la prohibición de la ley 797 de 2003. El actor tenía el deber de informarse adecuadamente acerca del sistema general de pensiones. Finalmente considera que la condena en costas fue excesiva.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

A su vez, Porvenir S.A. y Old Mutual solicitaron se revoque la sentencia de primer grado.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones y Porvenir S.A. hacen 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 el actor 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 55 años de edad, en tanto nació el 20 de abril de 1967 conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (pdf 55 archivo 001); 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 9 de mayo de 2015 efectivo el 1° de julio del mismo año a la AFP Porvenir S.A. (pdf 72, archivo 001) 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 ni en los alegatos sobre 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 "PORVENIR S.A. no le entregó información suficiente veraz para tomar la decisión de trasladarse de su régimen pensional al RAIS", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

debió dar por la AFP Porvenir S.A. al momento del traslado del régimen pensional acontecido 9 de mayo de 2015 efectivo el 1º de julio del mismo año a la AFP Porvenir S.A. (pdf 72 archivo 001). Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que el traslado de régimen aconteció porque empezó a recibir llamadas de una promotora de Porvenir S.A. convenció tanto a él como a su esposa de afiliarse a esa AFP. En aquella oportunidad la asesora le aseguró que solamente debía estar un año en el fondo privado y luego de ello podía retornar a Colpensiones, pero que con el tiempo se iba a dar cuenta de las ventajas del régimen privado puesto que iba a tener el control sobre lo cotizado, además de ganar intereses y que por ello iba a ser mejor, incluso le prometió bonos y un Ipad. Luego del cambio de régimen pensional Old Mutual lo citó cuando le faltaban menos de 2 años para cumplir la edad para acceder a la pensión, oportunidad en la que se evidenció lo desfavorable del RAIS, por lo que allí presentó una PQR que fue resuelta contraria a sus intereses, por lo que buscó a un abogado y allí inició el trámite judicial. Aseguró que fue por medio del abogado que empezó a conocer sobre las características de los regímenes pensionales, pues con posterioridad a la afiliación inicial, la comercia no volvió a responder las llamadas.

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

Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y

otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de dicho traslado, obligación que se debió efectuar en mayo de 2015.

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 (pdf 67 archivo 001) y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP 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.

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

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 del promotor es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.

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

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

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP 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.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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.

MONTO DE LAS COSTAS

Otro de los reparos de la AFP, tiene que ver con el valor fijado por concepto de agencias en derecho. Frente a este punto basta señalar que no es ésta la oportunidad procesal para controvertir dicho monto, teniendo en cuenta lo previsto en el numeral 5° del artículo 366 del CGP aplicable por remisión del artículo 145 del CPT y SS

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

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Segundo.- Costas de la instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$900.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una de éstas, y en favor de la parte demandante.

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

CONTINUACIÓN AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLAUDIA MARCELA RUBIANO MOLANO CONTRA LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTA ESP - EAAB.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de abril de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuestos por la parte demandante contra de la sentencia del 16 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Claudia Marcela Rubiano Molano, por medio de apoderado judicial, demandó a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP, para que se declare que el contrato de trabajo suscrito entre las partes el 2

de enero del año 2013, pactado a término fijo, junto con sus adiciones, es a término indefinido en virtud de la convención colectiva de trabajo celebrada entre la EAAB ESP y Sintraemsdes el 24 de noviembre del año 2015, de la cual es beneficiaria por ser afiliada a la organización sindical y se condene en costas.

Fundamenta sus peticiones en los hechos relacionados a folios 2 a 6 de archivo 4 de la careta 02 del expediente digitalizado, en los que en síntesis manifiesta que entre la EAAB ESP y la organización sindical "SINTRAEMSDES" se celebró el 24 de noviembre de 2015 una convención colectiva de trabajo en cuyo artículo 57 para garantizar la estabilidad de los trabajadores se pactó que los contratos de trabajo se suscribirían a término indefinido y que los trabajadores vinculados a esa fecha, sería a término indefinido; que en el artículo 58 convencional delimita la contratación a término fijo solo en eventos de realización de una obra o labor determinada, o para la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio; o para reemplazar a personal en vacaciones o licencias. Señala que se vinculó al servicio de la EAAB ESP; mediante contrato de trabajo escrito a término fijo con registro 36543, el 2 de enero de 2013, con duración hasta el 1° de Julio de 2013; en el cual se desempeñó, como profesional nivel 22, cargo que subsiste en la planta de personal, así como las causas que le dieron origen, esto es, la prestación del servicio público de acueducto; que dicho contrato fue prorrogado a través de memorandos internos, así: entre el 22 de julio y el 31 de diciembre de 2013; del 1° de enero al 30 de Junio de 2014; desde 1° de julio hasta el 31 de diciembre de 2014; entre el 1° de enero y el 31 de Mayo de 2015 y desde el 1° de junio hasta el 30 de noviembre de 2015, en el mismo cargo y con el mismo nivel; que seguidamente celebraron contrato escrito de trabajo a término fijo No. 37036543, entre el 2 de diciembre de 2015 y el 31 de diciembre de 2016, para desempeñar el mismo cargo y en el mismo nivel; que suscribieron "otro si" el 27 de diciembre de 2016, prorrogándolo hasta el 31 de diciembre del 2017; del 18 de diciembre de 2018, nuevamente prorrogándolo hasta el 31 de diciembre del 2019; por lo que viene prestando sus servicios por mas de seis años; que ha obtenido calificaciones sobresalientes en las distintas evaluaciones que sobre su desempeño laboral, su labor no ha sido reemplazando a otro trabajador que se encuentre en

vacaciones o en licencia, no es un trabajo ocasional, o transitorio; como tampoco lo es para una obra o labor determinada; que se encuentra afiliada a la organización sindical por lo que es beneficiaria de la citada convención. Agrega que los concursos a que hace alusión el capítulo VII de la convención colectiva en el denominado "Régimen de Transición" fueron establecidos para el ingreso de trabajadores con posterioridad a la firma de esta; el 3 de septiembre de 2019 presentó reclamación administrativa la cual fue respondida con escrito del 2 de octubre del mismo año en forma negativa; y que la EAAB ESP abrió concurso para proveer el cargo que ocupa, desconociendo que se encuentra vinculada en la realidad a término indefinido y la somete a participar en dicho concurso.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P dio respuesta en legal forma y dentro de término, mediante escrito visible en el archivo 2 de la carpeta 04 del expediente digitalizado, en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones; acerca de los hechos acepto la celebración de convención colectiva de trabajo con Sintraemsdes, parcialmente los relacionados con los contratos de trabajo suscritos con la demandante y niega los demás, indicando que debe imperar el principio de interpretación jurídica que indica que donde la norma es clara no le es dable al interprete darle un alcance diferente, ello en la medida en que la actora pretende que se le dé un alcance que no corresponde a una norma convencional; que la actora busca deslegitimar, defraudar la CCT, ya que en últimas solicita que se avale jurisdiccionalmente que no presente concurso de méritos para que se le contrate a término indefinido. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, cobro de lo debido, compensación, prescripción, buena fe de la demandada y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

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

mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (grabación de audiencia incorporada en el archivo 01 de la carpeta 13 del expediente digitalizado) en la que declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe, propuestas por la parte demandada; en consecuencia absolvió a la demandada todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora Claudia Marcela Rubiano Molano y condenó en costas a la promotora.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, fue recurrida por el apoderado judicial de la parte demandante, quien manifiesta que la sentencia debe ser revocada en su integridad y en su lugar se acojan las súplicas reclamadas, teniendo en cuenta que la fijación del litigio se centró en establecer, si es o no aplicable a la demandante, lo acordado entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. y la organización sindical "SINTRAEMSDES" en su integridad en los artículos 57 y 58 de la convención colectiva de trabajo, suscrita el 24 de noviembre de 2015; y así determinar que su vinculación laboral lo es a término indefinido. Que el a quo no hizo valoración del artículo 57 de la Convención Colectiva de Trabajo, mismo que establece claramente que todos los contratos serán celebrados a término indefinido; que no se tuvo en cuenta ni se valoró lo establecido en el parágrafo del artículo 58 convencional en que establece que solo se puede contratar a término fijo para situaciones excepcionales y casos específicos, que la misma se suscribió el 24 de noviembre de 2015 y la empresa la mantuvo vinculada ilegalmente hasta el 31 de diciembre de 2019, y solo con ocasión de la reclamación administrativa, la entidad convocó concurso de méritos solo se puede contratar a término fijo para situaciones excepcionales y casos específicos; que no se tuvo en cuenta el principio de favorabilidad en el sentido de que cualquier duda se resuelve en favor del trabajador, y en la sentencia pasó al contrario, se resolvió a favor del empleador, sin tener en cuenta las alegaciones presentadas y que la Juzga directiva de la entidad determinó la formalización de ellos contratos entre ellos el de la demandante, como un contrato a término indefinido.

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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

DEL CONTRATO DE TRABAJO

No existe controversia en cuanto a que la señora Claudia Marcela Rubiano Molano ha prestado sus servicios para la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., mediante contrato de trabajo a término fijo con registro 36543, desde el 2 de enero de 2013, en cual fue prorrogado a través de memorandos internos hasta el 30 de noviembre de 2015 (fls. 4 a 11 del archivo de anexos de la carpeta 02 del expediente digitalizado); que posteriormente suscribieron un nuevo contrato a término fijo No. 37036543, con vigencia entre el 2 de diciembre de 2015 y el 31 de diciembre de 2016, que igualmente fue prorrogado y se mantiene vigente a la presentación de la demanda, ocupando el cargo de profesional nivel 22 en la División de Operación Comercial, lo cual fue aceptado por la empresa accionada al contestar la demanda y se corrobora con la documental referida anteriormente.

NATURALEZA DE LA VINCULACIÓN CONTRACTUAL

El problema jurídico que centran la atención de la Sala consiste en establecer, si por lo dispuesto en los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la EAAB ESP y la organización sindical "SINTRAEMSDDES", la relación que une a las partes es bajo la modalidad de contrato de trabajo a término fijo o indefinido.

Es de precisar que, el art. 469 CST el cual establece que "La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional del Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de estos requisitos la convención no produce ningún efecto".

Frente al valor probatorio que se debe dar a las convenciones colectivas la CSJ en sentencia SL 1322-2019 señaló que no es posible exigir que se alleguen en copia auténtica, pues esto contraría el art. 54A del CPTSS, norma que dispone que los documentos o sus reproducciones simples presentados por las partes con fines probatorios, se reputan auténticos; sin embargo, afirma que esto no es excusa para no incorporarse con la respectiva nota de depósito en término ante el Ministerio de Trabajo, al tratarse de un requisito sine qua non previsto en el art. 469 del CST.

Al revisar la convención colectiva de trabajo allegada en el expediente digital, encuentra la Sala que aparece con el correspondiente sello de depósito (archivo convención colectiva de la carpeta 02 del expediente digitalizado), por lo tanto, debe ser valorada, como en efecto lo hizo la falladora de instancia (art. 469 CST).

De igual manera, como lo aceptan las partes, la demandante es beneficiaria de la convención colectivas de trabajo suscrita entre el sindicato y la empresa demandada, aunado a que obra desprendible de nómina (Fol. 20 del archivo de anexos de la carpeta 02 del expediente digitalizado) en la que se constata el respectivo descuento de cuota sindical a favor de SINTRAEMSDDES.

Para resolver la controversia nos debemos remitir al texto convencional (Fols. 33 a 35 del archivo convención colectiva de la carpeta 02 del expediente digitalizado) en la cual se señaló lo siguiente:

Artículo 57. CLASE DE CONTRATO. Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores, serán celebrados a término indefinido. La empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de mérito con los criterio de escalafón.

*Respecto a los trabajadores oficiales actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entiéndase como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo.
(...)*

Artículo 58. CONTRATO OCASIONAL O TRANSITORIO Y A TÉRMINO FIJO. La Empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido, cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.

De manera excepcional la Empresa podrá vincular trabajadores mediante contrato laboral a término fijo, única y exclusivamente en los eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de estos contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de las cuales se realizan.

(...)

Parágrafo: (...)

En ningún caso podrá vincularse trabajadores mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los específicos para cada evento”

Resulta Preciso traer a colación lo establecido por la Sala de casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4982-2017 respecto de la naturaleza y alcance de las disposiciones convencionales, señaló: “De ahí que la convención colectiva de trabajo haya sido reconocida por antonomasia por la jurisprudencia como una fuente autónoma de derecho, en tanto que, a la par con la ley, los reglamentos, el laudo arbitral y otras normas laborales, establece derechos, obligaciones, deberes y facultades de los sujetos de la relación de trabajo, conclusión que también encuentra asidero en los Convenios 98 y 154 de la OIT, en los que se define el derecho de negociación colectiva como uno de los procedimientos voluntarios idóneos de reglamentación, a través de acuerdos colectivos. Así, lo ha sentado en múltiples oportunidades la doctrina de esta Sala, entre otras, en las sentencias SL9561-1997; SL15987, SL16556 y SL16944, todas de 2001, CSJ SL15605-2016, y más recientemente en sentencia CSJ SL4934-2017.

Entonces, como el contrato colectivo producto de la autonomía de la voluntad de las partes mediante el cual sus suscriptores dictan disposiciones que constituyen verdadero derecho objetivo con efectos vinculantes -como bien lo entiende el recurrente según lo expuesto en el eje central de su ataque-, sus contenidos rebasan las facultades del juez del trabajo a quien le está vedado desconocerlos”.

Igualmente, en sentencia SL351-2018, reiterada en la SL2816-2019, respecto a la valoración del contenido de los textos convencionales, precisó:

*“La Corte debe insistir en este punto en que, a partir de parámetros objetivos como la filosofía del ordenamiento jurídico relacionado con el trabajo, la coherencia de un texto convencional, **entendido como un todo, su lectura integral y uniforme**, el espíritu razonable de las disposiciones y la voluntad sistemática de las partes, entre otros, es posible reconocer un marco legítimo dentro del cual las partes pueden albergar dudas razonables respecto de ciertas cláusulas. Como toda norma jurídica, **la convención colectiva cuenta con un marco de interpretación razonable, que les da autonomía a las partes y al Juez para decidir lo más adecuado, de entre varias opciones plausibles, pero que, a la vez, niega la validez de lecturas inaceptables, que traicionan abiertamente el contexto en el que se producen o que resultan ilógicas, irrazonables y desproporcionadas**”. (Negrilla fuera del texto)*

Establecido lo anterior, de entrada para la Sala es claro que no le asiste razón la parte demandante, pues de la lectura de los artículos 57 y 58 de la convención colectiva de trabajo, se puede colegir que en efecto la entidad demandada limitó la contratación de los trabajadores a través de la modalidad a término fijo, pues se puede establecer con meridiana claridad

que por regla general la vinculación se realizará a través de contratos de duración indefinida y excepcionalmente, solo para las causales del artículo 58 se puede acudir a la contratación a término fijo, en ese orden, se reitera, de la lectura desprevenida y fraccionada que propone el actor podría pensarse que conforme el cargo para la cual fue contratada la actora no era posible su vinculación a través de contrato a término fijo; no obstante, siguiendo los derroteros jurisprudenciales, debe tenerse en cuenta que el mismo artículo 57, inciso segundo expresa que: “La empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de mérito con los criterios de escalafón”, apartado que necesariamente remite a otros artículos del texto convencional, en especial a lo dispuesto en el preámbulo del acuerdo convencional en el que se establece que “La Empresa y SINTRAEMSDDES Subdirectiva Bogotá, ratifican, que las diferencias de trato solo estarán fundadas de manera objetiva en el marco de la Convención Colectiva de Trabajo Vigente, valorando las destrezas, habilidades, conocimiento, experiencias y exigencias intelectuales o físicas inherentes a la actividad laboral, sin mediar tratamiento discriminatorio, **accediendo al empleo por concurso de méritos**, sin tener en cuenta las condiciones de trabajo por razones de género, inclinación sexual, raza, condición, edad, filiación política, sindical o religiosa.”, así como en los artículos 39 y 53 en las que se acordó:

Art. 39. Estructura y planta de personal (...) “Parágrafo 3: La Empresa implementará los procesos de selección para llenar las vacantes que allí se generen, dando aplicación al Ciclo de Desarrollo Humano que se apruebe. Este proceso se adelantará así: primero, internamente dando prioridad en participación a los trabajadores vinculados con la EAB-ESP a término indefinido; segundo, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicios o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua por cuatro o más años; tercero, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicios o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua entre un año y cuatro años; y cuarto, el mismo procedimiento a los trabajadores con cualquier modalidad de contrato que lleven menos de un año o con personal externo.”

Art. 53. Concurso de méritos. Por una única vez para proveer las vacantes que resulten por la adopción de la planta de personal. “Por una única vez la EAB-ESP hará la provisión de personal a término indefinido de las vacantes que resulten por la adopción de la planta de cargos definitiva de trabajadores oficiales, mediante proceso de concurso de méritos que se realizará en tres (3) Convocatorias...”

Por lo que es claro para la Sala que para que haya vinculación a término indefinido, previamente debe agotarse la etapa del concurso de mérito, por cuanto así lo han definido las partes en la Convención Colectiva de Trabajo 2015-2019. Aunado a lo anterior no se puede perder de vista que en el artículo 51 se acordó un régimen de transición, así:

“ARTÍCULO 51. VINCULACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, definieron que el Régimen de Transición irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020. Los contratos a término fijo celebrados por la EABESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015. Las partes acuerdan que, a partir del 1 de diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAB-ESP por un término inicial de trece meses (13) que irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo. (...)”.

Del acuerdo transcrito se desprende, de un lado, que los trabajadores que laboraran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado, serían vinculados con contrato a término fijo, de ahí que la vinculación del demandante se hiciera bajo esa modalidad, ya que éste fue contratado para la División Operación Comercial Zona Dos, la cual pertenece a los procesos en mención, de otro lado, el mismo acuerdo convencional señaló que estos contratos se podrían prorrogar automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Régimen de Transición, el cual hace referencia a los concursos de mérito para la vinculación mediante contrato a término indefinido, por tratarse de un cargo de una planta diferente.

Ahora, como quedó demostrado con la prueba documental incorporada que el último vínculo laboral que une a las partes, es el que se suscribió desde el 3 de diciembre de 2015, con sus otro sí y prorrogas que mantienen aún a la actora en el desempeño de su cargo como Profesional Nivel 22, y en la que, efectivamente se trata de un cargo de la planta temporal, creada mediante Acuerdo No. 23 de 2012 de Junta Directiva, que tuvo vigencia solo hasta el 30/11/2015, según Acuerdos 13 de 2013 y 14 de 2014 de Junta Directiva de la EAAB-ESP en la cual, la entidad demandada en estricto apego al acuerdo colectivo, mediante “otro sí” ha venido prorrogando el vínculo laboral con fundamento en que: “Teniendo en cuenta que existe la necesidad de mantener la presente contratación laboral, en virtud y cumplimiento de los artículos 38 y 51 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá y el artículo 209 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con SINTRASERPUCOL,(...), las partes del contrato

en el marco de los principios de buena fe y moralidad, acuerdan PRORROGAR el vínculo laboral hasta el 31 de diciembre de 2018”

En ese sentido, si bien es cierto la regla general es la vinculación y contratación a través de contrato de trabajo a término indefinido, lo cierto es que, en el contexto del clausulado convencional “entendido como un todo” debe tenerse en cuenta que el vínculo de la actora con la entidad demandada es en un cargo de la planta provisional sometido a concurso de méritos, razón por la cual, resulta aplicable las normas convencionales antes analizadas, mismo que habilita al empleador la vinculación a través de contrato a término indefinido hasta tanto se tienen las vacantes y se supere el proceso de concurso de méritos, razón por la que, desde esa perspectiva, para que el contrato de la actora mute de duración fija a indefinida necesariamente debe ser superando el concurso de méritos, y allí sí, se daría aplicación al inciso segundo del artículo 57 de la Convención Colectiva de Trabajo.

Igualmente, considera la Sala que no es cierto la afirmación del apoderado recurrente en manifestar que el a quo no hizo referencia al artículo 57 y 58 convencional, cuestión diametralmente diferente es que no le dio el alcance que el apoderado pretende, por demás equivocado, ya que la prohibición del artículo 58 referida a que “En ningún caso podrá vincularse trabajadores mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los específicos para cada evento”, debe entenderse en relación con los cargos de la planta definitiva, siendo que en el sub examine al existir una planta provisional debe darse aplicación al artículo 51, que permite la contratación a través de contrato a término fijo, y el cual tiene su razón de ser en la medida en que su existencia está condicionada a la provisión del mismo de carácter definitivo cuando se supere el concurso de méritos.

Ahora, respecto al apartado del artículo 57 referido a que: “Respecto a los trabajadores oficiales actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entiéndase como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo”, apuntala la Sala que ciertamente la fecha de suscripción de la Convención Colectiva 2015-2019 corresponde al 24 de noviembre de 2015, fecha para la cual estaba vigente el primero contrato (2 de enero de

2013 hasta el 30 de noviembre de 2015); no obstante, el mismo feneció y se inició otro el 3 de diciembre de 2015, y así lo relata la parte actora en el libelo introductor, sin que se haya pretendido en la demanda la declaratoria de unidad contractual o existencia de una sola relación laboral, y en ese orden, como quiera que el vínculo vigente es el que inició desde el 3 de diciembre de 2015, es decir, con posterioridad a la suscripción del acuerdo convencional, no podría aplicarse o entenderse que su contrato lo sería a término indefinido, máxime que por estar ostentando un cargo de carácter provisional quedó sometido a la regla del artículo 51 que habilita la suscripción a través de contrato a término fijo hasta tanto se mantenga la vacante y se provea con posterioridad mediante contrato a término indefinido previo el concurso de méritos.

Ahora, esgrime el apoderado judicial apelante que no se tuvo en cuenta el principio de favorabilidad, ya que en su sentir debía aplicarse el artículo 57 y 58, es de indicar que la jurisprudencia ha precisado que: “dicho postulado es un método de aplicación normativa, el cual, junto con los principios de jerarquía, competencia, cronología y especialidad, busca eliminar las antinomias presentadas, cuando, al pretenderse subsumir los hechos del caso concreto a un supuesto normativo, resultan dos disposiciones aplicables, evento en el cual, se preferirá las más favorable al trabajador, con la condición, que se encuentren vigentes” (sentencia de casación CSJ SL047-2019), lo que no resulta configurarse en el sub examine, dado que no estamos frente a dos disposiciones aplicables. Por dicho en precedencia no queda otro camino que confirmar la decisión absolutoria de primera instancia.

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

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$300.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese en forma legal.


MILLER ESQUIVEL GAFFAN
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 CARMEN ORTEGÓN VÁSQUEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES; SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de abril de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 31 de mayo de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco 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.

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

DEMANDA

María del Carmen Ortega Vásquez por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., para que se declare la nulidad o ineficacia de la

afiliación o traslado del RPMPD al RAIS administrado por ING hoy Protección S.A. efectuado el 9 de septiembre de 1994 por el incumplimiento en deber de información, así como la anulación del traslado posterior entre fondos a la AFP Porvenir S.A, y que para todos los efectos la única afiliación válida es la efectuada en el RPMPD; se ordene Colpensiones y la AFP Porvenir realizar todas las gestiones necesarias para retornar al RPMPD. En consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual; a Colpensiones recibirla sin solución de continuidad, corregir y actualizar su historia laboral. Igualmente pide que se condene a las demandadas a lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 8 a 10 del expediente digitalizado), en los que en síntesis se indicó que: nació el 30 de diciembre de 1961; estuvo afiliado en el RPMPD con el ISS hoy Colpensiones desde el 13 de marzo de 1986 y cotizó 514 semanas; se trasladó al RAIS el 9 de septiembre de 1994 a través de la AFP ING hoy Protección S.A. y posteriormente de manera horizontal a la AFP Porvenir S.A. el 1° de abril de 1998. Señala que la aparente decisión libre y voluntaria para cambiarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP inicial que lo recibió, por lo que no existe consentimiento, libertad y voluntad ya que se destacó por la indebida y nula información que suministraron el fondo privado para convencerla de que se trasladara de régimen pensional. Agrega que en las AFP a 31 de octubre de 2019 ha cotizado 1251 semanas y actualmente se encuentra vinculada a Porvenir S.A., por lo que esa fecha cuenta con un total de 1.766; no se le manifestó la posibilidad de retornar al RPMPD antes de que le faltaran menos de 10 años para pensionarse; que la AFP Porvenir S.A. le informó que su mesada pensional a la edad 58 años sería aproximadamente de \$828.116, mientras que teniendo en cuenta el IBC con que cotiza, en el RPMD podía ser de \$1.453.232 y que el 25 de octubre de 2019, radico ante las demandadas solicitud de nulidad de las afiliación o traslado y su retorno al RPMPD.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones

formuladas (folios 98 a 131 del archivo 01 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al ISS el 13 de marzo de 1986, el número de semanas allí cotizadas, 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: descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La AFP Protección S.A. en legal forma y dentro de término a través de escrito incorporado a folios 1 a 19 del archivo 02, carpeta 03 del expediente digitalizado, en el que manifestó que se opone únicamente a las pretensiones instauradas en su contra; frente a los hechos, aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la promotora, el traslado al RAIS, indicando que lo fue a través de la AFP Davivir hoy administrado por Protección S.A., el traslado entre fondos a la AFP Porvenir S.A. y la reclamación presentada; en relación con los demás dijo no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de fondo de: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.

Por su parte la AFP Porvenir S.A., en legal forma y dentro de término describió el traslado en escrito incorporado en el archivo 02 de la carpeta 08 del expediente digitalizado; en el que se opuso a las pretensiones formuladas, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; el traslado entre fondos y la reclamación a ellos presentada, a los demás dijo no contarle y no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, coto 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 (grabación de audiencia incorporada en el expediente digitalizado, archivo 20; en la que absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por María del Carmen Ortegón Vásquez y condenó en costas a la promotora.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante la recurre en apelación, indicando que es equivocada la conclusión del fallador de primer grado al establecer que no se demostró un perjuicio ya que con la simulación de su pensión solicitada en 2018 comparada con ingreso base de cotización es ostensible que la prestación en el RPMPD es muy superior al que puede obtener en el RAIS, así mismo que no existía ningún vicio del consentimiento al haberse suscrito un formulario de afiliación, ya que la solicitud de nulidad se centra es en el incumplimiento del deber de información por parte del fondo privado al cual realizó el traslado de régimen, no solo por acción, sino por omisión, lo que conlleva a la ineficacia de la afiliación, tal como lo ha señalado en reiterados pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia, ya que, es el engaño no solo se produce en lo que se afirma si no en los silencios del profesional que tiene el deber de proporcionar toda la información relevante para la toma de la decisión de la afiliación. Además, la carga de la prueba está a cargo de la entidad demandada, y no se evidenció que la información suministrada a la actora fuera clara, experta y precisa y oportuna de la ventaja y desventaja del traslado de un régimen a otro, por lo que solicita se revoque la decisión apelada y se conceda las pretensiones formuladas.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, solo la AFP Porvenir presentó alegaciones en esta instancia, insistiendo que la información suministrada a los afiliados del RAIS, se encuentra acorde con las disposiciones legales, y no son caprichosas y la teoría de la inversión de la carga de la prueba en esta clase de proceso, para aplicar a situaciones ocurridas hace casi 20 años atrás, no resulta un análisis ponderado, ya que en principio incumbe al demandante demostrar el actuar indebido de

Porvenir S.A. o de sus funcionarios, por lo que se debe confirmar la decisión de primera instancia.

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

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

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Como preámbulo 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 a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, por tanto, es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo "la aparente decisión libre y voluntaria para cambiarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP inicial que lo recibió, por lo que no existe consentimiento, libertad y voluntad ya que se destacó por la indebida y nula información que suministraron el fondo privado para convencerla de que se trasladara de régimen pensional, (...) no se le mencionó sobre la posibilidad de retrato, ni mucho menos de retornar al RPMPD (...)", son hechos indefinidos negativos que invierte la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que " las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las

negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que en el caso de las negaciones éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y en sentencia del de abril 2019, 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 que proceda el 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, ser beneficiario del régimen de transición o conocimientos especializados, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. 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.

Así mismo es de puntualizar que en relación con la ineficacia o nulidad del traslado, conforme lo ha reiterado la máxima corporación de justicia ordinaria laboral, “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).”

Así, una vez examinadas las pruebas adosadas al proceso, contrario a la conclusión a la que llegó el a quo con el simple análisis de las pruebas aportadas al plenario, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Davivir hoy Protección S.A. al momento de acoger como afiliada a la accionante, 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, la AFP por intermedio de su asesor no se 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, pues si bien aceptó haber recibido una información, ésta no fue sincera y acorde con realidad pensional, como esta misma lo señala el los fundamentos fácticos propuestos.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 28 del archivo 02, carpeta 03 del expediente digitalizado y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, debido a que la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección del régimen de ahorro individual la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones ” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Davivir hoy Protección S.A., conforme a lo analizado y el interrogatorio de parte no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen.

Inclusive, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio folio 28 del archivo 02, carpeta 03 del expediente digitalizado, 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.

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, ya que, 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 de la AFP.

Aunado a lo anterior, contrario a lo concluido por el fallador de instancia en el sentido de que no está demostrado un perjuicio frente al valor de la pensión que pudiera obtener en uno u otro régimen, con la documental aportada al proceso, concretamente con la solicitud de simulación de la prestación que podía obtener en Porvenir S.A. le indicó que podría sería de \$828.116, es decir, la equivalente al SMLMV y al calcularla teniendo en cuenta el ingreso base de cotización es ostensible que la prestación que puede obtener en el RPMPD, es muy superior, por lo que la información ofrecida por la AFP, fue equivocada y con ello surge un detrimento en la prestación que pueda obtener. Advirtiendo la Sala que en el asunto aquí planteado lo esencial consiste en definir es la nulidad proviene ante la falta de información, conforme se indicó en precedencia y como lo ha reiterado en innumerables sentencias la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias antes referidas, en el sentido de que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información

clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional; por lo que no se entiende el por qué, a pesar de haberse hecho este análisis por el fallador de instancia, llega a conclusión diferente, con fundamento en que no se demostró un perjuicio a la accionante.

Tampoco son de recibo los argumentos expuestos por el a quo según los cuales lo aquí debatido es un punto de derecho cuyo error no vicia el consentimiento, o que la ignorancia de la ley no es excusa, pues 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; como bien lo indicara el demandante al momento de sustentar su recurso. Sin dejar de lado, se reitera, que unos son los principios que gobiernan el derecho del trabajo y la seguridad, y otros, los del derecho común, sin que éstos puedan regular aquél.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que trae aparejada la devolución de todos los dineros percibidos por los fondos privados, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el

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.

RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. Dé no operar dicho reembolso, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

En consideración a lo anterior, es palmario 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 Porvenir S.A., y Protección S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, por los periodos que estuvo vinculada a cada una de ellas 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; precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado, se dispondrá revocar la decisión de instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia o nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por María del Carmen Ortegón Vásquez con destino a la AFP Davivir hoy Protección S.A., el 9 de septiembre de 1994 con efectividad a partir del 1º de octubre del mismo año (fl. 31 del expediente digitalizado) y su posterior traslado entre fondos realizado a la AFP Porvenir S.A. el 12 de febrero de 1998, ordenando a la AFP Porvenir S.A. ultimo fondo al que se encuentra afiliada el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus respectivos rendimientos, así como

lo descontado por concepto de seguro previsional, y gastos de administración a Colpensiones, esto último que igualmente debe cumplir la AFP Protección S.A. por el periodo que la actora estuvo vinculada a esa AFP, entidad que deberá mantener la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado y recibir tales aportes.

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 tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

En lo demás no se presentó reparo por ninguna de las partes.

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

R E S U E L V E

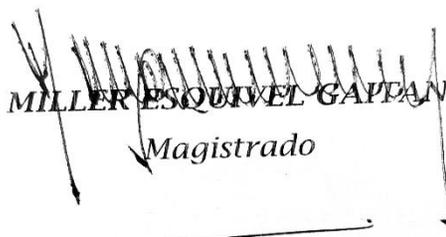
Primero.- *Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por María del Carmen Ortegón Vásquez con destino a la AFP Davivir hoy Protección S.A., el 9 de septiembre de 1994 con efectividad a partir del 1º de octubre del mismo año., así como el posterior traslado entre fondos efectuado a la AFP Porvenir S.A. el 12 de febrero de 1998. De acuerdo con las consideraciones de esta decisión.*

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

Tercero.- Ordenar a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración, por el periodo que la demandante estuvo vinculada en ese fondo privado.

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

Notifíquese en forma legal.


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 LUIS EDUARDO TRUJILLO VALENCIA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de abril de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 19 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

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

Laureano Rodríguez Rojas, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que condene al reconocimiento y pago del retroactivo de su pensión de vejez reconocida de conformidad con acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, concediendo el derecho a partir del 29 de septiembre de 2014; se condene al reconocimiento y pago del retroactivo, intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993; indexación, lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 1 a 3 del archivo 04 del expediente digitalizado, en los que en síntesis se indica que: nació el 3 de noviembre de 1947, por lo que contaba con 60 años de edad desde el mismo día y mes de 2007; presentó solicitud de reconocimiento de pensión de vejez el 11 de febrero de 2013 y Colpensiones por medio de la resolución GNR 043302 del 19 de marzo del mismo año le negó el derecho, con fundamento en que no contaba con la densidad de semanas exigidas en la ley 797 de 2003, sin hacer un estudio del régimen de transición; posteriormente el 29 de septiembre de 2017, requirió nuevamente a la entidad el reconocimiento de la prestación en los términos del Decreto 758 de 1990 y ésta mediante resolución SUB 232733 del 20 de octubre de 2017, notificada el 30 de octubre de 2018, nuevamente le negó el derecho, con el mismo argumento, sin tener en cuenta que acumulaba más de 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, por lo que el 1° de noviembre de 2018 insistió en el reconocimiento del derecho pensional, junto con la mesada adicional e intereses moratorias y fue así como Colpensiones en resolución SUB 308817 del 26 de noviembre siguiente, le reconoció su pensión de vejez por 14 mesadas anuales, en cuantía inicial de \$752.676,00 pero tan solo la concedió a partir del 1° de noviembre de 2015, ordenó el pago del retroactivo causado y niega los intereses moratorios sobre el mismo, así como la indexación, decisión que fue confirmada en acto administrativo de diciembre de ese año.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, a través de escrito incorporado en el archivo 08 del expediente digitalizado, en el que se opuso a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos los acepta en su mayoría, excepto que tuviese derecho al reconocimiento pensional en las primeras oportunidades solicitado y dos de ellos dice que son apreciaciones de la libelista. Propuso las excepciones que denominó: inexistencia del derecho al retroactivo pretendido, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en

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

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo pedido por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (grabación de audiencia incorporada en el expediente digitalizado, archivo 015) en la que declaró que la fecha de disfrute del derecho pensional del señor Luis Eduardo Trujillo Valencia, es el 1° de agosto de 2014, que le asiste el derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado entre el 29 de septiembre de 2014 al 31 de octubre de 2015. En consecuencia condenó a Colpensiones, a pagar al demandante la suma \$10.479.635,00, por concepto de mesadas pensionales causadas durante dicho lapso; al pago de intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas, a partir del 29 de enero de 2018 y hasta cuando se realice su pago efectivo; declaró no probadas las excepciones de “Inexistencia del derecho al retroactivo, cobro de lo no debido, no configuración al pago de intereses moratorios”, propuestas por pasiva y probada parcialmente la de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 29 de septiembre de 2014, negó las demás pretensiones formuladas y condenó en costas a la demandada

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada insiste que al promotor no le asiste el derecho al reconocimiento y pago del retroactivo de mesadas pensionales ordenado, teniendo en cuenta en el acto administrativo que concedió la pensión se otorgó el pago de mesadas desde tres años antes de la última reclamación de la pensión, teniendo en cuenta las reglas de prescripción de mesadas; por lo que pide que se revoque la sentencia apelada y se absuelva de todas las pretensiones ordenadas, así como las costas, indicando que no hay lugar a ellas, y se debe tener en cuenta que Colpensiones solo administra dineros de la seguridad social.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y a estudiar en grado jurisdiccional de consulta en su favor los puntos no apelados.

CALIDAD DE PENSIONADA DEL DEMANDANTE

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Colpensiones a través de la resolución SUB 308817 del 26 de noviembre de 2018, otorgó a Luis Eduardo Trujillo Valencia, pensión de vejez a partir del 1° de noviembre de 2015, en cuantía inicial de \$752.676.00, 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. según se desprende de dicho acto administrativo visto a folios 36 a 49 del archivo 01 del expediente digitalizado.

DEL RETROACTIVO PENSIONAL

Pues bien, para resolver la alzada procede la corporación a verificar desde qué fecha le asiste derecho a la prestación al señor Trujillo Valencia, advirtiéndose entonces que se debe tener en cuenta lo consagrado en el artículo 13 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, en concordancia con lo previsto en el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, que al efecto enseña:

“ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo”

En igual sentido el artículo 35 del mencionado acuerdo prevé que para disfrutar de la pensión de vejez se requiere el retiro del servicio o del régimen.

Conforme a las normas citadas, una situación es la causación de la pensión de vejez y otra el disfrute de la misma, pues bien puede suceder que una vez reunidos los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez el trabajador siga laborando o cotizando a la seguridad social para mejorar la pensión, por eso advierte la norma que “(...) para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última

semana efectivamente cotizada por este riesgo”; es palmario que el disfrute de la pensión se difiere en beneficio del afiliado, en tanto que se le da la oportunidad de seguir cotizando al sistema y obviamente mejorar su pensión, ya por el número de semanas cotizadas que le da la oportunidad de aumentar el porcentaje o por la actualización del salario mensual base. La norma hay que interpretarla integralmente y no por partes para mantener el espíritu y la esencia que el legislador quiso darle al momento de expedirla, que no es otro que el ya señalado, por ello si una vez cumplidos los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez deja de prestar el servicio personal al empleador y éste no lo desafilia del régimen y no sigue cotizando al mismo, es razonable entender que la pensión tiene vigencia a partir del momento en que cumplió con los requisitos mínimos o hasta cuando cotizó a la seguridad social, así no se haya desafiliado.

Remitiéndonos a la documental del expediente, a folios 36 a 47 obra el acto administrativo que otorgó la prestación pensional al promotor de la litis, si bien allí se señala que para su reconocimiento se tuvieron en cuenta los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, se viene reclamando el derecho pensional desde el 12 de agosto de 2011, por efectos del fenómeno de la prescripción, reconociendo el derecho a partir de 1° de noviembre de 2015, no se tuvo en cuenta las anteriores reclamaciones hechas dentro de los tres años anteriores a la presentación de la demanda y tampoco que su última cotización la realizó en el ciclo de julio de 2014. Aunado a lo anterior, en las resoluciones GNR 043302 del 19 de marzo de 2013 y SUB 232733 del 20 de octubre de 2017, la entidad de seguridad social accionada ya había negado el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la actora “por no lograr acreditar el requisito de semanas mínimas para acceder a ella”.

Así las cosas, según se observa en el resumen de semanas cotizadas (archivo 02 del expediente digitalizado), la última cotización de la accionante correspondió al 31 de julio de 2014, efectuada en calidad de trabajador independiente, por lo tanto, amén de lo expresado por la norma en comentario y teniendo en cuenta que para esa fecha la demandante ya había cumplido el número mínimo de semanas cotizadas de 500 durante los últimos veinte años anteriores al cumplimiento de la edad requerida; y atendiendo que cumplió

los 60 años de edad el 3 de noviembre de 2007, como se desprende de la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 7 del archivo 01 del expediente digitalizado), es claro que acreditó los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, razón por la cual, sin lugar a más elucubraciones, correspondía el reconocimiento de la pensión a partir del 1° de agosto de 2014, día siguiente a la última cotización efectivamente realizada, como acertadamente lo concluyó el a quo.

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 6° del CPT y SS, de donde se deriva 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, observa la Sala que como se precisó anteriormente, el derecho se causó a partir del 1° de agosto de 2014 y como, la última reclamación presentada por el demandante fue el 1° de noviembre de 2018, esto fue ante las reiteradas negativas de la entidad en conceder el derecho

pensional, presentadas el 11 de febrero de 2013 y 29 de septiembre de 2017, como dan cuenta las resoluciones GNR 043302 del 19 de marzo de 2013 y SUB 232733 del 20 de octubre de 2017, por lo que teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 14 de noviembre de 2019, efectivamente correspondía tenerse en cuenta la reclamación del derecho prestacional presentada el 29 de septiembre de 2017, por lo que es claro es claro para la Corporación que en el presente asunto operó el fenómeno de la prescripción, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 29 de septiembre de 2014, por lo que se confirmará la decisión impartida en este aparte.

En este orden, como Colpensiones tan solo concedió el derecho pensional desde el 1° de noviembre de 2015, corresponde ordenarse el pago del retroactivo de mesadas pensionales causado entre el 29 de septiembre de 2014 y el 30 de octubre de 2015 y una vez efectuadas las operaciones aritméticas pertinentes, se obtiene que este asciende a por concepto de retroactivo pensional causado entre el 1° de agosto de 2011 y el 30 de junio de 2015, la suma de \$10.479.635,00, igual a la ordenada, imponiéndose confirmar lo decidido por este aspecto; no sin antes precisar que, respecto del retroactivo pensional aquí indicado, se autorizan 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), debiéndose adicionar lo decidido en primera instancia sobre este particular.

INTERESES MORATORIOS

Debe precisar la Sala que, sobre la causación de los intereses el artículo 141 de la ley 100 de 1993, dispone:

“A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés 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, es viable impartir condena al pago de intereses moratorios, como en el caso que nos ocupa, dado que la demandada se ha negado a reconocer el retroactivo pensional causado con anterioridad al 1° de julio de 2015, procediendo a ordenarlo a través de este proceso, por lo que resulta viable ordenar el pago de los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional adeudado.

Así, como el actor reclamó el reconocimiento de su pensión de vejez el 29 de septiembre de 2017, es claro que sólo puede hablarse de mora en el pago de las mesadas pensionales a partir del 29 de enero de 2018, esto es, vencidos los cuatro meses que tenía la entidad de seguridad social para resolver, conforme lo previsto en el artículo 9° de la ley 797 de 2003; imponiéndose confirmar la decisión recurrida en este tópico.

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 derechos, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

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

“(...)

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

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 mantendrá la condena de la primera instancia.

Fundamento que igualmente se tiene en cuenta para ordenarlas en esta instancia ante la improsperidad del recurso presentado por la encartada.

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 el ordinal tercero de la sentencia apelada, en el sentido de autorizar los descuentos que por los aportes en salud debe asumir el 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).

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

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

Notifíquese en legal forma.


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 DAGOBERTO GÓMEZ ECHEVERRI CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de abril de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veinticuatro 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

Dagoberto Gómez Echeverri, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., para que se declare que tiene derecho a retornar al RPMPD o, en subsidio, se declare la nulidad de su traslado al RAIS por intermedio de la AFP accionada. En consecuencia, se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual, incluidos bonos pensionales, cotizaciones y los intereses a que haya lugar. Asimismo, solicita que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 28 de octubre de 2005, en 14 mensualidades, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación de las sumas, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 55 y 56 del expediente digitalizado, en los que en síntesis se indicó que: nació el 28 de octubre de 1945; cotizó al ISS, hoy Colpensiones, un total de 917,28 semanas y a Protección SA un total de 484,081 semanas; a 1° de abril de 1994 contaba con 865,85 semanas de cotización; se trasladó a Protección SA el 24 de marzo de 1995, sin que se le brindara información adecuada; es pensionado de Protección SA en la modalidad de retiro programado, mediante Resolución 2002-3790; el 14 de septiembre de 2018 solicitó ante la AFP accionada su retorno al RPMPD, obteniendo respuesta negativa con el argumento que ya se encontraba pensionado; el 14 de septiembre de 2018 petitionó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual fue negada dado que no presenta afiliación en esa administradora.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 68 a 85); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su calidad de pensionado en el RAIS, 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: buena fe en las actuaciones de Colpensiones, el hecho de un tercero, enriquecimiento sin causa, presunción de legalidad de los actos administrativos, calidades del

demandante para conocer las consecuencias de su traslado, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, prescripción, y la innominada o genérica.

La AFP Protección S.A, en legal forma y dentro de término, a través de escrito incorporado de folios 104 a 114 del expediente, contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda; frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su calidad de pensionado en el RAIS, la reclamación presentada ante esa AFP y la respuesta negativa obtenida; en relación con los demás dijo no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de fondo que denominó validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, intangibilidad del bono pensional, compensación de las sumas pagadas a título de mesada pensional, y la innominada o genérica.

Por auto del 7 de septiembre de 2020 se ordenó vincular como Litis consorte necesario a La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 149); quien contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda; frente a los hechos aceptó la calidad de pensionado del actor; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medio de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de responsabilidad de La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, improcedencia del traslado de régimen pensional del demandante por ostentar la calidad de pensionado- jurisprudencia Corte Suprema de Justicia año 2021, improcedencia del traslado de régimen pensional del demandante pensionado por ostensible violación normativa, necesidad de reintegrar a La Nación el valor pagado por el bono pensional del demandante, buena fe, prescripción, y la genérica (fls. 171 a 189).

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. 268); en la que absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por Dagoberto Gómez Echeverry; sin imponer condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante la recurre en apelación, argumentando que a 1° de abril de 1994 contaba con 48 años de edad y más de 15 años cotizados al sistema. Agregó que debe considerarse el principio in dubio pro operario y dar aplicación a lo dicho por la Corte Constitucional en las sentencias SU-062 de 2010, SU-130 de 2013, C-1024 de 2004 y la C-789 de 2002 que permitían a las personas retornar en cualquier tiempo al RPMPD. Dijo que la sentencia SL373 de 2021 de la Corte Suprema de Justicia, en manera alguna puede ser considerada doctrina probable.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte actora se ratificó en los argumentos expuestos en su apelación. Por su parte, La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito público indicó que carece de legitimación en la causa por pasiva y, en todo caso, el traslado de régimen resulta improcedente por ostentar el actor la calidad de pensionado.

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 demandante.

RETORNO AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA

No es objeto de discusión que mediante Resolución 2002-3790 del 27 de febrero de 2022 Protección SA reconoció a Dagoberto Gómez Echeverri una pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, por 14 mesadas pensionales al año, en cuantía inicial de \$557.817,00, a partir de febrero de 2002, es decir, de manera anticipada.

El eje medular de la controversia consiste en determinar si es viable el regreso del demandante al RPMPD, pese a ostentar la calidad de pensionado en el RAIS.

Al tema, resulta oportuno remitirnos al criterio expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002, en la que se indicó:

“Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y*
- b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.*

En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.”

Este último aspecto fue igualmente analizado por el Máximo Tribunal Constitucional en sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, precisando que cuando la equivalencia del ahorro entre los regímenes no se cumpliera, la entidad debía ofrecer la posibilidad al afiliado de sufragar el dinero correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el sistema de ahorro individual, con el que hubiera obtenido en caso de haber permanecido en el de prima media, en un plazo razonable, morigerando las reglas para recuperar los beneficios transicionales. Esta posición fue reasumida y clarificada en sentencia SU-130 de 2013.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹ explicó que para recuperar el régimen de transición tan solo es necesario acreditar: (i) 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y (ii) trasladar al RPMPD todo el saldo acumulado en su cuenta de ahorro individual más los rendimientos generados por éste, con independencia de si la cifra que se genere supere o no el monto de lo que hubiere cotizado en el ISS o Colpensiones. El órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral concluyó que no

¹ Sentencia SL609 de 28 de agosto de 2013 radicado N° 43217, SL739 de 22 de octubre de 2013 radicado N° 44766 y SL3173 de 12 de marzo de 2014

resulta razonable exigir, a quienes pretenden recuperar el régimen de transición, una vez regresen del RAIS y cumplan con 15 años o más de servicios o cotizaciones a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, además del traslado de todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, el requisito de la equivalencia de los aportes legales como lo exige la Corte Constitucional, ya que se trata de una exigencia no prevista por el legislador.

De lo anteriormente expuesto, resulta claro que a las personas que cumplan los condicionamientos señalados por la jurisprudencia antes citada, no se les aplica el plazo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, para realizar el traslado de régimen.

Bajo este entendimiento, en el sub examine se observa que el demandante nació el 28 de octubre de 1945, como se acredita con la copia del registro civil de nacimiento y de su cédula de ciudadanía (fls. 8 y 9), luego, a 1° de abril de 1994 contaba con más de 48 años de edad; asimismo, para dicha data acredita 865,56 semanas de aportes, por lo que, en principio, podría pensarse que el actor reúne los condicionamientos para retornar al RPMPD en cualquier tiempo, recuperando así los beneficios del régimen de transición. Empero, recuérdese que la controversia se circunscribe en la procedencia o no de ese regreso, dada su condición de pensionado en el RAIS.

Al respecto, cumple indicar que ninguna de las sentencias antes citadas, proferidas por la Corte Constitucional y que cita el actor en su recurso, ha explorado la posibilidad de ese retorno de régimen en el caso de personas pensionadas en el RAIS; situación que sí fue analizada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL373 de 2021 en la que, si bien se estudió una petición de ineficacia de traslado de régimen pensional, las consideraciones allí expuestas resultan aplicables al caso de autos, como a continuación pasa a explicarse.

Señaló la Corte Suprema de Justicia en aquella oportunidad que “la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer [...] No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos,

relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”.

Circunstancia que se evidencia de manera palmaria en el presente asunto con el bono pensional por valor de \$123.820.000,00 que fue emitido el 13 de noviembre de 2001, el cual está compuesto por dos cupones: uno del 94,3138% a cargo de La Nación, y otro del 5,6862% a cargo del ISS, hoy Colpensiones. Así, acceder a las pretensiones de la demanda implicaría reversar todas las operaciones de que ha sido objeto dicho bono pensional, cuyo capital se encuentra disminuido por el pago de mesadas pensionales, razón por la cual podrían resultar afectadas tanto La Nación como Colpensiones.

Aunado a lo anterior, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, dada la modalidad pensional elegida, que en el caso objeto de estudio corresponde a un retiro programado .

Los anteriores argumentos resultan suficientes para reafirmar lo dicho por el fallador de primer grado, citando a la Corte Suprema de Justicia, en el sentido que “la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones”. Imponiéndose 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 de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada.*

Segundo.- *Costas de la instancia a cargo del recurrente. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$200.000.00 por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese en legal forma.


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 CONSTANZA ADRIANA OSPINA MARÍN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA - FONDO DEPARTAMENTAL DE PENSIONES PÚBLICAS DEL VALLE DEL CAUCA - FODEPVAC

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de abril de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y Porvenir SA contra la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2021, por el Juzgado Cuarenta y Uno 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

Constanza Adriana Ospina Marín, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones, al Departamento del Valle del Cauca - Fondo

Departamental de Pensiones Públicas del Valle del Cauca - Fodepavac y a las AFP Porvenir SA y Protección SA, para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional realizado a través de la AFP Colmena, hoy Protección SA, a partir del 1° de julio de 1995; así como del traslado realizado a la AFP Porvenir SA, efectivo a partir del 1° de junio de 1997. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA a devolver a Colpensiones el valor completo de las cotizaciones, los rendimientos que se hubieren causado y el saldo de su cuenta de ahorro individual; debiendo esta última recibir dichos dineros. De igual manera, se condene a Colpensiones a actualizar su historia laboral y a solicitar al Fodepavac el bono pensional tipo B por el tiempo de servicio a la Contraloría Departamental del Valle del Cauca; junto con lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 58 a 62 del expediente, en los que en síntesis se indicó que: nació el 3 de abril de 1962; prestó sus servicios a la Contraloría Departamental del Valle del Cauca entre el 9 de septiembre de 1989 y el 30 de agosto de 2001; hasta el 30 de junio de 1995 la entidad responsable del pago de su pensión fue el Departamento del Valle del Cauca; el 1° de julio de 1995 se trasladó a Colmena SA, hoy Protección SA, sin que se le informara sobre las implicaciones de esta decisión; tampoco fue asesorada acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional; al momento del traslado del régimen tampoco recibió asesoría por parte del Departamento del Valle del Cauca; el 1° de junio de 1997 se trasladó a Porvenir SA, quien también omitió informarle de manera clara y objetiva que le resultaba más favorable retornar al RPMPD; el 26 de abril de 2018 solicitó ante Colpensiones su retorno al RPMPD, obteniendo respuesta negativa; el 25 de junio de 2018 petitionó ante Colpensiones la nulidad de su traslado al RAIS, lo cual fue resuelto desfavorablemente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 359 a 377); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, los servicios prestados a la Contraloría Departamental del Valle del Cauca, la

reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le consta. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica.

A su turno, Protección SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (fls. 81 a 108); en cuanto a los hechos admitió las fechas de nacimiento de la actora así como de su traslado al RAIS; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de aportes, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, 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.

En similar sentido, Porvenir SA se opuso a las pretensiones planteadas (fls. 219 a 245); frente a los hechos aceptó las fechas de nacimiento de la actora y de su traslado a esa AFP, sobre los restantes manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

El Departamento del Valle del Cauca - Fondo Departamental de Pensiones Públicas del Valle del Cauca - Fodepavac guardó silencio, pese a que fue

debidamente notificado; razón por la cual mediante auto del 5 de octubre de 2020 se le tuvo por no contestada la demanda (fl. 356).

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 (CD fl. 467) en la que declaró la ineficacia del traslado de la actora del RPDMPD al RAIS. Ordenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizar la transferencia. Ordenó a Colpensiones a recibir dichos dineros y a efectuar los ajustes en la historia laboral de la actora. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Absolvió al Departamento del Valle del Cauca. Condenó en costas a Colpensiones, Protección SA y Porvenir SA.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, Colpensiones y Porvenir SA interponen recursos de apelación, así: Provenir SA manifestó que la actora suscribió el formulario de afiliación, lo que denota que recibió información y, por tanto, debe tenerse como válido el acto del traslado. Agregó que, para la fecha del traslado, la única exigencia que existía era la de diligenciar el formulario de afiliación. Indicó que la accionante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS donde estuvo afiliada por 20 años y, además, realizó traslado entre administradoras y efectuó aportes voluntarios. Por último, manifestó que no procede la devolución de los gastos de administración, dado que se causaron rendimientos a razón de la debida gestión; accionar que está amparado por la Ley 100 de 1993.

A su turno, Colpensiones funda su inconformidad en que la accionante, al absolver interrogatorio de parte, reconoció que sí recibió información, lo que la llevó en algún momento a realizar aportes voluntarios. Indicó que Ospina Marín nunca estuvo afiliada al ISS, hoy Colpensiones, y que se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003. Añadió que la conducta de la accionante resulta omisiva frente a su situación pensional, incumpliendo sus deberes como afiliada.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso. Por su parte, la demandante solicitó confirmar la decisión de primer grado, insistiendo en que, al momento del traslado de régimen pensional, no se cumplió con el deber de información.

Finalmente, si bien el Departamento del Valle del Cauca presentó escrito de alegatos, lo cierto es que no expone ningún argumento aplicable al presente asunto.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 60 años de edad, en tanto nació el 3 de abril de 1962, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 2); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectivo a partir del 1° de julio de 1995 con destino a la AFP Colmena, hoy Protección SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

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

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

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

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue

ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

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

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

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

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Colmena, hoy Protección SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectivo desde el 1º de julio de 1995. 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.

La accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que en 1995 laboraba en la Contraloría Departamental del Valle, y la entidad organizó una reunión grupal a la que asistieron varios asesores quienes les dijeron que debían trasladarse a los fondos privados porque los fondos públicos se acabarían; luego de eso firmó el formulario. Agregó que para esa fecha no tenía claro cuáles eran los requisitos para pensionarse en un fondo privado o en un fondo público, y que no le explicaron las características del RAIS. Dijo que en el año 1999 realizó aportes voluntarios, pero como un ahorro para compra de vivienda.

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

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

Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de dicho traslado, obligación que se debió efectuar en julio de 1995.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción 119 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 Colmena, hoy Protección SA, 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 del formulario visto a folio 119 del plenario, 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 aportada por las accionadas sobre el traslado de régimen de la promotora de la Litis es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y en el recurso interpuesto por Porvenir SA con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.

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

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

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

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia extunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, pues como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no son de recibo los argumentos de la AFP Porvenir SA 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

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.

aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante

Adicionalmente, cumple indicar que hasta el 30 de junio de 1995 la Gobernación del Valle del Cauca fue la encargada de asumir los riesgos de IVM de la actora, adjudicándose, de esta manera, funciones propias de una administradora del régimen de prima media con prestación definida. En este orden, es claro que al ser hoy Colpensiones la administradora del RPMPD, al declararse la ineficacia del traslado, debe la actora retornar a esta administradora.

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 Porvenir SA, incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

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

pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso la administradora del RPMPD 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 esta no se causan dado el resultado de los recursos.

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,

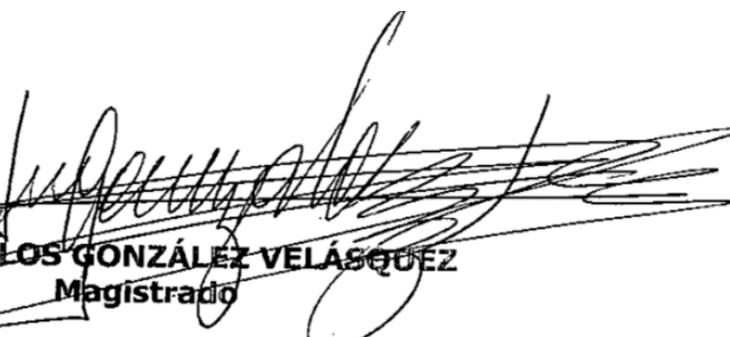
R E S U E L V E

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

Segundo.- *Sin costas en esta instancia.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAFFAN
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 JOSÉ ELICET RODRÍGUEZ VARELA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de abril de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete 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

José Elicet Rodríguez Varela, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez; junto con la indexación de las sumas, los intereses moratorios, lo que

resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 8 de diciembre de 1956; cotizó al ISS, hoy Colpensiones, un total de 285 semanas; prestó sus servicios como docente del Magisterio del Distrito de Bogotá; mediante Resolución No. 2221 del 22 de abril de 2015 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció pensión de jubilación en cuantía inicial de \$2.070.980,00, efectiva a partir del 16 de mayo de 2014; el 10 de abril de 2019 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, la cual fue negada a través de Acto Administrativo SUB 127329 del 22 de mayo de 2019, decisión confirmada mediante Resoluciones No. 185021 del 15 de julio de 2019 y DPE 7372 del 5 de agosto de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 06 del expediente digital); aceptó la mayoría de los hechos, excepto la prestación de servicios a favor del Magisterio. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, y la innominada.

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 (archivos 9 y 10 del expediente digital); en la que condenó a Colpensiones a reconocer y pagar al actor la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, en cuantía de \$2.592.331, la cual deberá pagarse debidamente indexada. Condenó en costas a la entidad accionada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada la recurre en apelación, solicitando que se revoque la condena en costas, aduciendo que los actos administrativos expedidos están amparados en el principio de legalidad y buena fe sobre el criterio de incompatibilidad de las dos prestaciones.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte demandada presentó alegatos en esta instancia manifestando que la indemnización sustitutiva de pensión de vejez es incompatible con la pensión de jubilación ya reconocida al actor por parte del Magisterio, por lo que solicita se revoque la decisión de primer grado.

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

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la parte demandada, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas.

CALIDAD DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No es objeto de discusión que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. le reconoció a José Elicet Rodríguez Varela pensión mensual vitalicia de jubilación, efectiva a partir del 16 de mayo de 2014, en cuantía inicial de \$2.079.980.00, cuyo pago está a cargo del Foncep (1,7%) y del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (98,3%), según se establece en la Resolución N° 2221 del 22 de abril de 2015 (archivo 01 del expediente digital).

I N D E M N I Z A C I Ó N S U S T I T U T I V A D E L A P E N S I Ó N D E V E J E Z

Se peticiona el reconocimiento de la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que enseña:

“Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de

continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”

La citada disposición, junto con la reglamentación del Decreto 1730 de 2001, contempla como presupuestos necesarios para obtener el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, los siguientes: i) haber cumplido la edad necesaria para conseguir una pensión de vejez; ii) carecer del número mínimo de semanas necesarias para obtener una pensión de vejez; iii) y declarar la imposibilidad de continuar cotizando para recibir la pensión de vejez.

Con la documental adosada a folio 14 del archivo 01 del expediente digital, correspondiente a la copia de la cédula de ciudadanía del demandante, junto con el reporte de semanas cotizadas a pensiones y la declaración de encontrarse imposibilitado para seguir cotizando, allegadas en el expediente administrativo (archivo 09 del expediente digital), se encuentra plenamente establecido que el promotor de la acción cotizó un total de 285,43 semanas durante el período comprendido entre el 17 de mayo de 1977 y el 31 de diciembre de 1994, con empleadores del sector privado; adicionalmente, cumplió los 62 años de edad el 8 de diciembre de 2018, y manifestó su imposibilidad de seguir cotizando al sistema para obtener la pensión de vejez. Por lo que, en principio, tendría derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez que reclama.

La controversia que se plantea en este proceso se centra en establecer si es posible derivar del sistema administrado por Colpensiones la referida indemnización sustitutiva a favor del actor, teniendo en cuenta que éste recibe una pensión de jubilación con cargo a los recursos del Foncep y del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En principio, es palmario que el demandante ostentó la calidad de docente oficial y, por tanto, estaría excluido del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993. Aunado a esto, no hay duda que aportó al ISS, hoy Colpensiones, como trabajador dependiente de diversos empleadores del sector privado un total de 285,43 semanas, según da cuenta el reporte de semanas cotizadas contenido en el archivo 08 del expediente digital, por lo que le asiste el derecho a obtener la

prestación aquí reclamada, pues para ello hizo los aportes correspondientes, los cuales no fueron tenidos en cuenta al momento de otorgársele la pensión de jubilación a cargo del Magisterio. Lo que lleva a la compatibilidad de dichas pensiones por tener fuente y régimen distinto.

Sobre este punto se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de julio de 2013, radicado No. 41001, en la cual reiteró pronunciamientos anteriores, en los siguientes términos:

“(...) En sentencias como la del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, la Sala ha dicho que no existen razones jurídicamente válidas para concluir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente, resulta incompatible con la pensión de vejez que puede obtener el Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada. Ha dicho la Sala:

“A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “(...) que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes”; precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.”

Y más recientemente, en sentencia SL3775-2021, con Radicación No. 86485 del 25 de agosto de 2021, expuso lo siguiente:

“El argumento planteado carece de asidero, pues el recto entendimiento de la norma fue el que le dio el Colegiado de instancia, mismo que coincide con aquel que de antaño ha sostenido la Corte, consistente en que el demandante podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública y obtener una pensión de jubilación oficial, y, simultáneamente, laborar para instituciones educativas particulares para adquirir una pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones,

resultando válido que dichos aportes se trasladaran al RAIS a través de un bono pensional. Así se dijo en sentencias CSJ SL, 19 jun. 2008, rad. 28164; CSJ SL, 06 dic. 2011, rad. 40848 y CSJ SL451-2013, en la cual se expresó:

En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.”

(...)

Es que no puede confundirse el hecho de la afiliación del demandante en instancias al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su calidad de docente vinculado laboralmente a instituciones de carácter público, con su trabajo para instituciones particulares y la consecuente incorporación al Sistema General de Seguridad Social, pues, en cada caso, rigen reglas específicas, que aplican según la relación que se predique, lo que no significa que no sea posible gozar de la doble atribución, simultáneamente, y obtener las prestaciones que correspondan a cada uno de ellas, cumpliendo los requisitos del caso”

En lo que respecta al debate sobre el carácter de los dineros con que Colpensiones paga las prestaciones que concede, hace rato fue superado en el sentido de colegir que no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores. Basta acudir a la sentencia de casación No. 24062, de 14 de febrero de 2005, en la cual se adoctrinó:

“Pero sucede, que tratándose de las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no es factible colegir, de la misma manera, que se sufragan con dineros del tesoro, por las siguientes razones:

“- El fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes no resulta ser de propiedad del Instituto de Seguros Sociales, por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica del ISS, no es dable estimar a dicho fondo común como bien del tesoro haciendo parte de la prohibición del canon 128 de la Carta Política.

“- En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador.

“En este orden, la pensión legal concedida por el ISS a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública”.

En conclusión, no existe incompatibilidad alguna entre la pensión oficial reconocida al demandante y la indemnización sustitutiva de pensión de vejez derivada del sistema integral de seguridad social; imponiéndose confirmar la decisión de primer grado en este punto.

Ahora, en lo que hace al monto de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, una vez verificada la liquidación incorporada en el archivo 10 del expediente digital, concluye la Sala que la misma se encuentra acorde con los parámetros establecidos por el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, razón por la cual no hay lugar a realizar modificación alguna frente al monto allí obtenido.

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 derechos, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

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

“(…)

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

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 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, conforme a lo considerado.

Segundo.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese en legal forma y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAFFAN
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 SONIA EUNICE MAYORGA MARÍN CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES*

*En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de abril de dos mil veintidós (2022),
siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para
llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la
declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera
de Decisión.*

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

A U T O

*Se reconoce personería a la abogada Karen Gisela Mesa Tique, quien se identifica
con cédula de ciudadanía No. 52.535.393 y tarjeta profesional No. 185.253 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 del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2021, por el Juzgado Tercero 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

Sonia Eunice Mayorga Marín, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en calidad de compañera permanente supérstite del causante Pedro Jesús Escamilla, a partir del 17 de junio de 2011; junto con la indexación de las sumas y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 a 5 del expediente, en los que en síntesis se indicó que: convivió con Pedro Jesús Escamilla Montañez bajo el mismo techo durante 10 años, hasta el momento de su deceso ocurrido el 17 de junio de 2011; durante el tiempo de convivencia siempre se colaboraron mutuamente para la manutención y sustento; el 8 de julio de 2011 reclamó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada a través de Resolución GNR 212200 del 24 de agosto de 2013, con el argumento de no haber cotizado el fallecido 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al deceso; contra la anterior decisión presentó recursos de reposición y en subsidio apelación el 19 de octubre de 2013, de los cuales no ha obtenido respuesta; el causante estuvo afiliado al fondo de solidaridad pensional desde el 1° de mayo de 2010 hasta su retiro por fallecimiento; a 1° de abril de 1994 Escamilla Montañez había cotizado un total de 890 semanas en el RPMPD, también estuvo vinculado como soldado del 13 de mayo de 1973 al 30 de abril de 1975; el de cujus era beneficiario del régimen de transición y al momento del deceso había cotizado un total de 1.125 semanas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 44 a 47); en cuanto a los hechos aceptó la reclamación presentada por la actora y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y la genérica.

Por auto del 30 de agosto de 2016 (fl. 58) se dispuso la vinculación de María Cristina Galindo Perdomo como Litis consorte necesaria por pasiva, quien contestó por intermedio de curador ad litem, oponiéndose a los pedimentos de la demanda; frente a los hechos manifestó que ninguno le constaba, propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia de la obligación y la genérica (fls. 103 a 105).

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 (CD fl. 132); en la que condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la actora la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de Pedro Jesús Escamilla Montañez, a partir del 18 de junio de 2011, en un monto que no podrá ser inferior al mínimo legal mensual vigente, junto con las mesadas adicionales y los reajustes legales; sumas que deberán pagarse debidamente indexadas. Autorizó a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional el valor correspondiente a los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud. Declaró no probada la excepción de prescripción; condenando en costas a Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada la recurre en apelación, argumentando que erró el fallador de primer grado al mencionar que el afiliado dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes por cuanto era beneficiario del régimen de transición, además de señalar que se encontraba cobijado por la

condición más beneficiosa; esto constituye un yerro jurídico pues el régimen de transición se aplica a las pensiones de vejez y difiere de la condición más beneficiosa, que es la que procede en caso de pensiones de sobrevivientes; agregando que, en todo caso, el causante no era beneficiario del régimen de transición. Aseguró que, tal como lo ha explicado la jurisprudencia, la condición más beneficiosa sólo procede cuando hay transición entre dos normas, dentro de un lapso determinado; exigencias que no se satisfacen en el sub lite. Añadió que el a quo no consideró la tacha formulada sobre los testimonios y que también fue desacertada su decisión al afirmar que el término prescriptivo se encuentra suspendido desde el año 2011 al no haberse emitido pronunciamiento por parte de Colpensiones, toda vez que lo que se configura ante esta situación es el silencio administrativo negativo. Por último, solicitó que se revoque 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 demandada presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.

Por su parte, el extremo demandante centró sus alegatos en que el causante era beneficiario del régimen de transición, razón por la cual la norma que rige el derecho a la pensión de sobrevivientes es el Acuerdo 049 de 1990, cuyos requisitos se encuentran acreditados en el caso de autos, sin que se configure el medio exceptivo de prescripción.

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, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas.

CONDICIÓN DE AFILIADO DEL CAUSANTE A COLPENSIONES

No fue objeto de reparo alguno la calidad de afiliado que ostentaba el señor Pedro Jesús Escamilla Montañez, de lo que además da cuenta la Resolución GNR 212200 del 24 de agosto de 2013 (fls. 33 a 35), así como el reporte de semanas cotizadas que milita de los folios 24 a 26. De igual manera, está probado que el aludido asegurado falleció el 17 de junio de 2011, conforme se establece con su registro civil de defunción (fl. 35).

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Pues bien, para resolver el objeto de la alzada, precisa la Sala que el querer de la demandante es que se le reconozca la pensión de sobrevivientes en aplicación del “régimen de transición”, por cumplir los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, esto es, haber reunido 150 semanas dentro de los últimos 6 años o 300 semanas en cualquier tiempo.

De entrada, debe advertir la Sala que, tal y como lo señala el apelante, tanto la parte actora como el fallador de primer grado incurrieron en imprecisiones al acudir a la figura del régimen de transición en el presente asunto, pues lo que se extrae del texto primigenio es la intención de la accionante de que se aplique el principio de condición más beneficiosa. Al respecto, recuérdese que precisamente uno de los elementos característicos de este principio es que “[e]ntra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva” (sentencia SL4650 de 2017).

Precisado lo anterior, en lo que hace al referido principio, debe resaltarse que la norma con base en la cual se debe resolver una controversia referida al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha del deceso del causante afiliado o pensionado, como lo ha adoctrinado la H. Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, entre otros en la sentencia del 5 de febrero de 2014, radicación 42193; que para el caso sería el artículo 12 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la ley 100 de 1993, que estableció como requisitos para el reconocimiento respectivo el haber cotizado 50 semanas durante los tres años anteriores al deceso del causante, cuestión que no se satisface en el caso de marras ya que en dicho lapso cuenta tan solo con 30,01 semanas. No

obstante, con el fin de minimizar la rigurosidad propia del principio de aplicación general e inmediata de la ley y proteger a un grupo poblacional que goza de una situación jurídica concreta, cual es la satisfacción de las semanas mínimas que exigía la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubría la contingencia, la jurisprudencia nacional ha optado por acudir al principio de la condición más beneficiosa, que supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse. En este orden de ideas, si no se cumple con los requisitos vigentes al momento del deceso (Ley 797 de 2003), se debe atender lo previsto en la norma derogada, siempre que se haya consolidado el derecho, que para el presente caso lo es la Ley 100 de 1993, texto original, el cual exigía haber cotizado 26 semanas en el año anterior al fallecimiento, situación que sí se encuentra acreditada en el sub examine, dado que entre el 17 de junio de 2010 y el 17 de junio de 2011 el causante cotizó 30,01 semanas.

No obstante lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1938-2020 proferida el 10 de junio de 2020, con radicación 70924, acogió un nuevo criterio sobre la condición más beneficiosa la cual sólo puede ser analizada bajo los parámetros allí definidos. De modo que, como el señor Escamilla Montañez falleció el 17 de junio de 2011 (registro civil de defunción, fl. 15), corresponde su estudio bajo la nueva línea de pensamiento del órgano de cierre en materia laboral y de seguridad social, así lo señaló:

“El principio de condición más beneficiosa

Este principio tiene gran importancia a efectos de definir la norma aplicable en caso de un cambio normativo y, en materia de seguridad social, consiste en la preservación de las condiciones o los requisitos establecidos en la disposición anterior para acceder a una prestación, cuando aquella ha sido sustituida por otra.

Tal principio en nuestro ordenamiento jurídico ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, a partir de la interpretación de algunas normas del Código Sustantivo del Trabajo, como el artículo 13 -mínimo de derechos y garantías-; no obstante, dicho estatuto constitucional lo consagró en el artículo 53.

En efecto, el citado precepto establece que «la ley, los contratos, los acuerdos y convenios del trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores», esto es, que las situaciones individuales y concretas previamente reconocidas deben conservarse ante una sucesión normativa; en otros términos, la nueva norma debe respetar las reglas que el régimen previo estableció.

A diferencia de los derechos adquiridos (artículo 58 ibidem), el principio de la condición más beneficiosa no procura por la protección de situaciones jurídicas consolidadas, en tanto que su campo de acción es mucho más amplio y cobija incluso a situaciones en proceso de consolidación, pues conserva los efectos de un estatuto normativo, que si bien fue objeto de derogatoria parcial o total, eventualmente es aplicable ultraactivamente. En el caso de la pensión de sobrevivientes, la institución de la condición más beneficiosa protege las expectativas legítimas de los beneficiarios de un afiliado al sistema general de pensiones que fallece, siempre que haya cotizado la densidad de semanas establecidas en la ley anterior, pero cuyo hecho generador -la muerte-, ocurrió durante la vigencia de la norma posterior.

Pero la aplicación del principio en referencia tiene, además, las siguientes características: (i) no es absoluta ni atemporal; (ii) procede en caso de un cambio normativo, y (iii) permite la aplicación de la disposición inmediatamente anterior a la vigente al momento del fallecimiento, si el afiliado aportó la densidad de semanas requeridas para el reconocimiento del derecho pensional.

La característica relativa a que no es absoluto e ilimitado en el tiempo, significa que no puede ser usado para garantizar la perpetuidad de un régimen o de una regulación que en un tiempo pretérito estuvo vigente y le era aplicable a un sujeto o a un grupo, dado que, bien comprendido, su ámbito de actuación se orienta a conservar un régimen normativo anterior cuando quiera que el trabajador haya cumplido una condición relevante del mismo que, si bien no es definitiva para adquirir el derecho, juega un rol fundamental en su consolidación.

En este sentido, la condición más beneficiosa se sitúa en un lugar más allá de la simple expectativa para ubicarse en el concepto de expectativa legítima tutelable por el ordenamiento jurídico, en la medida en que no desconoce y ampara la consolidación de una exigencia relevante, que si bien no es suficiente para alcanzar el derecho, en tanto no se ha cumplido otra condición ulterior, sí genera la confianza fundada en torno a que el régimen que estaba en curso y en el que cumplió algunos presupuestos será respetado. Sin embargo, su aplicación no puede ser irrestricta al punto de petrificar la legislación e impedir la puesta en marcha de reformas sociales de interés general, de las cuales dependa la realización y efectividad de los derechos de la comunidad o, la supervivencia de instituciones y prestaciones fundamentales para la sociedad; es decir, su aplicación debe ser razonable y proporcional a fin de no lesionar o comprometer otros derechos de interés público y social.

En esta dirección, esta Sala en sentencia CSJ SL 7964, 4 dic. 1995, indicó que este postulado «no es absoluto y en manera alguna conduce al anquilosamiento de la normatividad laboral, pues de lo que se trata es de proteger al trabajador que construye su vida y la de su familia alrededor de unas expectativas económicas y jurídicas generadas en su propia labor, de manera que un cambio desfavorable de esas expectativas sólo es humana y jurídicamente admisible, cuando en cada caso concreto medien serias circunstancias justificantes, verbigracia el interés general reconocido».

De ahí que el delimitar la aplicación del principio de la condición más beneficiosa a la norma inmediatamente anterior sirve a varios propósitos:

1. *Si la potestad de configuración de un sistema pensional permite al legislador introducir cambios a fin de garantizar los principios y objetivos del mismo, no*

tendría sentido mantener en el tiempo disposiciones anteriores, puesto que ello haría nugatorio todos los propósitos económicos y sociales que pretenden lograrse con una reforma.

2. Si los regímenes de transición siempre son temporales, no hay razón alguna que justifique que la aplicación del principio de condición más beneficiosa deba mantenerse indefinidamente en el tiempo, así bajo su vigencia se haya dado inicio o se hayan efectuado cotizaciones para obtener el amparo que se pretende.
3. Tal restricción contribuye a la preservación de otro valor fundamental del ordenamiento jurídico: la seguridad jurídica, que ofrece certeza a los ciudadanos sobre las reglas jurídicas que emplearán los jueces en la solución de las controversias que se sometan a su consideración, sin que les sea posible acudir a una búsqueda histórica para determinar la norma aplicable a una situación particular; la aplicación del principio amplia e ilimitadamente genera incertidumbre en los actores del sistema pensional y en los ciudadanos en general, respecto de las reglas que definen el acceso a un derecho pensional.

En conclusión, si la finalidad del principio de la condición más beneficiosa es proteger expectativas legítimas que pueden ser modificadas por el legislador con apego a los parámetros constitucionales, no tiene sentido que su aplicación permita acudir a cualquier normativa anterior o, en otros términos, resulte indefinida en todos los tránsitos legislativos que puedan generarse en la configuración del sistema pensional, de por sí, de larga duración.”.

Aunado a lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia (sentencias SL4650 de 2017, SL2567 de 2021, SL4938 de 2021, SL946 de 2022, entre otras), ha limitado temporalmente la aplicación de dicho principio, de modo que, con base en ese criterio la condición más beneficiosa sólo puede ser analizada para eventos en los cuales el fallecimiento del causante haya ocurrido entre el 29 de enero de 2003 - fecha de entrada en vigencia de la Ley 797 de ese año- y el 29 de enero de 2006. De modo que, como el óbito del señor Pedro Jesús Escamilla Montañez ocurrió el 17 de junio de 2011 (registro civil de defunción, fl. 35), esto es, después del 29 de enero de 2006, tampoco hay lugar a analizar, bajo esta línea de pensamiento del órgano de cierre, el principio de la condición más beneficiosa.

Por los anteriores argumentos, es del caso revocar la decisión condenatoria de primer grado para, en su lugar, absolver a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra; razón por la cual se releva la Sala de los restantes argumentos expuestos en el recurso de apelación.

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.- *Revocar la sentencia apelada y consultada para en su lugar absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, de todas las pretensiones formuladas en su contra.*

Segundo.- *Sin costas en las instancias.*

Notifíquese en legal forma.


MILLER ESQUIVEL GAFFAN
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 MARINA BEATRIZ VIVERO SIERRA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LAS AFP PROTECCIÓN S.A. COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de abril de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas, contra la sentencia del 22 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado cuarto 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

Marina Beatriz Vivero Sierra, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Protección S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S.A., para que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado del RPMPD administrado hoy por Colpensiones, al RAIS, administrado por la AFP Protección S.A., y en igual sentido, la afiliación realizada a Colfondos S.A. y Porvenir S.A. ante la omisión

en el deber de información de éstas, en consecuencia, se ordene a Colpensiones reactivar la afiliación del actor en el RPMPD, sin solución de continuidad. Se condene a Protección S.A., trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido en la cuenta de Ahorro Individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado la totalidad del dinero que se encuentre en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los bonos pensionales, intereses y rendimientos. Así mismo pide que se condene a las demandadas lo que resulte probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 4 a 6 del expediente digitalizado (archivo 01), en los que en síntesis se indicó que: se trasladó del RMPD en ese momento administrado por el ISS, al RAIS a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A el 29 de agosto de 1995, cuando en las instalaciones de su puesto de trabajo en la Fundación Educativa de Montelibano, fue visitada por un asesor comercial de la AFP, quien la invito a trasladarse de régimen pensional a pesar de que no contaba con el conocimiento o formación en pensiones o en régimen de Pensiones ya que la información ofrecida al momento en el que fue persuadida para trasladarse, se limitó aspectos tales como que el régimen de ahorro individual permitía que se pensionará a cualquier edad con una mesada pensional superior en su cuantía a la pensión que hubiera recibido por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales ISS; que el ISS se iba a acabar y los aportes realizados a esta entidad se perderían si no se trasladaba y que la única posibilidad de recuperar el dinero aportado en el ISS, era afiliándose al RAIS, por lo que a través de engaños y la omisión de información la indujo a que se trasladara, suscribiendo el formulario de vinculación No. 2030001053. Indica que al momento de efectuar el traslado de régimen, el asesor comercial de la AFP faltó a su obligación legal de brindar información suficiente, objetiva y clara puesto que no le puso de presente los efectos jurídicos que acarrearía esta decisión para su futuro pensional; nunca le suministró la información correspondiente y comparativa de los regímenes pensionales, ni mucho menos se le mencionó que el valor de su Pensión de Vejez en el RAIS, iba a depender de su edad, la de su grupo familiar, de las variables económicas del mercado financiero, de la redención del bono pensional, de la expectativa de vida de los beneficiarios en caso de una

sustitución de pensión, del capital acumulado a la fecha del cálculo y de la tasa de rentabilidad esperada del fondo especial de retiro programado a largo plazo; no se le informó sobre la posibilidad de retractarse, ni que podía retornar la RPMPD antes de que le faltaren diez años para el cumplimiento de la edad mínima para pensionarse; que mediante oficio del 6 de enero de 2021, la AFP Protección le indicó que el valor proyectado de su mesada sería por valor de \$1`938.084.22 al cumplimiento de los 57 años cotizando con un ingreso base de cotización igual o superior a los \$5`256.369, mientras que de haber permanecido en el régimen de prima media su mesada pensional a la misma edad sería por valor de \$4`321.514; y que el 18 de diciembre de 2020, presentó reclamación administrativa ante Colpensiones, la que fue respondida el 21 de diciembre del mismo año en forma negativa; y el 1° de febrero de 2021 solicitó ante la AFP Protección S.A. la anulación o ineficacia de su afiliación al RAIS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas, (archivo 05 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó el traslado de la demandante del RPMPD al RAIS en la fecha indicada en la demanda, la petición presentada ante esa administradora y la respuesta negativa; frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las que denominó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, imposibilidad volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

Por su parte, la AFP Protección S.A., dentro del término y en legal forma dio contestación al libelo, en escrito incorporado en el archivo 06 del expediente digitalizado, en el que se opuso a las pretensiones incoadas; respecto de los

hechos, aceptó el traslado de régimen pensional a través de esa AFP, la no información sobre la posibilidad de retornar al RPMPD y la solicitud de ineficacia o anulación de la afiliación al RAIS; frente a los demás dijo no constarle y no ser ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.*

A su turno, la AFP Porvenir S.A. en plazo legal recorrió el traslado de la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas, (archivo 03 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos manifestó que no le constan y no son ciertos. 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.*

De igual manera la AFP Colfondos S.A., dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo, en escrito incorporado en el archivo 04 del expediente digitalizado, en el que se opuso a las pretensiones incoadas; respecto de los hechos manifestó que no le consta ninguno de ellos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y la innominada o genérica.*

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, grabación de audiencia anexa en el expediente digitalizado, en la que declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora Marina Beatriz Vivero Sierra con la AFP Colmena hoy Protección S.A. en agosto de 1995 y que para todos los efectos legales nunca estuvo afiliada al RAIS y siempre permaneció en el RPMPD. En consecuencia condenó a la AFP Protección S.A. a devolver o trasladar a Colpensiones las

sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora; a las AFP a Colfondos S.A. y Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones las sumas percibidas gastos de administración y comisiones debidamente indexadas por los periodos en que la demandante permaneció allí afiliada; y a Colpensiones a aceptar sin ninguna dilación el traslado de la actora al RPMPD junto con sus aportes recibir sin solución de continuidad como afiliado del RPMPD, desde su afiliación inicial al ISS, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las AFP convocadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo las demandas la recurren, así: Protección S.A., reprocha la condena a que los gastos de administración nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, por lo que no hay razón para que ésta tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues alega que conforme a la Ley 100 de 1993, éstos tienen una destinación específica como por ejemplo, la compra de los seguros de la pensiones de invalidez y de sobrevivientes o para compra de las garantías o reservas a la inversión bursátil, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros de la afiliada, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados, y trasladarlos a Colpensiones significaría un enriquecimiento sin causa de ésta, además, estos gastos fueron cobrados en atención a la labor realizada con fundamento en lo estipulado en la Ley de seguridad social integral.

Porvenir S.A manifiesta que la situación de la demandante no encaja dentro del precedente jurisprudencial debido a que no es beneficiario del régimen de transición, aunado que la accionante tomó la decisión de cambiarse de régimen pensional de manera libre, espontánea y sin presiones; y que su afiliación cumplió todos los requisitos legales vigentes para la época. Añadió que la actora ha estado afiliada al RAIS por más de 20 años, ratificando de esta manera su voluntad de estar en ese régimen; y que en el presente asunto no podía operar la carga dinámica de la prueba, en tanto la demostración de los supuestos fácticos estaba en cabeza de la parte accionante, sin que haya lugar de imponerle a las AFP la obligación de demostrar la información

brindada; y que no corresponde el descuento por gastos de administración teniendo en cuenta que estos se causan por la buena administración de la cuenta individual del promotor.

La AFP Colfondos S.A, reprocha únicamente la condena que le fue impuesta por a la devolución de los gastos de administración, ya que estos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, por lo que no hay razón para que ésta tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues éstos tienen una destinación específica como por ejemplo, la compra de los seguros de la pensiones de invalidez y de sobrevivientes o para compra de las garantías o reservas a la inversión bursátil, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros de la afiliada, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados, y trasladarlos a Colpensiones significaría un doble pago.

Colpensiones argumenta que la actora no demostró la afectación de los vicios del consentimiento al momento de realizarse el traslado de régimen y se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que la demandante se trasladó al RAIS de manera libre, voluntaria y espontánea; y que ha estado afiliada a ese régimen por más de 20 años sin mostrar inconformidad alguna y además correspondía a la demandante obtener la información requerida al momento de realizar su traslado de régimen y que Colpensiones no participó en el trámite de traslado, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte demandante, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha el actor no cumple con la edad requerida para poder retornar al 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 pues es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 58 años de edad, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 18 del archivo 01 del expediente digitalizado); 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 29 de agosto de 1995, con efectividad desde el 1° de septiembre del mismo año a la AFP Colmena hoy Protección S.A. (fl 112, archivo 03 del expediente digitalizado), 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

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

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “el asesor de la AFP no le puso de presente los efectos jurídicos que acarrearía esta decisión para su futuro pensional; nunca le suministró la información correspondiente y comparativa de los regímenes pensionales, ni mucho menos se le mencionó que el valor de su Pensión de Vejez en el RAIS., iba a depender de su edad, la de su grupo familiar, de las variables económicas del mercado financiero, de la redención del bono pensional, de la expectativa de vida de los beneficiarios en caso de una sustitución de pensión, del capital acumulado a la fecha del cálculo y de la tasa de rentabilidad esperada del fondo especial de retiro programado a largo plazo; no se le informó sobre la posibilidad de retractarse, ni que podía retornar la RPMPD antes de que le faltaren diez años para el cumplimiento de la edad mínima para pensionarse”; son hechos indefinidos negativos que invierte la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en las sentencias del 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 Colmena hoy Protección S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 29 de agosto de 1995, efectivo a partir del 1º de febrero de la misma anualidad fl. 27 (C.D. fl. 2 (fl 112, archivo 03 del expediente digitalizado). Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

Pues bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que para época en que realizó el traslado en agosto de 1995 a través a la AFP Colmena hoy Protección, fue porque en establecimiento educativo donde se encontraba laborando debido a que algunos de sus compañeros tenían familiares trabajando en las AFP, acudieron asesores comerciales y les indicaron que lo más conveniente para ellos era trasladarse al fondo teniendo en cuenta que el ISS donde se encontraba vinculada se iba a acabar y perderían todas sus cotizaciones de no hacerlo y fue así como aceptó trasladarse y firmó el formulario de afiliación el cual fue diligenciado por el asesor, y a los siguientes cuestionamientos realizados por juez de conocimiento indicó que no pero no se brindó información adicional, no se le mencionó nada al respecto del régimen pensional administrado en el RAIS, las ventajas o desventajas de su traslado, la forma de pensionarse, la posibilidad de realizar aportes voluntario, ni mucho menos la forma de obtener el derecho pensional ni su capital necesario, como tampoco la posibilidad de retracto, o de retornar al RPMPD cuando le faltare más de diez años para poder acceder al derecho pensional; indicó que posteriormente cuanto realizó traslado entre fondos fue porque los asesores comerciales le expuso algunas ventajas de fondo indicándole que allí obtendría mayor rentabilidad y por tal motivo se accedió a ello. Agregó que aceptó que nunca se acercó a solicitar información, pero porque confió plenamente en lo que los asesores le habían informado y tan solo se dio cuenta del engaño cuando solicitó una proyección de su mesada pensional, por falta de la información de los asesores de las AFP.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Colmena hoy Protección 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 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 a la AFP ING hoy Protección S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

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

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

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

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

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario 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; precisando que, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

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.

Tampoco son de recibo los argumentos expuestos por las AFP demandadas según los cuales lo aquí debatido es un punto de derecho cuyo error no vicia el consentimiento, o que al haber operado el traslado entre fondos y haber permanecido por largo tiempo en ese régimen es suficiente para subsanar cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, como si se tratara de un simple negocio de seguros, pues 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.

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 ineficacia o nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos 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. Dé no operar dicho reembolso, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

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 ineficacia o 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 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, pues se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo, advirtiendo que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, considera la Sala que es viable imponer condena en costas de primera instancia en contra de las AFP demandadas, puesto que a lo largo del proceso han 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 válido que las demandadas AFP asuman el pago de las costas procesales, por tanto, confirmará la condena impartida en primera instancia frente a este punto. Argumentos por lo que igualmente se le impondrá condena en costas a las recurrentes, ante la improsperidad de sus recursos.

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

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Segundo.- Costas de esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones y las AFP Protección S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación

respectiva la suma de \$800.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de ellas en favor de la demandante.

Notifíquese legalmente a las partes.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado