

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS ÁLVARO BUITRAGO PABÓN CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. RADICACIÓN No. 25269-31-03-002-**2019-00200**-01.

Bogotá D. C. ocho (8) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 expedido por el Gobierno Nacional. Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada Colpensiones contra la sentencia de fecha 28 de enero de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, Cundinamarca.

Previa deliberación de los magistrados que integramos esta Sala, y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

- 1.** El demandante instauró demanda ordinaria laboral contra las entidades aquí demandadas con el objeto de que se declare que se encuentra afiliado a Colpensiones y que es nulo cualquier traslado de esta entidad a la AFP Porvenir; como consecuencia, solicita se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, al pago del retroactivo pensional generado desde el cumplimiento de los requisitos, así como también los intereses moratorios, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales. Como pretensiones subsidiarias, solicita que se ordene a la AFP Porvenir aceptar el traslado

de régimen y recibir los aportes efectuados por el actor, y en ese orden, se condene al pago de la pensión de vejez, del retroactivo pensional, de los intereses moratorios, lo probado *ultra y extra petita* y las costas procesales. La demanda se presentó el 16 septiembre de 2019.

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que en el año de 1976 se afilió al fondo público en pensiones del Seguro Social; que el 31 de octubre del año 2005 diligenció formato para efectuar traslado a la AFP Porvenir; luego, el 9 de noviembre del mismo año radicó ante tal AFP solicitud de desistimiento del traslado y vinculación, siendo aceptado por la AFP Porvenir mediante cartas del 22 y 28 de noviembre de 2005, por encontrarse dentro de los términos de ley, y que el 26 de noviembre de 2005 la AFP Porvenir remitió a su empleador Proveedora de Cauchos LTDA, notificación en la que se refleja su estado de afiliación como *"DESISTIMIENTO"*. Posteriormente, su empleador el 19 de junio de 2009 radicó formulario de vinculación o actualización al sistema general de pensiones ante el Seguro social, que el 10 de noviembre de 2011 solicitó ante el Seguro Social *"cambio de la fecha de la relación laboral Proveedora de Cauchos LTDA"* y la correspondiente actualización de semanas cotizadas no reflejadas en su historia laboral, y que continuó cotizando al fondo público de pensiones sin interrupción alguna. Indica que el 16 de octubre de 2018 elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones, no obstante, dicha entidad mediante Resolución SUB 330653 no accedió *"temporalmente a la solicitud pensional"*, por cuanto advertía *"un traslado del ISS hoy Colpensiones al RAIS -Porvenir"*, por lo que dispuso requerir a la Dirección de Afiliaciones e Historia Laboral, la que a su turno solicitó a la AFP el soporte *"ya que existe un retracto"*. Manifiesta que elevó derecho de petición ante Colpensiones para que se emitiera respuesta de fondo a su solicitud frente a la Resolución 330653, pero la entidad el 21 de enero de 2019 señaló que el mecanismo de impugnación procedente era la interposición de recursos de reposición y apelación contra dicho acto administrativo; que el 25 de febrero de 2019 radicó un nuevo derecho de petición ante Colpensiones para que se informara el estado actual de su trámite pensional y se actualizara y

corrigiera su historia laboral, frente a lo cual, la entidad le informó ese mismo día que se *"estaba validando con el área encargada y que una vez se realicé el comité con la AFP Porvenir se dará respuesta de la decisión adoptada"*, razón por la cual instauró acción de tutela para que se resolviera de fondo su petición, por lo que el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Facatativá en fallo del 30 de abril de 2019 tuteló sus derechos fundamentales y ordenó a Colpensiones *"dar trámite a la solicitud mediante acto administrativo"*, por lo que luego de iniciar el incidente de desacato, la entidad mediante Resolución SUB 166365 del 27 de junio del año 2019 dispuso no asumir el reconocimiento y pago de su pensión, y en su lugar, manifestó su falta de competencia administrativa por no encontrar válido el desistimiento de traslado efectuado en el año 2005. De otro lado, indica que el 8 de julio de 2019 radicó derecho de petición ante la AFP Porvenir para que se efectuara el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, sin embargo, dicha AFP en contestación dada el 12 de julio del mismo año, indicó que no era procedente su solicitud pensional y que *"se presentó de (sic) la vinculación el día 09 de noviembre del año 2005, el cual fue informado a través del sistema de información de afiliados a los fondos de pensiones"*. Finalmente, señala el actor que actualmente cuenta con 1704 semanas cotizadas y 62 años de edad, que ha cotizado al fondo público, que Colpensiones es la que administró sus aportes, actualizó su historia laboral y sus datos como afiliado, pero cuando solicitó su pensión de vejez desactivó su afiliación y le negó dicha prestación.

- 3.El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, Cundinamarca, mediante auto de fecha 1º de octubre de 2019 inadmitió la demanda, y luego de ser subsanada la admitió con proveído del 7 de noviembre de 2019, ordenándose la notificación de las demandadas y vincular a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (pág. 180).
- 4.La demandada Colpensiones por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda el 14 de febrero de 2020; se opuso a sus pretensiones; frente a los hechos aceptó los relacionados con la afiliación del actor al ISS en 1976, el traslado que efectuó a Porvenir en

el 2005, la solicitud de desistimiento de traslado que aquél radicó ante tal AFP, la respuesta dada por la entidad, la solicitud de actualización que hizo su empleador ante el ISS en el 2009, las cotizaciones que realizó el actor desde el 2005, las solicitudes radicadas por el demandante ante Colpensiones, las respuestas y actos administrativos emitidos por la entidad, el trámite de la acción de tutela informada por el actor, y las semanas cotizadas puestas de presentes en la demanda; respecto a los demás hechos manifestó que el demandante a la fecha cuenta con 63 años de edad y en su oportunidad se trasladó de manera voluntaria al régimen de ahorro individual, por lo que está incurso en la prohibición de traslado consagrada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, vale decir, por *"faltarle 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez"*, máxime cuando no se encuentra afiliado a Colpensiones, pues *"el estado de la afiliación del traslado desde el 1 de diciembre de 2005 a la AFP Porvenir no se encontraba en término para ejercer su derecho al retracto, por tanto, su afiliación es válida a Porvenir"*, por lo que es tal AFP la encargada de tramitar y decidir la prestación económica del demandante; finalmente, menciona que la solicitud de corrección efectuada por el actor se hizo el 16 de octubre de 2018. Propuso en su defensa las excepciones de imposibilidad de declaratoria de ineficacia del traslado pensional, cobro de lo no debido, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales, imposibilidad de condena en costas, prescripción, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, presunción de legalidad de los actos administrativos e imposibilidad del pago de intereses moratorios (pág. 208-242). Con auto del 27 de febrero del mismo año se tuvo por notificada esta demandada por conducta concluyente y el 16 de julio siguiente se dio por contestada la demanda.

5. La demandada AFP Porvenir S.A. se notificó por correo electrónico el 22 de septiembre de 2020, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, sin que diera contestación, razón por la cual, con auto del 22 de octubre de 2021 se tuvo por no contestada la

demanda y se señaló el 26 de enero de 2021 para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS (pág. 263).

6. La Juez Segunda Civil del Circuito de Facatativá, Cundinamarca, en sentencia que se profirió en audiencia de que trata el artículo 80 del CPTSS, la cual se surtió el mismo 26 de enero de 2021, condenó a Colpensiones a “reconocer e incluir en nómina de pensionados y pagar la pensión de vejez” del actor, junto con el retroactivo causado desde el 1º de noviembre de 2018, la mesada número 13 de cada año, los intereses moratorios de que tratan el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y la indexación de la primera mesada pensional; de otro lado, declaró que “no existió traslado alguno” por parte del demandante del ISS hoy Colpensiones al Fondo Privado de Pensiones Porvenir; absolvió a esta AFP de todas las pretensiones de la demanda; y se abstuvo de condenar en costas a las demandadas (pág. 290-293).

7. Frente a la anterior decisión, la apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en el que manifestó: *“con el debido respeto me permito interponer recurso de apelación contra la presente providencia, teniendo como fundamento que el afiliado no reúne los requisitos necesarios para acceder al derecho reclamado y reconocido en esta instancia, cabe reiterar que según el expediente administrativo de la entidad, el afiliado tenía un traslado activo efectuado al RAIS, el cual tiene plena validez y plena eficacia. No puede perderse de vista que la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media y el traslado de los aportes al régimen en pensión, dependía única y exclusivamente de la decisión favorable de un juez de la República, al momento de solicitar el reconocimiento de la prestación esto no había ocurrido. Debe tenerse en cuenta que, conforme a lo estipulado en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se señaló que después de un año la vigencia de la ley en referencia, el afiliado no podrá trasladarse del régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Teniendo en cuenta lo anterior, el 7 de noviembre de 2007, a dicha fecha el demandante contaba con 63 años de edad, en consideración a que nació el 12 de octubre de 1956, deviene entonces la imposibilidad de trasladarse en este momento de régimen según la normativa citada en líneas precedentes. Conforme a lo anterior solicito a los magistrados revocar la presente decisión”*.

8. Recibido el expediente digital, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 8 de marzo de 2021.

9. Luego, en atención a lo establecido en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, con auto del 15 de marzo de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual únicamente las demandadas allegaron escritos correspondientes, así:

La demandada **Colpensiones** allegó escrito en el que ratificó los mismos argumentos expuestos tanto en el recurso de apelación como en el escrito de contestación de demanda, y, además, transcribió apartes de las resoluciones emitidas por la entidad al momento de negar el reconocimiento pensional solicitado por el demandante.

La demandada **Porvenir S.A.** allegó escrito de alegaciones con destino a este proceso, no obstante, los argumentos allí expuestos están dirigidos a un asunto diferente al analizado al interior del proceso.

10. Así mismo, se dispuso la notificación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como quiera que esa actuación no se realizó por el juzgado de primera instancia, la cual se llevó a cabo el 17 de marzo del año en curso.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de los propuestos. Pero igualmente tiene que surtirse el grado de consulta en favor del COLPENSIONES como lo ordena el artículo 69 del CPTSS, toda vez que se trata de una entidad pública descentralizada de la que la Nación es garante, y en ese sentido, se revisarán las condenas impuestas sin restricciones de ninguna índole.

No obstante, previo al análisis correspondiente, conviene precisar que no se tendrán en cuenta los alegatos de la AFP Porvenir por no guardar relación con los puntos discutidos en este proceso, pues de un lado, pide se revoque la sentencia por haberse proferido "*fallo condenatorio en contra de Porvenir S.A.*", sin embargo, en este proceso no se emitió condena alguna contra dicha AFP, e incluso la apoderada sustituta que compareció en esa oportunidad manifestó estar conforme con la decisión adoptada por la juez; además, refiere que no se probaron los vicios de consentimiento y falta de información alegados por el actor, cuando tales aspectos no fueron discutidos en este juicio; agrega que el actor no ejerció su facultad de retracto, pero obran respuestas de esa AFP en las que informa que el actor se retractó de la solicitud de traslado, lo que es aceptado por las partes, y lo que aquí discute Colpensiones es si ese retracto fue oportuno o no, y, finalmente, dice que "*durante el tiempo de vinculación, la parte actora permitió el descuento del aporte con destino al fondo privado que represento*", cuando en este caso no se hizo un solo aporte a nombre del actor a esa AFP, pues la misma entidad Porvenir informó al empleador del demandante que no realizara aportes a esa AFP a favor del trabajador dado el desistimiento de traslado presentado por él, como se expondrá más adelante.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver son: *i)* Analizar si en el caso concreto no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen como lo argumenta Colpensiones, o, por el contrario, hay lugar al mismo como lo concluyó la juez; y de mantenerse la decisión de la a quo, *ii)* Examinar si el demandante cumple con los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, y en sede de consulta, *iii)* Estudiar si hay lugar al pago de los intereses moratorios y la indexación de la primera mesada pensional, dispuestos en primera instancia.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente que el demandante nació el 12 de octubre de 1956 (pág. 23); que el 2 de agosto de 1976 se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones; que cotizó para el riesgo de vejez un total de 1704

semanas, las que fueron cotizadas a Colpensiones (pág. 125-153); que el 31 de octubre de 2005 el actor diligenció solicitud de vinculación o traslado Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (pág. 24), que el 16 de octubre de 2018 el demandante solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, sin embargo, esta Entidad mediante Resolución SUB 330653 del 27 de diciembre de 2018 dispuso no acceder temporalmente a la solicitud pensional (pág. 35-37); y con Resolución SUB 166365 del 27 de junio de 2019 declaró su falta de competencia para resolver la solicitud de pensión del demandante y ordenó el envío del expediente administrativo a la AFP Porvenir (pág. 100-112); y que esta AFP tampoco efectuó el reconocimiento pensional por no existir cuenta en ese fondo a nombre del actor (pág. 123); pues dichos hechos fueron aceptados por las demandadas y se encuentran ratificados con las documentales obrantes en el expediente.

La a quo al proferir su decisión, consideró que el demandante *"consolidó su derecho a disfrutar de la pensión de vejez el 13 de octubre del 2018, no obstante lo anterior, siguió laborando hasta el 31 de octubre de 2018, como se prueba con la historia laboral, dejando de cotizar a Colpensiones desde el 1º de noviembre del 2018"*, por lo que *"Colpensiones deberá reconocer y pagar la pensión de vejez a favor del demandante, ordenando su inclusión en nómina de pensionados y deberá pagarle la mesada número trece anual. Igualmente, el retroactivo pensional causado desde el 1º de noviembre del 2018 a la fecha del pago efectivo de la prestación"*, y *"los intereses moratorios causados desde el 1º de febrero del 2019, cuando habían transcurrido los 4 meses, hasta la fecha en que se haga el pago efectivo y total de la obligación"*, de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. *"Con relación a la indexación de la primera mesada pensional, se advierte que se reconocerá al demandante por haberse plasmado en la Ley 100 del 93, siendo ésta la normativa con la cual se reconoce la pensión de vejez al demandante"*, como de igual forma lo ha dicho la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. De otro lado, indicó que *"Es indiscutible que el demandante diligenció el formulario visible a folio 15 del expediente para un presunto traslado del Seguro Social al Fondo Privado de Pensiones Porvenir el 31 de octubre de 2005, y cambió de opinión el 8 de noviembre del 2005, elaboró y suscribió carta retractándose de este traslado con destino a Porvenir, recibida por el Fondo el 9 de noviembre del 2005, como se verifica con el sello de correspondencia impreso en ella, visible a folio 16 del expediente. El 22 de noviembre del 2005, el Fondo Privado de Pensiones Porvenir acepta el desistimiento por encontrarse dentro de los cinco días siguientes a la*

firma de la vinculación, acorde con lo establecido en el Decreto Reglamentario 1161 de 1994, artículo 3º, como consta a folio 17. Significa lo anterior que el traslado es ineficaz, máxime que, conforme consta en la historia laboral de Colpensiones, el actor cotizó de manera ininterrumpida a Colpensiones durante el mes de octubre del 2005 a junio del 2009, con el empleador Proveedora de Caucho, y desde el 1º de julio de 2009 al 30 de abril de 2011 cotizó como independiente, y desde el 1º de marzo de 2016 al 31 de octubre de 2018 con el empleador Transportes Villetax. No existe ninguna razón legalmente valedera para no reconocer la pensión de vejez a favor del actor a cargo del Colpensiones, dado que jamás existió el traslado del demandante de la demanda Colpensiones a un fondo de privado de pensiones, en este caso Porvenir, como se argumenta para no reconocerle la pensión reclamada, circunstancia que es ratificada y corroborada por el fondo de pensiones privado Porvenir, cuando a folio 67 del expediente indica que el demandante no tiene cuenta en el fondo de pensiones obligatorias Porvenir, no lo tiene porque sencillamente porque nunca se trasladó a dicho fondo y menos aún cotizó semana alguna en tal régimen, debiendo absolverse a dicho fondo de todas las pretensiones subsidiarias reclamadas".

Lo primero que se analizará, es si el traslado de régimen que efectuó el actor en el año 2005, del ISS a la AFP Porvenir, se hizo efectivo.

Al respecto, el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, compilado en el artículo 2.2.2.2.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, dispone en su inciso 1º “Se entenderá permitido el retracto del afiliado en todos los casos de selección con el objeto de proteger la libertad de escogencia dentro del Sistema General de Pensiones, de una administradora de cualquiera de los regímenes o de un plan o fondo de pensiones, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquel haya manifestado por escrito la correspondiente selección”.

Por su parte, el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, “Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.

En torno a resolver los problemas jurídicos planteados, obra dentro del plenario la siguiente prueba documental:

En la página 24 del archivo PDF # 1, obra solicitud de traslado de régimen

efectuado por el demandante del ISS a Pensiones y Cesantías Porvenir, con fecha de diligenciamiento el 31 de octubre de 2005, no obstante, en la misma no reposa constancia de recibido de la entidad, ni fecha de radicación de dicha solicitud de traslado.

Obra solicitud del actor de fecha 8 de noviembre de 2005, dirigida al fondo de pensiones Porvenir, en la que le informa que *"me dirijo a ustedes para presentar mi retiro irrevocable, al fondo de pensiones porvenir, inscripción (sic) que se hizo el pasado 2 de Noviembre/05 y que figura al (sic) nombre de LUIS ALVARO BUITRAGO PABON con C. C. # 19.294.624 de Bogotá"*. Dicha comunicación contiene sello de radicado ante la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. Porvenir, de fecha 9 de noviembre de 2005 (pág. 25).

Aparece respuesta dada por la AFP Porvenir el 22 de noviembre de 2005 en la que le informa al demandante que *"conforme a su requerimiento, nos permitimos informarle que en cumplimiento del Decreto Reglamentario 1161/94 Artículo 3, su solicitud de desistimiento ha sido ACEPTADA, por encontrarse dentro de los cinco días siguientes a la firma de la solicitud de vinculación (pág. 27). Luego, mediante comunicación del 28 de noviembre de 2005, dicha AFP le señala al actor que "Deseamos agradecerle habernos escogido como su Fondo de Pensiones, al manifestarnos en días pasados su intención de vincularse a Porvenir, sin embargo lamentamos su decisión de desistir de la afiliación" (pág. 30).*

Igualmente, reposa formato de notificación que la AFP Porvenir realizó al empleador del actor *"Proveedora de Cauchos LTDA"*, el 26 de noviembre de 2005, en la que le informa que el estado de afiliación del empleado *"LUIS ALVARO BUITRAGO PABON"*, es de desistimiento, por lo que le indica que no debe cotizar (pág. 31).

Obra formulario de actualización al Sistema General de Pensiones suscrito por el actor y por su empleador Proveedora de Cauchos LTDA, radicado ante el *"ISS BOGOTÁ"* el 19 de junio de 2009 (pág. 32). Igualmente, reposa solicitud de corrección de historia laboral radicada por el demandante ante el ISS, el 10 de noviembre de 2011 (pág. 33).

La AFP Porvenir mediante escrito visible en la página 123 del archivo PDF

1, informa al actor que *“Realizadas las respectivas validaciones en nuestra base de datos y ante el Sistema de Información de afiliados a los Fondos de Pensiones, usted no presenta cuenta en el Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir”, y le aclara que “usted presentó descimiento (sic) de dicha vinculación el 9 de noviembre de 2005 con radicado 0100222020504100, el cual fue informado a través del Sistema de Información de Afiliados a los Fondos de Pensiones, administrado por Asofondos”, en la que se observa que la novedad de “Solicitud de retracto de traslado de régimen” se hizo el 8 de noviembre de 2005, la que se procesó ante Asofondos el 28 de ese mes y año, con respuesta “Transacción exitosa”.*

Finalmente, de la historia laboral del actor, expedida por Colpensiones el 20 de febrero de 2019, se observa que, además de las cotizaciones efectuadas por otros empleadores en años anteriores, el actor cotizó para el ISS por intermedio de su empleador Proveedora de Cauchos LTDA del 3 de diciembre de 1993 al 8 de junio de 2005, con novedad de retiro, luego, nuevamente con el mismo empleador del 1º de septiembre de 2005 al 8 de junio de 2009, con novedad de retiro; posteriormente, efectuó aportes como trabajador independiente desde 1º de julio de 2009 hasta el 30 de abril de 2011; y mediante el empleador Transportes Villetax S.A. del 1º de marzo de 2016 al 13 de octubre de 2018, cuando se presentó novedad de retiro (pág. 125-153). Es de aclarar que en esa historia laboral se advierte que los aportes efectuados por el actor desde 1976 a 2018, aparecen con la observación *“Pago aplicado al período declarado”*, con excepción de los meses de septiembre de 2016 a marzo de 2017 donde se indica la observación *“No vinculado Traslado RAI”*.

Analizadas las anteriores pruebas en su conjunto, observa la Sala que en ningún error incurrió la juez al no darle validez al traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS al de ahorro individual de la AFP Provenir S.A., efectuado por el actor en el año 2005, pues efectivamente, con las documentales aportadas al plenario se puede concluir que el demandante se retractó de dicho traslado dentro del término que dispone la ley.

Esto por cuanto de un lado, si bien el formulario de solicitud de traslado del ISS a Porvenir S.A. data del 31 de octubre de 2005, lo cierto es que

no hay prueba alguna que permita colegir que el mismo se radicó efectivamente ese día, no obstante, advierte la Sala que el demandante en el escrito de fecha 8 de noviembre de ese año, mediante el cual expresa su decisión irrevocable de retirarse de dicha AFP, indica que su afiliación la realizó el 2 de noviembre de 2005, como de igual forma lo ratificó en el interrogatorio de parte que rindió dentro del proceso, siendo aceptado tácitamente por la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. en su comunicación del 22 de noviembre de 2005, pues allí no contradice lo dicho por el actor frente a la fecha de inscripción, y en consideración a su escrito, admite la solicitud de desistimiento por haberse presentado *"dentro de los cinco días siguientes a la firma de la solicitud de vinculación"*, por lo que no existe razón para dudar de que en realidad ese retractó se efectuó ese día.

En este orden de ideas, al estar acreditado que la solicitud de traslado del actor del ISS a Porvenir se hizo el 2 de noviembre de 2005, y la manifestación de desistimiento se presentó mediante escrito del 8 de noviembre radicado ante la entidad al día siguiente (9 de noviembre de 2005), una vez consultado el calendario oficial de esa anualidad, fácil resulta concluir que el demandante se retractó dentro del término previsto en el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994 antes enunciado, y por ello, no puede dársele efecto alguno al referido traslado para tenerlo como afiliado de Porvenir S.A. como lo pretende la demandada Colpensiones, pues incluso, dicha AFP siendo consecuente con la aceptación del desistimiento elevada por el actor, comunicó al empleador el 26 de noviembre de 2005, que el estado de afiliación del aquí demandante se tuvo por desistida y en ese orden no debía cotizar a ese fondo.

Así las cosas, al no producir efecto alguno el traslado de régimen ya mencionado, resulta lógico concluir que el actor no se encuentra incurso en la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues debe entenderse que la afiliación del demandante siempre ha estado activa con el ISS hoy Colpensiones, incluso aunque la apoderada de Colpensiones mencione que dicho retracto no tiene validez alguna, lo cierto es que esta

entidad tampoco reportó en la historia laboral del demandante ese presunto traslado de régimen, pues conforme se advirtió, los aportes pensionales del actor se realizaron normalmente durante el mes de noviembre de 2005 (cuando se hizo la solicitud de traslado), y así se continuó cotizando con posterioridad, sin hacer manifestación al respecto, es más, en las observaciones Colpensiones indicó *“Pago aplicado al periodo declarado”*, por lo que se entiende que la afiliación del actor no sufrió modificación alguna.

Ahora, es cierto que de septiembre de 2016 a marzo de 2017 Colpensiones reportó en la historia laboral del demandante *“No vinculado Traslado RAI”*, no obstante, dentro del expediente no hay prueba alguna que permita determinar que el actor en ese período realizó un traslado de régimen, situación que tampoco fue puesta de presente por la entidad al dar contestación a la demanda, pues su argumento consistió en que *“el estado de la afiliación del traslado desde el 1 de diciembre de 2005 a la AFP Porvenir no se encontraba en término para ejercer su derecho al retracto, por tanto, su afiliación es válida a Porvenir”*, sin embargo, como ya se dijo, dicho retracto no se dio el 1º de diciembre de 2005 sino el 9 de noviembre de ese año, como claramente consta en el sello de radicado impuesto en ese escrito por Porvenir S.A. (pág. 25).

Así las cosas, no queda más camino que confirmar la sentencia apelada en este aspecto, por lo que, de cumplirse los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, el misma deberá estar a cargo de la demandada Colpensiones.

De manera inicial, debe analizarse si el demandante es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no sin antes recordar que los regímenes de transición se erigen como una excepción a la regla general de aplicación inmediata y retrospectiva de las leyes sociales –artículo 16 CST-, ya que con ellos se busca proteger a un grupo de personas que cuentan con determinadas condiciones, las cuales se verían afectadas en sus derechos con ocasión de la transición de una legislación a otra, por lo que respecto de ellas se busca mantener ciertos

privilegios o ventajas que les ofrecía la normatividad anterior.

Dicha norma consagra que tendrán régimen de transición las personas que al momento de la vigencia de dicha Ley 100 de 1993, esto es, al 1º de abril de 1994, cuenten con 35 años de edad o más si es mujer, o 40 años de edad si es hombre, o contar con 15 años de servicios cotizados o más para la vigencia de tal ley, no obstante, en el presente caso no se cumplen tales requisitos pues el actor al 1º de abril de 1994 tan solo contaba con 37 años de edad, en el entendido de que nació el 12 de octubre de 1956, y para la referida calenda había cotizado 14 años, 2 meses y 9 días, por tanto, no es beneficiario de régimen de transición alguno, y en ese orden, su prestación deberá regirse con base en la Ley 100 de 1993 junto con sus respectivas modificaciones.

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, dispone como requisitos para tener derecho a la pensión de vejez, haber cumplido 55 años de edad si es mujer o 60 años si es hombre, y a partir 1º de enero del año 2014, 57 años de edad para la mujer, y 62 años para el hombre; y de otra parte, haber cotizado un mínimo de 1.000 semanas en cualquier tiempo, y a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementó en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Por tanto, en el caso concreto, al demandante le corresponde acreditar como requisitos para acceder a su derecho pensional, contar con 62 años de edad y tener 1300 semanas cotizadas, lo que ampliamente cumple, pues la edad requerida la cumplió el 12 de octubre del año 2018, fecha para la cual ya contaba con 1704 semanas de cotización, conforme se advierte de la historia laboral expedida por Colpensiones, por lo que hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez, como bien lo dijo la a quo, y, aunque la misma debe reconocerse desde el 13 de octubre de 2018, pues dicho día se reportó la novedad de retiro, lo cierto es que la juez dispuso su reconocimiento a partir del 1º de noviembre de ese año, sin el demandante presentara oposición alguna

al respecto, por tanto, en aras de no agravar la condición del único apelante, se confirmará la sentencia de primera instancia en este punto.

En cuanto a los intereses moratorios ordenados por la a quo, debe decirse que conforme lo previsto por el artículo 141 de la Ley 100 de 1.993, los mismos se causan por el solo incumplimiento en el pago de las mesadas pensionales, sin que estén sujetos a que se esté discutiendo el derecho o a otras circunstancias distintas al no pago oportuno de las mesadas pensionales, por lo que tales intereses resultan procedentes como en efecto lo dispuso la a quo, aunque no desde la fecha que ella lo ordenó, pues la demandada contaba con 4 meses para reconocer la pensión al actor, contados a partir de la fecha de la solicitud, que en el presente caso lo fue el 16 de octubre de 2018, como se desprende del contenido de la Resolución SUB 166365 del 27 de junio de 2019 (pág. 100-112), por lo que los referidos 4 meses vencieron el 16 de febrero de 2019, y en ese sentido, los intereses moratorios comienzan a causarse desde el día siguiente al vencimiento de los 4 meses que confiere la ley, que en el caso lo es desde 17 de febrero de 2019, tal como sobre el particular lo precisó la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias SL4985-2017 y SL3130-2020.

Conviene agregar, que dichos intereses moratorios no solamente proceden ante la mora en el pago de las mesadas pensionales reconocidas con fundamento en la Ley 100 de 1993, como aquí ocurre, pues conforme al nuevo criterio adoptado por la Sala de Casación Laboral en sentencia SL1681 de 2020, *“los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones”*.

De otro lado, debe aclararse que en este caso tampoco la demandada Colpensiones podría alegar duda acerca del pago de la pensión del actor, pues una vez verificó que el demandante cumplía los requisitos para el reconocimiento de la prestación económica, como lo es la edad y la densidad de semanas, y al advertir que durante toda su vida laboral cotizó a dicho régimen de prima media, debió reconocer la prestación

económica, pues en el caso particular, es evidente que el actor dentro del término dispuesto en el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, se retractó del traslado de régimen que hizo en el año 2005, como ya se dijo, sin que esa situación haya trascendido a Colpensiones, ya que la AFP Porvenir aceptó tal desistimiento y en ese orden le comunicó al empleador que no debía cotizar a favor del actor a esa AFP, por lo que los aportes se efectuaron sin modificación ni solución alguna a Colpensiones; es más, Colpensiones consciente de la condición de afiliado que gozaba el demandante, dio trámite a la solicitud de actualización que este elevó junto con su empleador, el 19 de junio de 2009.

Es así, que no existe razón justificable para que Colpensiones negara la prestación del demandante, como tampoco podía aducir que es la AFP Porvenir la que debe reconocer la pensión aquí pretendida, ya que el demandante no alcanzó a tener la calidad de afiliado de dicha AFP, no efectuó aportes a esa administradora y tampoco tiene una cuenta de ahorro individual en Porvenir S.A., y así se desprende de la documental obrante en la página 123 del archivo PDF # 1, incluso como ya se advirtió, se observa que en el Sistema de Información de Afiliados a los Fondos de Pensiones de Asofondos, se registró la novedad de retracto de traslado de régimen el 8 de noviembre de 2005, con resultado exitoso, plataforma a la que Colpensiones tuvo acceso y corroboró esa información, pues así se desprende de los antecedentes de la Resolución SUB166365 del 27 de junio de 2019.

Así las cosas, se modificará la sentencia en el sentido de indicar que los intereses moratorios corren a partir del 17 de febrero de 2019.

En lo que se refiere a la indexación de la primera mesada pensional ordenada por la juez de primera instancia, debe decirse que la misma no es procedente en el caso concreto, pues ello se da cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio en un año determinado, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, de modo que

con ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría sufrido detrimento (Sentencia Consejo de Estado, 7 de marzo de 2013, radicación 76001-23-31-000-2008-01205-01(1995-11)).

Ahora, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 12 ago. 2012, rad. 46832, reiterada entre otras, en sentencias SL5509-2016, SL3191-2018, CSJ SL2880-2019 y SL5087-2020, ha dicho que no en todos los casos la referida indexación opera de manera automática, pues la misma es improcedente cuando el IBC no se ve afectado por la pérdida del poder adquisitivo, pues no transcurre tiempo alguno entre la terminación de la relación laboral y el disfrute de la pensión, por lo que habrá de determinarse, en cada caso, si existe una desmejora real que justifique su procedencia o no. Al respecto dijo:

“...la teleología de la figura de la corrección monetaria de las pensiones no es otra sino la de contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país, para mantener el valor adquisitivo de aquéllas, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo entre el retiro del servicio del trabajador y el cumplimiento de la totalidad de los requisitos para el otorgamiento de la pensión, tal como lo sostuvo esta Sala en las sentencias que modificaron los criterios jurisprudenciales anteriores en la materia, es decir, en las sentencias de 20 de abril de 2007 (Rad. 29470) y 31 de julio del mismo año (Rad. 29022)...”

“Sin embargo, es precisamente a partir de la finalidad de la corrección monetaria de las pensiones, que puede sostenerse que no en todos los casos ... se deberá aplicar de manera automática e inexorable dicha figura, toda vez que habrá que determinar si en el asunto concreto el objetivo de aquélla se materializa, al existir una desmejora real del valor del IBL que justifique la procedencia de la misma o si, por el contrario, al no verificarse la depreciación de la base salarial no tendría cabida”.

Además, en dichas sentencias se ha reiterado que la fórmula para indexar la primera mesada pensional corresponde “al valor del salario multiplicado por el cociente resultante entre el IPC final –estructuración del derecho- y el IPC inicial –data del último salario o desvinculación- y que esos índices económicos corresponden a los de 31 de diciembre del año inmediatamente anterior” (SL5509-2016 y SL2880-2019, entre otras).

Así las cosas, en el caso concreto, se tiene que la relación laboral del actor finalizó el 13 de octubre de 2018 y la pensión del demandante se reconoció por parte de la juez de primera instancia, a partir del 1º de noviembre de 2018, es decir, el mismo año, razón por la cual, al aplicar la fórmula matemática se tendría que tomar el IPC de 31 de diciembre de 2017 para sustituir ambos valores (IPC inicial e IPC final), por lo que el salario base para liquidar la pensión sería exactamente el mismo.

Por lo anterior, dicha indexación de la primera mesada pensional resulta improcedente en este caso, máxime cuando ello no fue solicitado en la demanda, siendo ello razón suficiente para revocar esa decisión.

Sin embargo, lo anterior no es óbice para que el IBL de la pensión del demandante se realice de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, ya sea con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o con el promedio de los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, como quiera que el actor tiene más de 1.250 semanas cotizadas. Igualmente, para la liquidación de la prestación económica del demandante deberá determinarse el monto de la misma, con base en lo establecido en el artículo 34 ibídem. Por lo que en estos aspectos se adicionará la sentencia de primera instancia, sin que ello constituya un perjuicio para la única apelante, pues dado el vacío de la sentencia frente al IBL y el monto de la pensión que deben tenerse en cuenta, es deber de la Sala efectuar tales aclaraciones.

Así queda resuelto el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Sin costas en esta instancia dado que el asunto se conoció igualmente en grado jurisdiccional de consulta.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial

de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de fecha 28 de enero de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de LUIS ÁLVARO BUITRAGO PABÓN contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, frente a la fecha a partir de la cual deben liquidarse los intereses moratorios de que tratan el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, para en su lugar, ordenarlos desde el 17 de febrero de 2019 y hasta que se haga efectivo el pago de la prestación.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia en cuanto ordenó la indexación de la primera mesada pensional, en su lugar, se absuelve a Colpensiones de dicha pretensión, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, en el sentido de indicar que el IBL de la pensión del demandante a cargo de Colpensiones, deberá liquidarse conforme lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, ya sea con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o con el promedio de los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, la que le sea más favorable; y para el monto de la pensión deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 34 *ibídem*.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

QUINTO: Sin costas en esta instancia

SEXTO: DEVOLVER el expediente digital al juzgado de origen.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN EDICTO. ENVÍESE COPIA DE ESTA PROVIDENCIA AL CORREO ELECTRÓNICO DE LOS APODERADOS DE LAS PARTES, Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA

Secretaria