

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE MARIA CASTELLANOS RODRIGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 30 2019 00294 01).

Bogotá D.C. seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

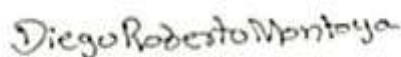
A U T O

Milita escrito de sustitución de poder de la apoderada principal de COLPENSIONES Dra. JOHANA ANDREA SANDOVAL HIDALGO a la Doctora MARIA MARCELA PEREZ MONTERO y como quiera que la petición se ajusta a los términos previstos en los artículos 75 y 76 del C.G.P. se reconocerá personería a la nueva apoderada sustituta conforme las facultades del poder otorgado.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: RECONOCER PERSONERIA para actuar en calidad de apoderada sustituta de la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, a la Dra. MARIA MARCELA PEREZ MONTERO, identificada con C.C. N° 41.750.752 y T.P. 35.497 en los términos y con las facultades establecidas en el poder otorgado.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por Colpensiones, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 20 de mayo de 2020 en la que se resolvió (Record: 50:47):

“PRIMERO: DECLARESE que la pensión vitalicia de jubilación reconocida al señor JOSÉ MARÍA CASTELLANOS RODRÍGUEZ por el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ es compatible con las prestaciones económicas consagradas en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES con ocasión de los aportes pensionales cancelados por empleadores particulares conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARESE que el señor JOSÉ MARÍA CASTELLANOS RODRÍGUEZ identificado con cedula de ciudadanía número 19237504 de Bogotá, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez otorgada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES por estar cobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 del año 1993 y cumple con los requisitos establecidos por el acuerdo 049 de 1990 conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDENESE a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez al señor JOSÉ MARÍA CASTELLANOS RODRÍGUEZ la cual se liquidará una vez se acredite el retiro del régimen y por 13 mesadas anuales por las razones expuestas.

CUARTO: CONDENESE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES a pagar al señor JOSÉ MARÍA CASTELLANOS RODRÍGUEZ los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 del año 1993 sobre las mesadas pensionales causadas una vez de acredite el retiro del régimen y hasta el momento en que se haga efectivo su pago.

QUINTO: DECLARESE no probadas las excepciones planteadas conforme a lo expuesto.

SEXTO: ABSUELVASE a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEPTIMO: CONDENESE EN COSTAS de esta instancia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,

liquídense por secretaría e inclúyase agencias en derecho a favor del demandante la suma de un millón de pesos (\$1,000.000).

OCTAVO: CONSULTESE la presente decisión ante la sala laboral del honorable tribunal superior de Bogotá conforme a lo expuesto.”

Inconforme con la decisión la apoderada del demandante interpone recurso de apelación en relación con la fecha de causación de la pensión de vejez y de los intereses moratorios a los que fue condenada Colpensiones, manifestando el demandante JOSÉ MARÍA CASTELLANOS RODRÍGUEZ el 25 de septiembre de 2014 solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, data para la cual ya tenía 60 años de edad y más de mil semanas cotizadas exclusivamente en el sector privado, época para la cual también la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado habían determinado las pautas para determinar si existía incompatibilidad o no con la pensión, por lo que Colpensiones al no reconocerla, privó al demandante de su derecho pensional generándole así, que siguiera laborando y cotizando¹. (Record: 52:18)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

¹ “Me permito en este momento interponer recurso de apelación de manera parcial en contra de la sentencia que acaba de proferir su despacho, solicitándole al honorable tribunal en su sala laboral se sirva revocar de manera parcial la fecha de causación de la pensión de vejez y la fecha de causación de los intereses moratorios, recurso que sustento de la siguiente manera:

Si bien es cierto, el artículo 13 que habla de la causación y el disfrute de la pensión “*La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de la parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo*” si lo entendemos así, su despacho al momento de causar la pensión lo hizo de manera correcta, pero también la corte suprema de justicia en su sala laboral con fecha 15 de mayo de 2012 sentencia del magistrado Luis Gabriel Miranda Vuelvas radicado 373798 estableció “*En efecto, tiene dicho esta corporación que ante situaciones que presentan ciertas circunstancias excepcionales, estando satisfecha la totalidad de exigencias consagradas en lo reglamentado en COLPENSIONES, deberá reconocerse y pagarse la pensión de vejez al afiliado en su oportunidad desde que elevó la correspondiente solicitud con requisitos cumplidos así no haya operado en rigor la mencionada desafiliación al sistema*”

Así las cosas, en este orden de ideas tenemos que el demandante JOSÉ MARÍA CASTELLANOS RODRÍGUEZ el 25 de septiembre de 2014 solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, para dicha data ya tenía 60 años de edad cumplidos, tenía más de mil semanas cotizadas exclusivamente en el sector privado, también para esa data la corte suprema de justicia y el consejo de estado habían determinado las pautas para determinar si existía incompatibilidad o no con la pensión, y la respuesta que dio la entidad fue que negó la pensión porque existía incompatibilidad. Con esta actitud absolutamente injusta e inhumana por parte de la demandada privó al demandante de su derecho pensional generándole así, que siguiera laborando y cotizando.

De esta manera sustento el recurso de apelación y solicito al tribunal se haga estudio de la causación y disfrute de la pensión basado en la sentencia que mencioné anteriormente. Muchas gracias su señoría.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JOSE MARIA CASTELLANOS RODRIGUEZ, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda² a folios 4 y 5, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 5 y 6; solicitando principalmente se declare que la pensión de jubilación reconocida por la Secretaría de Educación de Bogotá mediante Resolución 8246 del 26 de diciembre del 2013 es compatible con la pensión de vejez por parte de Colpensiones, como también que es beneficiario del régimen de transición y en consecuencia se condene al reconocimiento y pago de la prestación pensional en los términos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 desde el 15 de octubre del 2013, junto con los reajustes legales, con una tasa del 90% y 2 mesadas adicionales por año, intereses moratorios conforme lo ordena el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, gastos procesales y agencias en derecho, demás declaraciones *extra y ultra petita*. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, pues se dispuso el reconocimiento y pago de la pensión de vejez del actor y de los intereses moratorios, a partir del retiro del sistema con 13 mesadas anuales y los intereses moratorios, declarando no probadas las excepciones propuestas, tras considerar que el actor es beneficiario del régimen de transición y acreditar los requisitos señalados por el Acuerdo 049 de 1990, sin que se presente incompatibilidad alguna con la pensión que devenga por parte del Magisterio, por cuanto ambas prestaciones tienen origen y fuentes diferentes además de no constituir violación al artículo 128 de la Constitución Política, en tanto los dineros de Colpensiones no son del erario público.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio, estableciendo en primer lugar si las pensiones reconocidas al demandante son de carácter compatible, a efectos de verificar las condenas impuestas a la pasiva.

Así las cosas, no es objeto de controversia la calidad de pensionado que ostenta el demandante, en tanto actualmente conforme a la documental obrante en el proceso se observa que devenga una Pensión Vitalicia de Jubilación otorgada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la

² El cual se encuentra en el expediente digital.

Resolución No. 8246 del 26 de diciembre del 2013, en cuantía de \$2.024.794 a partir del 13 de julio del 2013.

En este orden, a efectos de determinar la compatibilidad entre dichas pensiones y la aquí reclamada, la Honorable Corte Suprema de Justicia en el pronunciamiento realizado en la sentencia SL 17447 de 24 de septiembre de 2014, señaló:

“(...) los referentes actuales de esta Sala de Casación Laboral para definir la compatibilidad o incompatibilidad de dos pensiones son los siguientes: (i) el origen de la contingencia o riesgo que amparan –criterio principal-, ello siempre que no existe una normativa especial que prohíba la compatibilidad; (ii) la existencia de una reglamentación propia, y (iii) la autonomía de la fuente de su financiación (...)”.

Corolario de lo anterior, es claro que en autos se dan los presupuestos citados, pues la pensión reconocidas de jubilación, está a cargo de la FIDUPREVISORA como entidad administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mientras que la pensión de vejez que aquí se reclama se encontraría a cargo de COLPENSIONES únicamente, aunado a que la reglamentación aplicable a estas dos prestaciones es totalmente distinta, ya que para la primera Pensión de Jubilación se aplicaron las Leyes 33 de 1985, 91 de 1989 y 1352 de 2010, mientras que la que aquí se reclama se analizará conforme lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición (Art. 36 L. 100 de 1993).

De otro lado resulta, que los aportes con los cuales se va a reconocer la pensión de vejez aquí pretendida provienen de otros empleadores de orden privado (conforme a la historia laboral obrante en el expediente electrónico de éste proceso), por lo que no obedecen a las mismas cotizaciones que dieron lugar a la pensión de jubilación, pues estas se dieron con cotizaciones efectuadas al servicio público (de acuerdo a lo señalado en el Resolución No. 8246 del 2013), tratándose entonces como ya se dijo de dos prestaciones que tienen diferente causa, razón por la cual es claro que el promotor del litigio logró acreditar cotizaciones distintas a las que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión que actualmente disfruta, no generándose incompatibilidad alguna, confirmándose en este aspecto el fallo apelado y consultado.

Al punto el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección B., en sentencia del 22 de octubre de 2009. Expediente. 050012331000200100423 01. Número interno 0262-2008 adujo:

“Bajo estas consideraciones, puede concluirse, que no es acertada la decisión de la Administración relativa a la negativa del derecho pensional reclamado, fundada en la incompatibilidad pensional, máxime si, como en el presente asunto, la pensión reconocida por el ISS es resultado de aportes eminentemente privados, efectuados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En un asunto con contornos fácticos y jurídicos similares al presente, la Subsección A, Sección Segunda de esta Corporación concluyó:

“La anterior jurisprudencia es aplicable al caso concreto. En efecto, se trata de dos asignaciones completamente diferentes por su origen y por su fuente: una, la que reclama el actor del Fondo de Prestaciones del Magisterio y otra la que recibe del ISS; la primera obedece a servicios prestados al Estado; la otra por haber cotizado como trabajador independiente, lo cual conduce a indicar que las dos pensiones son compatibles por cuanto no se opone a lo señalado en la norma constitucional que prohíbe, salvo excepciones, percibir una pluralidad de asignaciones provenientes del Tesoro Público.”³.

En esta misma dirección, tampoco podría generarse una vulneración a la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política⁴ por cuanto los recursos pertenecientes a la seguridad social no son propiedad del Estado como los bienes y rentas de la Nación, dado que estos tienen una destinación definida, al tenor de lo previsto en la ley 797 de 2003 artículo 2⁵ y en esa medida tales recursos son de origen parafiscal. Al tema puede consultarse el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de marzo de 2011, expediente 37959⁶.

³ Sentencia de 19 de octubre de 2006, C. P. doctor Jaime Moreno García, radicado interno No. 3691-05.

⁴ *“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. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.*

⁵ *“Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenece a la Nación ni a las entidades que lo administren”.*

⁶ *En un principio, tanto antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 como de la Carta de 1991, como con posterioridad, se consideró que los dineros administrados por el ISS para la adjudicación de pensiones ostentaban naturaleza pública, dada la calidad del Instituto, por lo cual, se generaron conflictos al solicitarse pensiones de vejez por quienes eran titulares de pensiones jubilatorias –legales o convencionales– canceladas por entidades estatales, o suspendérseles dichas prestaciones al acceder a la pensión dispensada por el ISS.*

Sin embargo, la jurisprudencia definió el asunto al dejar evidenciado que ya el Estado no aportaba dineros para conformar el fondo de pensiones administrado por el Instituto, por lo que las compatibilidades se abrieron paso. Así, en fallo pronunciado el 12 de septiembre de 2006, rad. 28257, reiterado en el de 23 de abril de 2007, rad. 27435, se dijo:

“Respecto del segundo cargo en donde se acudió al sub motivo de violación de la infracción directa, tampoco puede tener prosperidad el ataque, habida cuenta que esta Sala de la Corte en procesos con características correlativas y en los que se ha planteado una acusación similar, estudió y definió el tema, ad doctrinando que 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 posible colegir que se sufragan con dineros del tesoro, y en estas condiciones para los eventos donde el empleador sea una entidad oficial, no se configura la prohibición constitucional y legal prevista en los

artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la Ley 4ª de 1992, es así que en sentencia del 14 de febrero de 2005 radicado 24062, se dijo:

'(...) Ciertamente, se pagan con recursos del Tesoro, las pensiones de jubilación a cargo de una entidad descentralizada, esto es, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, o las sociedades de economía mixta donde predomine el capital estatal, en el entendido de que el inciso segundo del artículo 128 de la Constitución Política establece que <Entiéndase por tesoro público el de la nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas>, y por ello cualquier pensión extralegal que exista en esta clase de entidades, como es el caso de aquellas que tengan como fuente una convención colectiva de trabajo, son del orden oficial'.

'Se tiene entonces, que una pensión extralegal otorgada por un empleador oficial, es incompatible con la percepción de otra asignación que provenga del Tesoro, conforme a la prohibición legal y constitucional imperante'.

'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'.

'Así, entonces, el pago simultáneo a un beneficiario de una pensión convencional por un ente oficial y la de vejez del ISS cuando la ley así lo permite no configura la prohibición consagrada tanto en el artículo 128 de la Constitución Política, como en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992'. 'En sentencia del 22 de marzo de 2002 con radicado 17347, dictada en un proceso contra el Banco Cafetero, sobre el tema se puntualizó:

'De todos modos, de darse por superada esa equivocación, el cargo no saldría adelante, para lo cual basta transcribir la sentencia de 27 de octubre de 1995, radicada con el No. 7792, que reprodujo en parte la de 27 de enero del mismo año (radicación 7109), reiterada posteriormente por la de 31 de marzo de 1998 (radicación 10047), pues el tema de fondo se centra en la supuesta imposibilidad de que las pensiones en discusión, esto es, la convencional reconocida por el Banco y la de vejez otorgada por el I.S.S. sean concomitantes, al estimarse que ambas provienen y son sufragadas por el tesoro público, lo cual a juicio del recurrente viola no solo de las normas legales que se mencionan, sino además, el artículo 64 de la Constitución Nacional que prohíbe expresamente la convergencia de dos o más asignaciones provenientes del tesoro público'.

'Esto dijo la Corte en las sentencias aludidas:

"El artículo 47 del D.L. 1650 de 1977 calificó al I.S.S. como Establecimiento Público, hoy Empresa Industrial y Comercial del estado, artículo 1º D.L. 2148 de 1992). El ISS fue creado por la Ley 90 de 1946. En el artículo 16 de la citada Ley se adoptó un sistema de financiación tripartita trabajadores, empleadores y Estado. Dicha forma de financiación se varió con el Decreto Ley 433 de 1971, en cuanto a los aportes del Estado, por un '...aporte anual que se señalará en los presupuestos de rentas y gastos de la Nación...' (literal e ibídem).

"Posteriormente se dictó el decreto Ley 1650 de 1977, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 12 de ese mismo año, estableciéndose en el artículo 22 lo siguiente: "De los aportes de patronos y trabajadores, en los seguros de enfermedad en general, maternidad, invalidez, vejez y muerte, los patronos o empleadores aportarán el sesenta y siete por ciento de la cotización total y los trabajadores el treinta y tres por ciento". "La cotización para el seguro de accidente de trabajo y de enfermedad profesional estará exclusivamente a cargo del patrono o empleador".

“Puede verse con facilidad que el aporte del estado desapareció de la seguridad social (hasta antes de la Ley 100 de 1993, expedida en desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política)”.

“También el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse en idéntico sentido; en efecto, en decisión del 24 de marzo de 1983 anotó: ‘...lo anterior exonera a la sala de hacer el estudio sobre la naturaleza jurídica de las pensiones de jubilación acordadas por el Instituto de seguros Sociales, que aunque últimamente configurado como establecimiento público, pagan las jubilaciones con recursos de origen privado, como son las cuotas obrero patronales, pues su financiación tripartita desapareció’. ‘Y en sentencias del 27 de febrero y 6 junio de 2003, con radicación 19508 y 20271, ésta última rememorada por la réplica, y que fueron reiteradas en decisión del 23 de septiembre de 2004 radicado 23430, se precisó:

“A pesar de que los cargos primero y segundo se formulan por vías distintas, la Corte procede a su estudio de manera conjunta en atención a que ambos buscan demostrar la incompatibilidad para recibir más de una asignación del tesoro público, y tienen una respuesta común: que las reservas pensionales de las que proviene el pago de la pensión de vejez objeto de la controversia, no hacen parte del tesoro público, como pasa a indicarse.

“Los recursos para el pago de las prestaciones que se originan en el Sistema General de Pensiones son de carácter parafiscal como lo ha enseñado la doctrina.

“Uno de los elementos esenciales de la parafiscalidad es el de que esta clase de recursos constituyen un patrimonio de afectación, esto es, que los bienes que lo integran han de destinarse a la finalidad que la ley les señala en el momento de su creación; así, los fondos constituidos con las cotizaciones o los aportes que efectúan por mandato de la ley, el Estado o los particulares, a cualquiera de los regímenes de pensiones, han de consagrarse exclusivamente a pagar las prestaciones del servicio de la seguridad social en pensiones. “La Constitución Política de 1991 incorporó al mundo normativo la institución de la parafiscalidad, creada por la doctrina a partir de figuras legales como las contribuciones destinadas a cubrir los riesgos en salud y pensiones; la ley que regula el sistema de seguridad social plasmó en su texto los elementos esenciales con las que esta doctrina ha diferenciado los recursos parafiscales; así, la Ley 100 de 1993, en su artículo 283 consagra la exclusividad del beneficio en pensiones; los artículos 25, 52 y 90 le otorgan el carácter de administradoras a las entidades a las que se le confía la gestión de los recursos, en su orden, del Fondo de Solidaridad Pensional, del régimen de prima media con prestación definida, del de ahorro individual con solidaridad, de manera que, de los patrimonios de afectación no puede predicarse propiedad –solo anti técnicamente- por cuanto nadie puede ejercer el poder de libre disposición sobre ellos”.

“De esta manera, el fondo económico del que proviene el pago de las pensiones de vejez, de invalidez o de sobrevivientes aunque esté radicado en cabeza del Instituto de los Seguros Sociales, no es ni ha sido propiedad suya, sino que éste ha sido sólo administrador de aquellos”. “La Constitución Nacional señala las entidades que contribuyen a conformar el Tesoro Público: la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas, dentro de las que está comprendido el Instituto de Seguros Sociales, por su carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado, e integran el tesoro con los bienes y valores que sean propios de cada una de ellas; como las reservas pensionales con las que el Instituto cubre el valor de la pensión de vejez, no son de su propiedad, sino que son sólo administradas por él, no hacen parte del Tesoro Público”.

“Así, entonces, el Tribunal Ad quem no infringió la prohibición prevista en el artículo 128 de la Constitución Nacional.” “Pues bien, al no tener el carácter de pública la pensión legal que reconoce el Instituto de Seguros Sociales a un trabajador oficial, trayendo como consecuencia que no se configura la prohibición constitucional y legal que pone de presente la censura, y siendo hechos indiscutidos tanto el origen de las pensiones de jubilación que otorgó la ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P. a los demandantes con antelación al 17 de octubre de 1985, valga decir, de naturaleza convencional, como que el ISS a su vez les concedió a éstos la pensión de vejez, y que la demandada decidió cancelar únicamente la diferencia entre las dos pensiones para comenzar a compartirla, se concluye que dichas pensiones se deben mantener como autónomas, con mayor razón cuando en verdad tienen la vocación de ser compatibles.” (Resaltes de la Sala).

Lo cual se consolida al disponer la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, que modificó al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que:

"m) Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran".

Dilucidado lo anterior, corresponde ahora a la Sala establecer si el demandante es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, beneficio que de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del párrafo transitorio 4 del acto legislativo 01 de 2005⁷, tiene dos límites temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo - 29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

De tal manera, en el expediente reposa copia de la cedula de ciudadanía del demandante que da cuenta de su fecha de nacimiento el 15 de octubre de 1953, ello permite concluir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1° de abril de 1994 el actor contaba con 40 años de edad. Por tanto, en principio sería beneficiario del régimen de transición, por lo menos hasta el 31 de julio de 2010 y, eventualmente, hasta el año 2014, debiendo proceder entonces a la verificación del régimen que le sería aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario.

En cuanto al régimen anterior, se observa que el señor CASTELLANOS RODRIGUEZ efectuó cotizaciones a COLPENSIONES, desde el 4 de agosto de 1968 en calidad de trabajador dependiente con instituciones educativas de carácter privado, información que se consigna en el “RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR” allegado por COLPENSIONES e incorporado en el expediente electrónico, por manera que, el régimen anterior aplicable a la situación pensional del actor lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990, que en su artículo 12 exige la edad de 60 años para el hombre y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o

⁷ "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen"

1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, antes del 31 de julio de 2010.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que el demandante alcanzó los 60 años de edad el **15 de octubre del 2013**, pues nació el mismo día y mes de 1953 conforme a la copia de la cédula de ciudadanía, y en cuanto a las semanas, se advierte conforme a la historia laboral atrás citada, acredita un total de 2009,86, alcanzando **1306.54** para el 29 de julio del 2005, esto es, superó las 750 semanas exigidas por el Acto Legislativo 01 del 2005 y en ese orden de ideas el beneficio de la transición se extendió hasta el 2014, cumpliendo los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990 en el año 2013 cuando arribó a los 60 años de edad, pues como ya se vio supero las 1000 semanas en cualquier tiempo y antes de cumplir la edad exigida por la norma en cita.

Ahora en cuanto a la fecha a partir de la cual debe pagarse la pensión, en consideración a que la situación pensional del actor es definida con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, resulta aplicable en autos el artículo 13 del citado Decreto, el cual dispone *“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”*, mientras que en el artículo 35 indica *“Las pensiones del seguro social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión”*.

En ese orden, se advierte conforme a la historia laboral ya citada y actualizada al 18 de julio del 2019 la última cotización la realizó el demandante como trabajador dependiente para el mes de mayo del 2019 con el empleador UNIVERSIDAD LIBRE, indicándose en este mismo documento que el estado de afiliación del accionante es ACTIVO COTIZANTE, por lo que resulta claro para la Sala que el actor sigue vinculado a Colpensiones en razón a la negativa del reconocimiento de la pensión, por ende es evidente que el promotor del litigio aún no se ha desvinculado del sistema.

De este modo, y si bien es claro que la pensión se causaría desde la fecha en que la solicitó como se señala en la alzada -25 de septiembre del 2014-⁸, lo cierto es que el actor como ya se dijo se encuentra cotizando al sistema general de pensiones como trabajador dependiente, lo cual da a entender que las cotizaciones realizadas con posterioridad al 15 de octubre del 2013 (fecha en que adquirió el status de pensionado -edad y semanas-), se realizaron de manera voluntaria y los aportes efectuados por el demandante luego de solicitar por primera vez la pensión de vejez (25/09/2014) no provienen de la negativa de la accionada para el otorgamiento de la prestación pensional pues tal decisión no la tomó la entidad de seguridad social con fundamento en que le faltaba el requisito de semanas, sino por otras circunstancias que requerían determinar el aspecto relacionado con la compatibilidad de las pensiones a las cuáles tiene derecho el accionante, lo cual únicamente se resolvió a través de éste proceso judicial,, pues se reitera la pasiva en los actos administrativos GNR 135033 del 10 de mayo del 2015, GNR 216299 del 19 de julio del 2015 y VPB 63907 del 29 de septiembre del 2015, en ningún aparte conminó al accionante a seguir realizando cotizaciones, es decir, dichos aportes no fueron producto de un error inducido por la pasiva como se hace ver en la alzada y en ese orden fue potestad del actor no desafiliarse del sistema, aun cuando conocía que la negativa de reconocimiento no radicada por las semanas cotizadas.

A más de lo anterior es evidentemente que las cotizaciones posteriores al mes de septiembre del año 2014 cuando solicitó la pensión sí benefician al demandante, pues estos aportes ayudan a incrementar su IBL.

Al respecto en la sentencia con radicación 35605 del 20 de octubre de 2009 se dijo:

“Soluciones diferentes se han tomado en otros casos, cuando el afiliado, no obstante cumplir los requisitos, sigue cotizando, pues no se le puede impedir que amplíe cuantitativamente su pensión, como efecto de una mayor densidad de cotizaciones, siempre y cuando esos aportes adicionales no contribuyan a desmejorar el monto final de la prestación pensional, (...)”.

Por las anteriores razones, deberá confirmarse la decisión de la *a quo* en cuanto a que la pensión de vejez deberá ser reconocida desde el momento mismo en que el demandante acredite la novedad de retiro del sistema, prestación que se debe liquidar conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, tanto con el promedio de los salarios devengados en toda la vida por tener cotizadas más de

⁸ Conforme se extrae del contenido de la Resolución GNR 135033 del 10 de mayo del 2015.

1250 semanas o el de los 10 últimos años y tener en cuenta para aplicar la tasa de reemplazo correspondiente el IBL que más le favorezca, todo ello en concordancia con el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, advirtiéndose el valor de la mesada únicamente se puede determinar cuando el promotor del litigio se haya retirado del sistema, atendiendo el número de semanas y el IBC reportados a tal fecha.

En otro giro, en lo relacionado con la cantidad de mesadas anuales a imponer a cargo de la accionada, se debe precisar el demandante tiene derecho a devengar 13 mesadas anuales, como quiera que la pensión se causó el 15 de octubre del 2013 (cuando cumplió los 60 años de edad y ya tenía más de 1000 semanas cotizadas) esto es, con posterioridad al 31 de julio del 2011 (inciso 8º y párrafo 6º del Acto Legislativo 01 de 2005), confirmándose este punto.

Ahora, en cuanto a la excepción de prescripción, propuesta oportunamente por la demandada en su contestación⁹, se tiene que no está llamada a prosperar, toda vez que la exigibilidad del derecho lo es a partir del retiro del sistema y como éste no se ha producido, no es aplicable el termino trienal establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S para la operancia del fenómeno prescriptivo, tal como así lo determinó el operador judicial de primer grado, por lo cual se prohijara tal decisión.

En cuanto a los intereses moratorios si bien el derecho pensional del accionante está siendo reconocido con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición, razón por la cual aplicaría el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que como se ha venido señalando el actor aún no se ha desafiliado del sistema por ende no puede achacarse omisión alguna a la Administradora Colombiana de Pensiones en el pago de las mesadas pensionales y más cuando como ya se explicó la negativa del reconocimiento no radicó en la falta del cumplimiento de semanas, resultando improcedentes los intereses alegados, revocándose en virtud del grado jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones esta condena.

Agotada como se encuentra esta instancia, lo que se sigue es la revocatoria parcial de la sentencia de primera instancia, en lo atinente a la condena por intereses moratorios, conforme a lo considerado.

⁹ Por auto del 13 de agosto del 2019 se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones.

Sin **COSTAS** en el grado de jurisdiccional de Consulta. **COSTAS** de la apelación a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral **CUARTO** del fallo de primer grado, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES del reconocimiento y pago de los intereses moratorios, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo considerado.

TERCERO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de Consulta. **COSTAS** en la apelación a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Rafael Moreno Vargas

RAFAEL MORENO VARGAS

Diego Fernando Guerrero Osejo

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

EXP. No. 31 2019 00165 01 MARISOL LAURIN SALAZAR CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, actuando como litis consortes la menor VALENTINA URREGO RODRÍGUEZ y ROSA MYRIAM RODRÍGUEZ POSADA.

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARISOL LAURIN SALAZAR CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, actuando como litis consortes la menor VALENTINA URREGO RODRÍGUEZ y ROSA MYRIAM RODRÍGUEZ POSADA. (RAD. 31 2019 00165 01).

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandada y los litisconsortes, pues la demandante guardó silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por las litisconsortes y la demandada UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de estas últimas, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de marzo de 2020 (Cd. fl. 394, récord 56:13, acta a folio 395), en la que se resolvió:

“CONDENAR a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – UGPP a pagar a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes a favor de la señora MARISOL LAURIN SALAZAR en cuantía de un 50%, a partir del 15 de diciembre del año 2015 y en un 50% a favor de la menor VALENTINA URREGO RODRÍGUEZ, 50% a favor de la menor VALENTINA RODRÍGUEZ que irá hasta el día 16 de mayo de 2020 momento en el cual cumple 18 años o hasta que ella cumpla 25 años siempre y cuando acredite en debida forma su condición de estudiante y a partir del momento en que cese el derecho de VALENTINA URREGO RODRÍGUEZ la pensión corresponderá en un 100% a MARISOL LAURIN SALAZAR esta con carácter vitalicio.

EXP. No. 31 2019 00165 01 MARISOL LAURIN SALAZAR CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, actuando como litis consortes la menor VALENTINA URREGO RODRÍGUEZ y ROSA MYRIAM RODRÍGUEZ POSADA.

CONDENAR a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP a reconocer y pagar a MARISOL LAURIN SALAZAR por concepto de retroactivo pensional liquidado desde el 15 de diciembre de 2015 al 20 de febrero de 2020, la suma de \$92.666.360.

CONDENAR a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP a reconocer y pagar a MARISOL LAURIN SALAZAR el retroactivo pensional debidamente indexado.

AUTORIZAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP a descontar de la mesada pensional de VALENTINA URREGO RODRÍGUEZ lo que ha pagado en exceso, esto, respetando el mínimo vital de la menor.

CONDENAR en costas y agencias en derecho a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP en cuantía de medio salario mensual legal vigente.

Se notifica la sentencia”

Contra la anterior decisión, los apoderados de las litis consortes VALENTINA URREGO RODRÍGUEZ, ROSA MYRIAM RODRÍGUEZ y la demandada UGPP, interpusieron recurso de apelación.

En primer lugar, la apoderada de la UGPP pidió se revoque parcialmente la sentencia apelada, particularmente con relación a la condena a favor de MARISOL LAURIN SALAZAR y las costas impuestas a cargo de la entidad, argumentando, por una parte, la actora no cumplió con los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003, específicamente el relativo a la convivencia, pues no se tuvo en cuenta que estaba viviendo en España y dejó de convivir con el causante y que, adicionalmente, realizó su vida con otra persona lo que impide que se acceda a lo pretendido. Dijo, no se tuvo en cuenta el testimonio de ANA BEATRIZ PARDO, hermana del causante, quien señaló que cuando el EDUARDO URREGO vivió en la finca de su propiedad se encontraba con su hijo JULIO quien desde 1 año atrás se había mudado de Italia para cuidar a su padre durante su enfermedad, es decir, quien convivió con el causante fueron sus hermanos e hijos, pero no la demandante.

Adicionalmente, apunta, de conformidad con la sentencia SL 1399 de 2018 de la Corte Suprema de justicia, no basta probar los 5 años de convivencia con

anterioridad al deceso, sino que debe acreditarse que en el transcurso de esa convivencia hubo “*amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual que refleje el propósito de la realización del proyecto de vida en pareja responsable y estable*”, lo cual, asegura, no quedó demostrado.

De otro lado, con relación a las costas, refirió la ausencia de mala fe y la falta de competencia para definir el derecho de las reclamantes dada la controversia suscitada, cuya resolución dice, está en cabeza de la justicia ordinaria, para implorar la revocatoria de este concepto¹ (Cd. folio 394, récord 58:36, acta a folio 395).

A su turno, la apoderada de la menor VALENTINA URREGO RODRÍGUEZ aseguró que de acuerdo con los testimonios recepcionados no se logró probar la convivencia de la demandante con el causante, lo que hace que se perjudique su derecho pensional y la devolución de la elevada suma de dinero, por lo que pide

¹ “*Gracias su señoría. Procedo a interponer recurso de apelación y sustentar bajo los siguientes argumentos.*

En primer lugar solicitarle a la Honorable Sala se revoque parcialmente la decisión emitida por este Despacho, en la medida que la demandante señora MARISOL LAURIN SALAZAR no cumplió con los requisitos establecidos en la Ley 797 del 2003, artículo 12, como quiera que este Despacho no tuvo en cuenta que la señora demandante se encontraba viviendo en España y había dejado de convivir con el causante y que adicionalmente pues volvió a realizar vida con otra persona, circunstancia esta que impide se acceda a lo pretendido por la parte demandante. Adicionalmente, tampoco se tuvo en cuenta el testimonio de la señora ANA BEATRIZ PARDO MARTÍNEZ, hermana del causante, cuando señala que el señor EDUARDO URREGO vivió en la finca de su propiedad con su hijo JULIO, que desde hace un año se había mudado desde Italia para cuidar a su padre en su enfermedad, es decir, que el mismo acá se puede dar fe de que quien vivió con el causante fueron sus hermanos hijos, pero no la parte demandante.

*Adicionalmente téngase en cuenta que la corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral en sentencia SL1399 de 2018 con radicado 45779 del 25 de abril de 2018, definió la noción de convivencia durante los 5 años anteriores a la muerte del causante, como un requisito inexcusable del derecho pensional de sobrevivientes, pero adicionalmente esta sentencia indica que no solamente se debía cumplir con el requisito de los 5 años de convivencia, sino que también se debía comprobar que en el transcurso de esa convivencia hubo “*amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual que refleje el propósito de la realización del proyecto de vida en pareja responsable y estable*”. Esto no quedó debidamente probado con la demandante hecho que le solicito al Tribunal Superior de Bogotá se revoque en la medida en que no solo por el hecho de haber convivido 5 años sino que también debió demostrar estas ayuda mutua para poder otorgarle el derecho a la parte demandante.*

Adicionalmente solicito se revoque la condena en costas proferida a mi representada, en la medida en que se trata de un conflicto entre beneficiarias y como la ley 1204 de 2008 ha señalado que la administración carece de competencia para resolver las reclamaciones de la pensión de sobrevivientes, en las que se suscite controversia entre varias peticionarias, en este caso pues había controversia entre MARISOL LAURIN y la señora ROSA MIRIAM RODRÍGUEZ, hecho que llevó a que mi representada negará el derecho de la prestación tanto de la señora ROSA MIRIAM y de la señora MARISOL LAURIN en consecuencia no queda probada la mala fe de mi representada y razón por la cual solicito al Tribunal se revoquen las costas, toda vez que este es un derecho que debía ser dirimido por la justicia ordinaria.

Así dejo sustentado mi recurso de apelación, solcito a la Sala se revoque parcialmente la decisión otorgada por este Despacho, gracias.”

se revoque la sentencia y se deje la prestación como fue reconocida² (Cd. folio 394, récord 1:02:28, acta a folio 395).

Por su parte, el representante judicial de ROSA MYRIAM RODRÍGUEZ manifiesta, sí se demostró la convivencia con los “testimonios” tanto de la demandante como de ROSA, quien “manifestó conocer a la pareja y su convivencia hasta el día de su muerte”, advirtiendo, era la litis consorte la encargada de ver por el señor URREGO hasta su deceso, de pagar servicios públicos y todo lo referente a la finca “de lo cual tiene todos los soportes”. Refiere, ninguno de los familiares que manifiestan haber cuidado en su momento al causante corría con los gastos, lo hacía ella.

Pide, se declare la prosperidad de las excepciones de mérito propuestas “inexistencia de la causa para demandar, falta de legitimación en la causa por activa a ser demandante en proceso laboral y temeridad y mala fe”³(Cd. folio 394, récord 1:03:22, acta a folio 395).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARISOL LAURIN SALAZAR, las pretensiones que relacionó a folios 21 y 22, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados a folios 22 a 24, aspirando de

² “Gracias su señoría, también interpongo recurso de apelación su señoría, teniendo en cuenta que varios de los testimonios acá tanto de la parte demandada y demandante, no probaron la convivencia de la demandante con el causante, esto hace que mi representada se vea perjudicada, además de que tiene que devolver tanto dinero aunque su señoría dice que no se le quite el mínimo vital, la perjudicaría bastante, por lo tanto ruego a su señoría, solicito ante el Tribunal Superior se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se deje como estaba, por no tenerse por probada la convivencia y en esos términos lo dejo su señoría.”

³ “Su señoría, presento recurso de apelación por no estar de acuerdo con el fallo, toda vez que si se demostró con los testimonios, tanto de la demandante como de la señora ROSA MYRIAM RODRÍGUEZ que manifestó conocer a la pareja y su convivencia hasta el día de su muerte, tanto es así que ella era la encargada de ver por el señor URREGO hasta el momento de su muerte y encargada de pagar servicios públicos y todo lo referente a la finca, de lo cual ella tiene todos los soportes.

Ninguno de los familiares que manifiesta haber cuidado en su momento, corrían con los gastos, los corría la señora MYRIAM como cónyuge (sic) permanente del señor LUIS URREGO.

También para que se tengan a prosperar las excepciones de mérito tanto es la inexistencia de la causa para demandar, falta de legitimación en la causa por activa a ser demandante en proceso laboral y temeridad y mala fe. Gracias.”

manera principal, se condena a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP a pagar a su favor la pensión de sobrevivientes por la muerte de su cónyuge LUIS EDUARDO URREGO MARTÍNEZ (Q.E.P.D), con los reajustes e incrementos pensionales que se han efectuado a través del tiempo, las mesadas adicionales, los intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a su favor en cuantía del 50% de la mesada pensional devengada por el causante, otorgando el 50% restante a su menor hija VALENTINA URREGO RODRÍGUEZ, advirtiéndole, esta última recibiría la prestación hasta los 18 años o los 25, siempre que acredite la condición de estudiante, luego de lo cual, deberá cancelarse a favor de la demandante el 100% de la pensión. Lo anterior tras considerar en primer lugar, que la niña VALENTINA URREGO probó su condición de hija respecto del causante, y en segundo, que la señora MARISOL LAURIN había logrado acreditar que convivió con el causante 5 años en cualquier tiempo, comprendidos entre 1972 -fecha del matrimonio- y 1991 cuando esta se radica en España. No encontró acreditada la convivencia dentro de los 5 años anteriores del fallecimiento del pensionado, respecto de la señora ROSA MIRYAM RODRÍGUEZ.

Habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, se abordará el estudio de la procedencia de las condenas impuestas a cargo de la demandada.

De esta manera ha de señalarse, no es motivo de controversia en esta instancia que el señor LUIS EDUARDO URREGO MARTÍNEZ, falleció el 15 de diciembre de 2015, conforme se señala en el Registro Civil de Defunción visible a folio 6, como tampoco que se encontraba pensionado por vejez, tal como se extrae de la Resolución 00718 de 26 de enero de 1998 (folios 398 a 402)⁴, por la cual se reconoce una pensión mensual vitalicia de vejez al señor LUIS EDUARDO URREGO MARTÍNEZ, en cuantía de \$649.311,15 a partir del 8 de mayo de 1995, con efectos fiscales a partir del retiro definitivo del servicio, lo cual ocurrió el 1 de diciembre de 2001, según se lee en la Resolución 2370 de 28 de noviembre de

⁴ Documento extraído del expediente administrativo aportado por la demandada en medio magnetofónico de folio 60, impreso para mayor claridad.

2001 expedida por el ICBF “*por el cual se acepta una renuncia*” (folio 403)⁵, cuya mesada pensional fue reliquidada mediante Resolución 19043 de 2002 en cuantía de \$1.550.391,68, efectiva a partir del 1 de diciembre de 2001 (folios 404 a 409)⁶.

En el examine, tampoco se discute la calidad de cónyuge que ostenta la señora MARISOL LAURIN SALAZAR respecto de LUIS EDUARDO URREGO, conforme el registro civil de matrimonio que reposa a folio 8 y la partida de matrimonio (folio 7), en el que consta que la pareja contrajo nupcias por el rito católico el 9 de mayo de 1972, sin que se observe ninguna nota de divorcio, cesación de los efectos civiles del matrimonio o liquidación de sociedad conyugal, de allí que pueda concluirse que esta estuvo vigente hasta el deceso del pensionado.

Adicionalmente, no se controvierte en esta instancia que mediante Resolución RDP 014741 de 6 abril de 2016, la demandada reconoció a favor de VALENTINA URREGO RODRÍGUEZ, la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de LUIS EDUARDO URREGO MARTÍNEZ, en calidad de hija menor de edad del *de cuius* en un 100%, a partir del 15 de diciembre de 2015 y hasta tanto cumpla la mayoría de edad o hasta el 15 de mayo de 2027, día anterior al cumplimiento de 25 años de edad, siempre y cuando acredite escolaridad conforme a las normas vigentes (folio 15 a 18).

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar si las señoras MARISOL LAURIN SALAZAR, en calidad de cónyuge y ROSA MYRIAM RODRIGUEZ POSADA, en calidad de compañera permanente, acreditaron los requisitos previstos en la norma para ser beneficiarias de la sustitución pensional reclamada.

En esta dirección, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante, la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual se encontraba vigente para la data antes mencionada (15 de diciembre de 2015, fecha del deceso), que en sus partes pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la

⁵ Documento extraído del expediente administrativo aportado por la demandada en medio magnetofónico de folio 60, impreso para mayor claridad.

⁶ Documento extraído del expediente administrativo aportado por la demandada en medio magnetofónico de folio 60, impreso para mayor claridad.

compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad; señala el literal a) del artículo 47 citado que, 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 deceso.⁷

La normatividad en cita, en caso de una concurrencia de cónyuge y compañera permanente, como en este caso se reclama, prevé dos situaciones 1) convivencia simultánea en los 5 años anteriores al deceso del pensionado y, 2) No hay convivencia simultánea, se mantiene vigente la unión conyugal anterior pero hay separación de hecho. En ambas situaciones, la pensión sería reconocida de manera proporcional al tiempo convivido con el causante por cada una.

Ahora, bueno resulta memorar respecto del tiempo de convivencia que debe acreditar la cónyuge supérstite, la Corte Suprema de Justicia, ya ha tenido oportunidad de aclarar el tema, señalando que los cinco (5) años que habla la norma para el cónyuge que va a recibir una cuota parte, puede ser cumplida en

⁷ **“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. 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 muerte⁷; (...)*

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.

(...)

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”

“cualquier tiempo”, luego, el argumento relacionado con que la convivencia de la pareja debía ser inmediatamente anterior al deceso del de cujus, señalado en el acto administrativo que negó el derecho queda superado (folio 16 vto.). Al respecto ver sentencia del 29 de noviembre de 2011 Rad. 40055 y SL 12442 proferida dentro de la radicación No. 47173 del 15 de septiembre de 2015⁸;

⁸ “Así las cosas, la discusión jurídica en el sub lite gira en torno a determinar si a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cónyuge separado de hecho que ha mantenido vigente el vínculo matrimonial tiene la condición de beneficiario y puede aspirar a la pensión de sobrevivientes así no demuestre convivencia al momento de la muerte, ni en los 5 años inmediatamente anteriores a su ocurrencia.

1.- Al respecto se ha de precisar que la jurisprudencia de esta Sala venía exigiendo tanto al cónyuge como al compañero (a) permanente demostrar convivencia al momento de la muerte, y en los dos años anteriores a ésta en vigencia del artículo 47 original de la Ley 100 de 1993 (salvo cuando en ese lapso hubieren procreado hijos comunes, que suple el requisito de convivencia de los dos años anteriores, pero no al momento de la muerte), y en los cinco años precedentes al fallecimiento cuando el deceso hubiere ocurrido estando en vigor el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el anterior, y sin que se hiciera diferencia de si se trataba de la muerte de un afiliado o de un pensionado. (Sentencia CSJ SL, 20 may. 2008, rad. 32393). BSin embargo, la anterior postura fue variada en relación con el (la) cónyuge a partir de la sentencia CSJ SL, 20 nov. 2011, rad. 40055, donde en un nuevo examen del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, aplicable al sub lite, esta Corporación precisó que dicho requisito no podía exigirse en casos de convivencia no simultánea entre el afiliado o pensionado con un cónyuge supérstite del que estaba separado de hecho, y un compañero (a) permanente, pues el inciso tercero del artículo 13 en comento, le confirió también «la condición de beneficiario al cónyuge separado de hecho que conserve vigente el vínculo matrimonial, quien tendrá derecho a la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el de cujus», siempre y cuando demuestre que hubo convivencia mínimo por un término de cinco (5) años en cualquier tiempo.

Más tarde, en la sentencia CSJ SL, 24 ene. 2012, rad. 41637, la Sala amplió la interpretación de ese mismo inciso tercero del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y estimó que para efectos de que el cónyuge separado de hecho pudiera acceder como beneficiario a la pensión de sobrevivientes, no era menester la presencia de una compañera (o) permanente con convivencia no simultánea, pues dicha exigencia no resultaba proporcional ni justificada de cara a los principios y objetivos de la seguridad social, y no realizaba la protección al vínculo matrimonial que el legislador incorporó en dicha reforma, por lo que en esos eventos la esposa o esposo podía reclamar la prestación a condición de demostrar que hizo vida marital con el de cujus durante un término no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo.

(...)

Por último, en fallo CSJ SL, 13 mar. 2012, rad. 45038, se estableció por parte de esta Corporación, siempre en interpretación del inciso tercero del artículo 13 objeto de estudio, que la prestación de supervivencia no podía ser negada al (a la) cónyuge con vínculo matrimonial indemne, por la circunstancia de no tener sociedad conyugal vigente, porque la voluntad del legislador fue proteger la «unión conyugal» y el artículo 42 de la Constitución Política señala que «los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil». La protección debe otorgarse eso sí, mientras se demuestre vida en común entre los esposos por un lapso no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo. (...)

2.- Preciado lo anterior, es menester señalar que la labor del juez no se reduce a la simple aplicación mecánica de la ley, sino que en su función trascendente subyace el imperativo de hacer efectivo el bien jurídico protegido, que no se realizaría si se acogiera una interpretación exegética del inciso 3° del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Una lectura sistemática atendiendo la teleología del precepto conduce a su armonización con lo previsto en el artículo 46 ibídem, en el sentido que para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes se exige ser miembro del grupo familiar del pensionado o afiliado que fallezca. En otras palabras, el amparo se concibe en la medida en que quien reivindica el derecho merezca esa protección, en cuanto forma parte de la familia del causante en la dimensión en que ha sido entendida por la jurisprudencia de la Sala, referida en el caso de los cónyuges, a quienes han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico, aún en casos de separación y rompimiento de la convivencia (CSJ SL, 10 de may. 2005, rad. n° 24445.) (...)

Para que proceda el reconocimiento pensional, entonces, se requiere, en el caso de la compañera permanente acreditar que convivió con el causante en los últimos 5 años anteriores al deceso, y de la cónyuge, que mantuvo vigente el vínculo matrimonial y 5 años de coexistencia en cualquier tiempo.

Así las cosas y en aras de acreditar la convivencia de la señora MARISOL LAURIN SALAZAR como cónyuge del causante, por el lapso exigido en la norma, debe acudir al acervo probatorio recaudado en autos, advirtiendo que dentro de las documentales aportadas al proceso y en lo que interesa al objeto de la litis, se destacan las siguientes:

- Copia de la Escritura Pública N° 1898 de 17 de noviembre de 2015, otorgada en la notaría 59 del Círculo de Bogotá denominado “testamento abierto” otorgado por LUIS EDUARDO URREGO MARTÍNEZ (folios 10 a 14), en cuya cláusula primera se dispuso:

“Yo, Luis Eduardo Urrego Martínez con cédula de ciudadanía número 17.052,026 de Bogotá. Mediante el presente testamento declaro que la señora Marisol Laurín Salazar con cédula de ciudadanía N° 41.569.934 de Bogotá, es mi legítima esposa y que en mi fallecimiento entrará a disfrutar de mi pensión de jubilación a la cual tiene derecho según lo establece la ley colombiana. Igualmente será mi beneficiaria de la misma pensión Valentina Urrego Rodríguez menor de edad, con tarjeta de identidad número 1.003.540.411 de Fusagasugá

Con relación a tal instrumento es importante anotar, de conformidad con las normas vigentes no es posible disponer mediante testamento la calidad de beneficiarios de la sustitución pensional, pues los requisitos para acceder a la misma se encuentran previstos en la Ley; sin embargo, de allí se infiere, el ánimo del fallecido de reconocer la unión con la aquí demandante, aunque nada se mencionó respecto de la convivencia.

Una comprensión distinta orientada por la aplicación fría y exegética del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que en el caso del cónyuge separado de hecho, por la sola existencia del lazo matrimonial, sin la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, permitiera el beneficio de la prestación periódica por muerte, dejaría vacía de contenido la protección de la familia que la ley verdaderamente quiere amparar. En esa medida aquel cónyuge a quien se le dispense el derecho a pesar de haber cesado la vida en común con el causante al momento del fallecimiento, además de la convivencia por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, deberá demostrar que se hace acreedor a la protección, en cuanto efectivamente hace parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y por esa razón su muerte le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención. No se trata de excluir el amparo bajo el concepto de cónyuge culpable, sino que quien lo reclama debe hacerse acreedor a él, pues la protección de la seguridad social en la medida en que ambos regímenes tanto el de prima media como el de ahorro individual, implican un esfuerzo colectivo y solidario, debe acoger al verdadero titular, porque de lo contrario se generaría inequidad, cuando frente al bien jurídico protegido el reclamante resulte ajeno a él. (...)”

- Resolución RDP 014741 de 6 de abril de 2016 (folios 129 a 132) en cuyos apartes se refiere a la declaración juramentada rendida por la demandante, en la cual declaró (folio 136):

“Por medio del presente, yo, MARISOL LAURIN SALAZAR identificada con la cédula de ciudadanía número 41569,934 de Bogotá, declaro bajo juramento que contraí matrimonio eclesiástico con LUIS EDUARDO URREGO MARTÍNEZ identificado con la cédula de ciudadanía N° 17.052.026 de Bogotá, el día 9 de mayo de 1972 en la Parroquia del Santísimo Sacramento de Bogotá PARTIDA L4 F84 N168- Registrado Civilmente 6171609 en la Notaría 59 el 27 de Noviembre del 2013 y nuestra convivencia se prologó desde Enero de 1971 hasta agosto 14 del año 1991. Nuestra sociedad conyugal sigue vigente a la fecha”

Adicionalmente, la demandante absolvió interrogatorio de parte⁹, en el cual relató que conoció a LUIS EDUARDO URREGO siendo muy niña por la amistad que había entre las dos familias. Indicó, la relación con el causante nunca se rompió, nunca se divorciaron, continuando con el vínculo matrimonial hasta su muerte, incluso comentó que ayudó a costear los gastos funerarios pues el dinero del seguro solo cubrió una parte y que, mientras el señor URREGO estuvo enfermo, giró dinero para ayudar con los medicamentos y tratamientos que este necesitara. Indicó su convivencia fue ininterrumpida desde su matrimonio hasta el año 1991, cuando ella se traslada a vivir a España, viaje que, aseguró, fue consensuado con el de cujus pues obedeció a la necesidad de un mejor futuro para sus hijos, pero nunca se perdió la ayuda y socorro. Adujo, la convivencia con su esposo fue en la casa que tenían en Bogotá, era su vivienda familiar. Comentó que en la enfermedad que su cónyuge lo cuidaron sus hijos. Dijo haber respetado su matrimonio hasta el fallecimiento del señor URREGO y dos años después del deceso se volvió a casar.

Indicó, viajó muchas veces a Colombia, pero en esas oportunidades no compartían lecho y su relación marital con EDUARDO fue hasta el año 91. Con relación a ROSA MYRIAM dijo que la conocía, supo de ella como en el 2001, 2002, que sabía que ella había ido a pedir que le alquilaran una habitación en la finca y luego ya ella se quedó ahí con dos hijos que tenía, y después otra niña que dicen es hija de Luis Eduardo, lo que no le consta, solo sabe que él la reconoció.

⁹ Cd folio 390, récord 03:48

Para soportar sus afirmaciones, en el proceso se recibieron, además los testimonios de ANA BEATRIZ PARDO MARTÍNEZ¹⁰, hermana del pensionado y AIDA MONTAÑO¹¹. La primera indicó, su hermano fue casado, tuvo 3 hijos de su matrimonio y hace como 10 años había comentado que reconoció a Valentina. Aludió el causante vivió con la esposa -MARISOL- hasta el año 91 cuando ella decidió irse para España, que siempre tuvieron comunicación, que la convivencia duró como 20 años y era muy buena la relación procuraron ayudarse todo el tiempo. Precisó que después del año 1991 nunca le conoció que viviera realmente con nadie, que siempre vio a MARISOL, quien iba y venía. Comentó que para el fallecimiento del de cujus, este estaba con un hijo que se vino de Italia para cuidar a su papá, como un año antes del fallecimiento del causante. También reseñó que Marisol cuando venía no se quedaba con LUIS EDUARDO, lo visitaba en la finca, pero no se quedaba.

En lo que tiene que ver con Rosa Myriam, mencionó, ella cuidaba fincas y siempre la vieron así. Refirió que visitaba la finca donde vivía su hermano -Villa Claudia, ubicada en Fusagasugá- varias veces al mes, que no la vio cuidando su hermano en su lecho de muerte. Señaló, su madre antes de morir, como en el 2000 o 2001 le comentó algo sobre una relación entre su hermano y ROSA MYRIAM, pero no paso de ese comentario y no le consta hasta cuándo duraron los amoríos; que en los periodos de hospitalización en Bogotá no vio a la señora Rodríguez. Indicó que conoció de los procesos que Rosa inició contra de su familiar porque él siempre estaba preocupado por eso, supo de un trámite en Bienestar Familiar porque él supuestamente iba a violar a una hija de Rosa, también para pre constituir la unión marital de hecho y que con la sucesión también han tenido mucho problema. Mencionó, la finca tenía dos casas, su hermano vivía en la pequeña y en la otra estaba Rosa con Valentina y sus otros hijos.

AIDA MONTAÑO, prima de la demandante, dijo que conoció a Luis porque se casó con su familiar en el 71 y que su matrimonio fue hasta el 91. Señaló que su separación se dio porque no llegaron a buenos términos, pero siguiendo hablando, que la pareja conformada por la señora Laurín y el señor Urrego, vivió en un apartamento en Bogotá, en el Gualí, le consta porque los frecuentaba; que sabe

¹⁰ Cd folio 368, récord. 01:04:42.

¹¹ Cd folio 369, récord. 01:33:32.

que la pareja tuvo 3 hijos y luego el causante tuvo 1 niña después de que se separó con Marisol.

De tal manera, una vez escuchadas las declaraciones recién reseñadas, las mismas son coincidentes en afirmar que la señora MARISOL LAURIN SALAZAR y LUIS EDUARDO URREGO convivieron juntos por lo menos desde el año 1972 que se celebró el matrimonio y hasta 1991, esto es, por un espacio aproximado de 19 años, habiendo los declarantes percibido de manera directa los hechos sobre los cuales declararon, por la cercanía en razón al vínculo de familiaridad que los ata a la pareja, por lo que con mayor razón se le da credibilidad a sus dichos en tanto conocieron la situación personal de los consortes. Adicionalmente, aunque la demandada asegura no hallarse demostrada la ayuda mutua entre los consortes, lo cierto es que en declaración que hiciera el señor LUIS EDUARDO URREGO ante el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Fusagasugá, cuyos apartes se citan en la sentencia proferida por ese despacho el 9 de junio de 2015, este refirió que mantenía una relación permanente con su esposa (folio 82).

Por tales razones, la Sala puede afirmar con certeza, que la cónyuge hoy demandante logró demostrar en el presente asunto que hizo vida en común con el causante por más de 5 años **en cualquier tiempo**, conforme la Jurisprudencia atrás anotada lo ha precisado, a más de contar con más de 30 años de edad a la fecha de fallecimiento de su esposo, pues tenía con 63 años –nació el 28/03/1952 fl. 4– razón por la cual se acreditaron los requisitos exigidos por la normatividad aplicable al caso de autos para acceder al reconocimiento pensional deprecada, y en este punto se deberá confirmar la sentencia apelada.

En lo que respecta a la señora ROSA MYRIAM RODRIGUEZ POSADA, según se verifica de su registro civil de nacimiento (folio 135), esta nació el 4 de julio de 1974, por lo que a la fecha de fallecimiento del causante contaba con 41 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos.

Con relación a la convivencia, en el acervo documental se evidencia copia de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Civil- Familia, calendada 8 de abril de 2016 (folios 95 a 125), dentro del proceso con radicación 2013-396-01 promovido por ROSA MYRIAM RODRIGUEZ contra LUIS EDUARDO URREGO MARTÍNEZ en la cual se resolvió:

“PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 9 de junio de 2015 por el Juzgado Promiscuo de Familia de Fusagasugá y en consecuencia declarar la existencia de la unión marital de hecho entre Rosa Myriam Rodríguez Posada y Luis Eduardo Urrego Martínez desde el 31 de julio de 2001 hasta mediados de 2012”

De dicha providencia vale la pena destacar los siguientes apartes:

“Bajo estos argumentos, resulta evidente que en este asunto se demostró que entre Rosa Myriam Rodríguez Posada y Luis Eduardo Urrego Martínez, existió una relación amorosa estable con comunidad de vida permanente y singular desde el 31 de julio de 2001 hasta mediados de 2012 y no hasta la presentación de la demanda por cuanto la última discusión que se presentó entre la pareja y la cual se devino la ruptura definitiva se dio el 19 de junio de 2012”

Adicionalmente, resalta la Sala de la sentencia proferida dentro del proceso ordinario antes referido, dictada por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Fusagasugá el 9 de junio de 2015 (folios 79 a 92) los interrogatorios de parte rendidos por MYRIAM y LUIS EDUARDO, así:

*“INTERROGATORIO DE PARTE, absuelto por la demandante ROSA MYRIAM RODRÍGUEZ POSADA, quien manifestó: Yo me fui a convivir con el señor Urrego desde el 2000, tengo una niña de 11 años con él. Empezamos una vida normal, construimos una piscina y una casa para alquilarla, yo tengo un local en el centro comercial 1ª pero me toco dejar de ir porque me celaba mucho. Se acostumbró a que cada que me hacía un reclamo me insultaba o me tiraba, yo era sumisa al dejarme. Yo lo conocí a él en el año 1999. **Vivimos desde enero del año 2000 hasta junio de 2012, en la misma casa.** Yo sabía que él estaba casado, pero me dijo que era separado. (...) la convivencia fue en la finca Villa Claudia, hoy en día tiene dos casas y un chalet abandonado que no es habitable. Yo habito la casa grande, pero a raíz del problema el 9 de junio URREGO le dijo al maestro que no trabajara más y hasta ahí dejó la obra. El se pasó a vivir allí el 19 de junio, él le pidió el favor a un muchacho que yo había contratado para unas laborales, de que le ayudara a subir las cosas que habíamos comprado, la nevera, la lavadora y una cama doble que teníamos abandonada, dese ahí se pasó a vivir al apartamento nuevo. (...) en el año 2006, ahí vinieron los problemas, comenzó a pegarme, fui en varias oportunidades a la comisaria de Familia y al Bienestar Familiar (...) **él vive en el apartamento donde está desde junio de 2012. Actualmente no convivimos bajo el mismo techo, pero en la misma finca si, y compartimos los servicios de agua y luz que la quita cuando se le da la gana”***

(...)

“INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el demandado LUIS EDUARDO URREGO MARTÍNEZ, quien manifestó: la señora ROSA MYRIAM llegó a vivir a la finca Villa Claudia en calidad de arrendataria, en compañía de dos hijos menores de 3 y 5 años. No he convivido con ella. Tuvimos encuentros afectivos, del cual supuestamente nació una hija que se llama Valentina (...) hubo una convivencia por 3 o 4 años, pero no hubo relación de pareja, ella cocinaba para ella, tuvimos 3 o 4 relaciones sexuales. Ella permanecía en su habitación con llave, no le permitía el ingreso ni a sus hijos. Durante el tiempo de permanencia en la finca siempre estuve atento a las necesidades que se ofreciesen, como traslado a

la ciudad de Fusagasugá y seguramente esto dio a que ella pensara en una relación permanente. Yo soy casado por la iglesia con MARISOL LAURIN con quien tuve 3 hijos, mantengo una relación permanente con mi esposa (...) nosotros a la fecha vivimos en casas diferentes. Yo asumía que ella se iba luego de hacer la conciliación de los alimentos”

En el presente proceso, la litis consorte absolvió interrogatorio de parte¹² en el que refirió que vive en la finca llamada Villa Claudia desde el año 2000 ubicada en Cuchara Alta de Fusagasugá en el que asegura vivió con LUIS EDUARDO URREGO MARTÍNEZ, quien era el papá de su hija VALENTINA URREGO. Indicó que vivió con él desde el 99, convivencia que se extendió hasta el 14 de diciembre de 2015 cuando falleció el causante. Dice que lo conoció cuando tenía aproximadamente 26 años y el 60, que tuvieron una vida bonita, que su alcahueta fue la mamá de él -BLANCA MARÍA-, quien murió en el 2001, porque era “*la que les tapaba todo*”, ya que algunas hermanas de él no estaban de acuerdo con la relación. Sabía que el causante estaba casado pero que estaban separados porque la esposa vivía en España y que, según comentarios del señor LUIS EDUARDO, ella allá tenía otro hogar. Relató, empezaron a tener problemas como en el 2012, él un día se tomó unas cervezas, se emborrachó y le pegó, que le denunció ante el Bienestar Familiar y lo citó a la Fiscalía, hicieron un arreglo de una cuota como por \$500.00 que el no cumplió, lo que duró como 1 año, por eso demandó la Unión Marital de Hecho. Señaló que trataron de arreglar el problema y volvieron “como si no pasara nada”, que para diciembre de 2012 “*ya estaban normal*”. Finalmente, a pesar de lo previamente relatado, dijo que nunca dejaron de convivir como marido y mujer, que no se separaron, el solo se fue para la casa nueva como “2 meses”. Mencionó que cuando lo visitaba su hijo Juan Manuel él se iba para la otra casa y hacía como que vivía allá. Dijo que cuando falleció el causante, él estaba con el hijo Julio Eduardo quien llevaba como 10 días con él, estaba de visita.

Para soportar sus dichos, se practicó el testimonio de PEDRO ELÍAS CHARRI¹³, quien dijo conocer a la demandante hace muchos años por relaciones comerciales que tenía con el señor LUIS EDUARDO, ya que le comparaba animales. Aseguró que le consta que convivían como pareja porque cuando iba a la finca, como dos o tres veces al mes, los veía juntos, que vivían los dos y tres “sardinós”, dice que la convivencia se extendió “*hasta que él murió prácticamente*” porque no lo vio en

¹² Cd folio 368, récord. 13:40

¹³ Cd folio 368, récord. 38:39

ninguna otra parte, sin embargo, aseguró que la última vez que fue a la vivienda fue como en 2013.

Igualmente, se recibió la declaración de EDGAR GONZALEZ DÍAZ¹⁴, quien aseveró haber trabajado en varias ocasiones en la finca de LUIS URREGO, como entre 2000 y 2006. El testigo, aunque dijo constarle que la pareja conformada por URREGO Y RODRÍGUEZ, ello fue solo por que los vio que salían en carro del predio. Además, afirmó que la última vez que fue al predio en el que dijo convivía la pareja fue en el 2006.

De la prueba antes analizada se puede concluir que la señora ROSA MYRIAM, aunque ostentó la calidad de compañera permanente del causante, lo cierto es que no convivió con este durante los **5 años anteriores a su fallecimiento**, o por lo menos ello no lució acreditado, por el contrario, los medios de prueba a los que se hizo referencia dan cuenta que la relación de pareja perduró sólo hasta el año 2012, esto es, casi 3 años antes del deceso del pensionado. Nótese, aunque la señora RODRÍGUEZ asegura al inicio de su intervención que convivió con el causante hasta su fallecimiento, refirió que hubo una separación en el 2012, lo que de contera implica una fractura en la continuidad de la cohabitación, adicionalmente, ello resulta consistente con lo concluido por el Tribunal Superior de Cundinamarca en el proceso que esta promovió contra el de cujus. Ha de advertirse, los testimonios de los señores PEDRO ELIAS CHARRI y EDGAR GONZALEZ, resultan poco ilustrativos y, en todo caso, solo pueden dar razones de su dicho hasta una fecha muy anterior a la muerte del señor URREGO; además, la testigo ANA BEATRIZ PARDO MARTÍNEZ, hermana del causante, a pesar de la relación que tenía con su hermano desconoció la relación que sostenía ROSA MYRIAM con este último.

Así las cosas, conforme lo reseñado esta Sala de decisión una vez analizadas en conjunto las pruebas bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, arriba a las mismas conclusiones del Juez *a quo*, en cuanto a que si bien la señora ROSA MYRIAM RODRÍGUEZ y el señor LUIS EDUARDO URREGO tuvieron una unión marital de hecho, acreditándose de esta manera la calidad de compañera

¹⁴ Cd folio 368, récord. 51:52.

permanente de la actora, lo cierto es que NO se logró demostrar en el presente asunto que hizo vida en común con el causante durante **5 años continuos con anterioridad a su muerte**, tan solo se logró tener certeza de una convivencia aproximada del año 2001 al 2012, pues a partir de esa anualidad el de cujus se mudó de la vivienda que compartía, por ende es claro **la convivencia no fue continua** de mediados del 15 de diciembre de 2010 al 15 de diciembre de 2015 (5 años antes del deceso), pues hubo una interrupción desde el año 2012 conforme lo confesó la misma litis consorte, lo cual reafirma que la convivencia en el lapso exigido por la ley no fue permanente, donde se evidenciara una verdadera comunidad de vida con el vínculo existente de amor y protección, con sus consecuentes manifestaciones de ayuda y apoyo mutuos, por parte de la señora RODRÍGUEZ al momento de la muerte del pensionado, situaciones que como ya se dijo en autos no fueron demostradas, pues ni tan siquiera la actora estuvo acompañándolo en su lecho de muerte, ya que nada de esto se probó.

Por lo anterior, se concluye la orfandad probatoria por parte de la señora RODRÍGUEZ POSADA dirigida a acreditar que convivió con el señor LUIS EDUARDO URREGO (q.e.p.d.), como ya se dijo durante 5 años antes de su muerte, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la “*falta de la prueba*”, debiendo confirmarse en este aspecto la sentencia de primer grado.

Ahora bien, conforme a lo analizado, y como quiera que no se discutió la calidad de beneficiaria que ostenta la menor VALENTINA URREGO RODRÍGUEZ (folio 78), la pensión habrá de distribuirse entre esta y la señora MARISOL LAURIN SALAZAR en proporciones iguales, esto es, 50% para cada una, advirtiendo, VALENTINA URREGO RODRÍGUEZ, tendrá derecho a percibir la prestación hasta adquirir la mayoría de edad o hasta el cumplimiento de los 25 años de edad, siempre y cuando acredite su condición de estudiante, como acertadamente lo estableció la demandada en el acto administrativo de reconocimiento y la juez de primer grado, en ese orden, una vez expirada la pensión a favor de Valentina, habrá de incrementarse en la prestación a favor de MARISOL LAURIN al 100%, confirmándose igualmente el fallo de primera instancia en este punto.

Por otro lado, se procede a verificar el monto de la condena que por retroactivo debe cancelar la enjuiciada desde el 15 de diciembre de 2015 toda vez que en primera instancia se concretó en \$92.666.360,18 hasta el 29 de febrero de 2020,

EXP. No. 31 2019 00165 01 MARISOL LAURIN SALAZAR CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, actuando como litis consortes la menor VALENTINA URREGO RODRÍGUEZ y ROSA MYRIAM RODRÍGUEZ POSADA.

precisando éste se seguirá causando hasta la inclusión en nómina de la prestación aquí reconocida.

Es este orden, efectuadas las correspondientes operaciones aritméticas, se obtiene como valor a cancelar al 29 de febrero de 2020 (fecha hasta la cual liquidó el *a quo*) la suma de **\$99.239.243,71**¹⁵ por las mesadas causadas desde el 15 de diciembre del 2015, valor que resulta superior al establecido en primera instancia, no obstante como quiera que también se conoce el presente asunto en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la UGPP, la suma señalada como valor de retroactivo no se modificara en aras de no hacer más gravosa la situación de la encartada.

En lo que hace a la condena al pago de indexación de las mesadas pensionales, a juicio de la Sala, ésta es completamente procedente como quiera que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

Así las cosas, dado que las mesadas pensionales cuyo pago aquí se impuso, se causaron a partir del 15 de diciembre de 2015, las cuales no han sido pagadas,

¹⁵

AÑO	IPC	MESADA	50%	ADEUDADAS	SUBTOTAL
2015	6,77%	\$ 2.953.398,72	\$ 1.476.699,36	0,5	\$ 738.349,68
2016	5,75%	\$ 3.153.343,81	\$ 1.576.671,90	14	\$ 22.073.406,67
2017	4,09%	\$ 3.334.661,08	\$ 1.667.330,54	14	\$ 23.342.627,55
2018	3,18%	\$ 3.471.048,72	\$ 1.735.524,36	14	\$ 24.297.341,02
2019	3,80%	\$ 3.581.428,07	\$ 1.790.714,03	14	\$ 25.069.996,46
2020		\$ 3.717.522,33	\$ 1.858.761,17	2	\$ 3.717.522,33
TOTAL RETROACTIVO					\$ 99.239.243,71

entre la fecha de su causación y la de su pago, habrá transcurrido un lapso considerable dentro del cual se presenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procediendo entonces la condena por este concepto a cargo de la demandada, por lo que en este punto también se confirmará la sentencia de primer grado.

En cuanto a la excepción de prescripción, propuesta la encartada (desde el escrito de contestación fls. 53)¹⁶, debe señalarse en este punto, no está llamada a prosperar, toda vez que la exigibilidad del derecho lo fue a partir del 15 de diciembre de 2015 data de deceso del pensionado (fl. 6); presentando reclamación el 12 de enero de 2016, según puede leerse de la Resolución RPD 014741 de 5 de abril de 2016 (fls. 15 a 19) en la cual se resolvió la petición, acudiendo a la jurisdicción el 6 de marzo de 2019 (fl. 29), evidenciándose, no transcurrió el termino trienal establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S. desde la exigibilidad del derecho, tal como así lo determinó la operadora judicial de primer grado, procediendo la confirmación de la sentencia también en éste punto.

Finalmente, en lo que atañe a la condena en costas procesales, como lo señala el artículo 366 del C.G.P, la condena en costas procede contra la parte vencida en juicio, siendo en este caso precisamente la encartada, y, en esa medida, es viable la confirmar la providencia apelada también en este punto.

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, habiéndose arribado las mismas conclusiones de la Juez a quo lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada y consultada.

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta. **COSTAS** de la apelación a cargo de la demandada.

En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

¹⁶ Admitida por el Juzgado por auto del 13 de mayo de 2019 (folio 61)

EXP. No. 31 2019 00165 01 MARISOL LAURIN SALAZAR CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, actuando como litis consortes la menor VALENTINA URREGO RODRÍGUEZ y ROSA MYRIAM RODRÍGUEZ POSADA.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta. **COSTAS** de la apelación a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Rodesto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Rafael

RAFAEL MORENO VARGAS

(SALVA VOTO)

Diego Fernando Guerrero Osejo

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$900.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

Diego Rodesto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ERIKA PATRICIA
MARTINEZ RUEDA CONTRA TELMEX COLOMBIA S.A. (RAD. 36 2017 00151
01).**

Bogotá D.C. seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 del ACUERDO PCSJA20-11546 de 25 de abril de 2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura que exceptuó de la suspensión de los términos judiciales decretada con ocasión de la emergencia de salubridad pública generada por el COVID-19 a *“todos los procesos que tengan solicitud de persona en condición de discapacidad”* y con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad, el pasado 20 de noviembre del 2019, en la que se resolvió (Cd. fl. 465, récord: 1:06:46, acta a fl. 466):

“PRIMERO: DECLARAR que entre la Señora ERICA PATRICIA MARTÍNEZ RUEDA, y la SOCIEDAD TELMEX COLOMBIA S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido del 2 de mayo de 2007 al 25 de julio de 2012.

SEGUNDO: ABSOLVER a la empresa de todas las pretensiones formuladas en su contra.

TERCERO: CONDENAR en ***COSTAS*** a la actora, liquídense con la suma de \$400.000 a título de agencias en derecho.

Y CUARTO: CONSÚLTESE con el superior la presente decisión en caso de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo demandante.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora no comparte la conclusión del juez de primera instancia pues considera la Ley 361 de 1997, tiene por objeto que haya una protección especial para las personas discapacitadas o que en la ejecución del contrato presenten situaciones de debilidad manifiesta por su estado de salud, manifestando las justas causas alegadas por la demandada debieron ponerse en consideración del Ministerio de Trabajo para que éste las valorara, razón por la cual asegura el despido del trabajador por razón de su limitación sin la autorización correspondiente no genera efectos y es ineficaz. De otro lado aduce que existe un dictamen del 16 de diciembre del 2011 que es anterior al fecha de finalización del vínculo laboral donde se le determina el 38.46% de PCL. (Cd. fol. 465, record: 1:07:50)¹

¹“ Gracias señora Juez, atendiendo lo decretado por este despacho me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia, en las siguientes inconformidades:

El despacho desconoce que la Ley 361 de 1997, efectivamente el objeto es que haya una protección especial para las personas discapacitadas o que en la ejecución del contrato presenten situaciones de debilidad manifiesta por su estado de salud.

Allí se consagra que esas personas en caso de ser despedidas, por alguna circunstancia, así sea por justa causa, esas justas causas, deben ser puestas en consideración del Ministerio de Trabajo para que allí se examinen y se valoren y ahí si proceder a efectuar el despido, situación que se está desconociendo dentro de este proceso.

Si es muy cierto, hay una serie de circunstancias de hechos y de testimonios y de documentos que narran que la trabajadora supuestamente incurrió en unas omisiones que en su descargo no acepto, porque no tuvo como desvirtuarlas y declararlas, puede que se hayan dado partamos de la hipótesis de que se dieron, pero esas causas debieron ser puestas en consideración del Inspector de Trabajo, para que éste las valorara porque entonces esta situación quedaría sin ningún efecto, esa norma que es de orden público, por ser de carácter social en el sentido de desconocer la autorización del Ministerio del Trabajo, por lo mismo, la Corte claramente lo ha dicho: la omisión de la autorización conlleva no solo al pago de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sino al restablecimiento del contrato y la reubicación del trabajador, es decir, el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación sin la autorización de la autoridad del trabajo no podrá ni generará efectos y solo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización.

Entonces aquí faltó la autorización del Ministerio de Trabajo, para ser despedido es precisamente esa orden que le da la Ley de que si se va a despedir no es que el trabajador tenga que estar, el empleador tenga que tener a su trabajador indefinidamente y que no lo pueda despedir, si lo puede despedir, pero tiene que poner en conocimiento esas justas causas, esas conductas omisivas del trabajador ante el Ministerio de Trabajo, para que el Ministerio las valore y las autorice, cuando efectivamente están bien sustentadas.

El hecho que los testimonios, los descargos y todo lo demás, si está bien, o no se dieron esas circunstancias, pero el Ministerio tenía que valorarlas porque es una orden de la Ley, esta 361 de 1997, y concretamente el artículo 26. Situación que no se dio para el caso y que es el objeto central de esta discusión y por lo mismo mi inconformidad con la sentencia.

De otro lado, en cuanto a que el dictamen donde se le califica a mi cliente es de una fecha diferente o posterior al despido no tiene razón de ser, pues el aporte que se hace en los medios de prueba, donde se dice copia del formulario del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral emitido el 16 de diciembre del 2011, téngase en cuenta que el despido se dio en julio de 2012, lo cual, quiere decir que si, el dictamen es anterior y que la pérdida de la calificación de la capacidad laboral, está determinada en ese dictamen en un 38.46, y no como efectivamente lo argumenta en sus excepciones o en sus medios de defensa la entidad

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora ERIKA PATRICIA MARTINEZ RUEDA en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda a folios 37, 38 y 47, del respectivo acápite, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 38, 39 y 47, encaminadas principalmente se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 25 de mayo del 2003 y terminó el 25 de julio del 2012, el cual termino cuando se encontraba en condiciones de debilidad manifiesta e indefensión por problemas de salud, en consecuencia se orden el reintegro al cargo que venía desempeñando, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y seguridad social que dejo de percibir, así mismo se ordene el pago de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, derechos *ultra y extra petita*, agencias en derecho y gastos procesales. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones,** en tanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar, respecto a la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que no se acreditaban las condiciones para predicar la misma a favor de la trabajadora, particularmente, no se demostró que el despido fuera en razón a una situación del salud de la demandante como tampoco se probó que estuviera en alguna condición de discapacidad.

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia la vinculación laboral de la demandante con la encartada mediante contrato de trabajo, el cual inició el 2 de mayo del 2007 y finalizo el 25 de julio del 2012, por decisión unilateral de la empleadora invocando una justa causa, pues dichos aspectos además de haber sido señalados por la *a quo* en las consideraciones de su decisión sin que fueren objeto de apelación, se constata con la documental visible a folios 3 a 7, 19, 20 y 104 a 108 del expediente.

demandada y que el despacho acepta que ese dictamen fue posterior, no, los documentos claramente nos dejan ver, fecha del dictamen número del dictamen el 11937, fecha del dictamen 16/12/11, y en su parte final donde el porcentaje de la perdida de la capacidad laboral nos habla del 38.46.

Entonces si el despido se dio el 25 de julio del año 2012 y el dictamen es del año 2011, si era un dictamen que se dio con anterioridad a la situación del despido, por eso mis razones de inconformidad con la sentencia, y por lo mismo, se me otorgue el recurso, para que el Juez Colegiado de segunda instancia lo revise y tenga en cuenta mis inconformidades. Muchas gracias Señora Juez.”

Establecido lo anterior, partirá la Sala por analizar lo relativo a la invocada estabilidad laboral reforzada por salud.

Funda sus aspiraciones la accionante en la Ley 361 de 1997 “*Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones*”, disposición que en su artículo 26, señala: “*Ninguna **persona limitada** puede ser **despedida** o su contrato terminado **por razón de su limitación**, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo*”, conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000.

Ahora, los criterios jurídicos para la aplicación de la norma reclamada por la actora, dictadas por la corporación rectora de la jurisdicción ordinaria, pueden resumirse entre otras, así:

a) Radicado 35606 de 2009:

“De acuerdo con la sentencia en precedencia [32532 de 2008] para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

b) Radicado SL 6850 de 2016:

“...En efecto, la censura parece diferenciar entre las causas justas y las razones que pueden acompañar a una decisión de despido. Por eso mismo, a pesar de que reconoce que en este caso no medio una justa causa, dice que la razón del despido fue la escisión de la entidad y no la condición de discapacidad del trabajador. Con fundamento en ello, en últimas, arguye que en el evento en que se propicie un despido unilateral y sin justa causa, en todo caso, el trabajador debe demostrar que la decisión se dio por razón de su discapacidad y no por otros motivos, para que opere la especial garantía de estabilidad.

Una interpretación de esas características no puede ser avalada por la Corte, por las razones que pasan a exponerse:

La interpretación que propone la censura torna totalmente nugatoria la garantía de estabilidad y le resta todo efecto útil a la disposición, pues pone en manos del empleador la facultad de despedir al trabajador discapacitado,

libremente, con la sola condición de no motivar su decisión en función de la especial condición de discapacidad.

(...)

Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte...” (Resaltado por la Sala)

c) Radicado 67595 de 2017:

(...)

...si bien el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, que como ya se dijo no es una prueba solemne de la condición de discapacidad, fue posterior al despido, lo cierto es que se fundamentó en las patologías y en la deficiencia, discapacidad y minusvalía adquiridas por el actor durante el desarrollo del contrato de trabajo, tanto así que la fecha de estructuración se definió en el 29 de febrero de 2008, varios meses antes de que se hubiera efectuado la desvinculación...”

d) Radicado SL 1360 del 11 de abril de 2018:

*(...) Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, **en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio.** Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado **por razón de su limitación**», lo que, contrario sensu, **quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.***

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

Bajo los criterios jurídicos citados, para lograr la ineficacia del despido o la condena al pago de la indemnización, en el transcurso del debate procesal la parte demandante debe demostrar su limitación; mientras que a la parte demandada le corresponde eventualmente acreditar la autorización del Ministerio del Trabajo, en los términos ya citados o acreditar la justa causa del despido en el evento de invocarlo como motivo de terminación.

En esta dirección, ha de señalarse el vínculo laboral entre las partes terminó el 25 de julio del 2012 por decisión unilateral de Telmex Colombia S.A. y con justa causa conforme se lee de la misiva obrante a folios 3 a 7, y en ese sentido, entra la Sala entonces a verificar si en el caso de marras se encuentran acreditados los presupuestos antes señalados, a efectos de dar aplicación a la Ley 361 de 1997, para lo cual se realiza el análisis íntegro del acervo probatorio vertido en autos.

Así, se tiene que con la demanda se acompañó únicamente como prueba documental la siguiente:

- Dictamen No. 13964 del 25 de enero del 2013 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Atlántico “*otras poliomielitis agudas paralíticas*” y “*síndrome del túnel carpiano*”, otorgándole un 38,46% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración 14 de noviembre del 2012 y de origen común (fls. 14 a 16)
- Dictamen No. 11937 del 16 de diciembre del 2011 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico en donde únicamente califican el Síndrome del Túnel Carpiano como de origen profesional (fls. 17 y 18).

De la anterior documental, a juicio de esta Sala, no se logra establecer que para la fecha de terminación del vínculo laboral (25 de julio del 2012) la demandante se encontraba cobijada por la estabilidad laboral reforzada solicitada, pues con ella no se logra acreditar de manera alguna que para dicha calenda se encontrara en un estado de incapacidad o disminución de sus facultades producida por sus padecimientos de salud, pues aunque es cierto que se encuentra diagnosticada con poliomielitis aguda y Síndrome del Túnel Carpiano, no se demostró en el *sub lite* que tales enfermedades la imposibilitaran o limitaran para la ejecución de las actividades contratadas que fueran conocidas por el empleador pues ni siquiera fue emitida incapacidad a favor de la trabajadora por esos malestares ya que nada se indica en el libelo sobre ello. En todo caso, los diagnósticos mencionados no erigen *per sé* en su favor la pretendida estabilidad, destacando, de los medios probatorios reseñados no se logra extractar que tales dolencias, la ubique en un estado de debilidad manifiesta², máxime cuando no se evidencian incapacidades médicas o recomendaciones que fueran emitidas en razón de sus patologías para la fecha de finalización del vínculo laboral 25 de julio del 2012.

Enfatiza la Sala, ningún medio de prueba se incorporó al plenario tendiente a acreditar que sus afectaciones de salud le impedían o dificultaban sustancialmente el desempeño de sus labores en “*condiciones regulares*”³. Tales circunstancias derivan en la inaplicabilidad de la ya mencionada Ley 361 de 1997, reiterando

² Corte Constitucional. Sentencia T-041 de 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

³ *Ibídem*.

para el momento de finalización del vínculo contractual no se encontraba en una situación de debilidad manifiesta, lo que en todo caso, libera el examen de la justeza del despido por cuanto, la presunción se desvirtuó al quedar acreditado que al momento de la terminación la demandante no estaba calificada por autoridad competente con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, con capacidad suficiente para otorgar el fuero de salud invocado.

En este orden de ideas, la protección de la referida Ley 361 de 1997, esto es la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud del ex trabajador, se insiste estaría desvirtuada en el caso de marras, independiente de si el vínculo terminó, para este caso, con justa o sin justa causa porque como quedó analizado, la sociedad demandada desconocía alguna situación médica de la actora que le impidiera desarrollar normalmente su labor, de lo que sigue que no puede concluirse que el fenecimiento de la relación laboral corresponde a un acto discriminatorio por su estado de salud, máxime cuando fue contratada desde el año 2007 teniendo en cuenta su condición física derivada de la poliomielitis, pues según los dichos de la actora los padece desde los 3 años de edad (hechos Nos. 3 y 9 fls. 38 y 39), situación que por el contrario da lugar a entender que la demandada no tuvo un trato discriminatorio hacia ella, pues si fue contratada con esa condición de salud la misma no puede entenderse como la motivación de la finalización del vínculo laboral que sostuvo por más de 4 años.

En este punto resalta la Sala, de acuerdo a la fecha en que fue proferido el dictamen No. 1396 antes mencionado (25 de enero del 2013 fl. 14), se establece con claridad que este es posterior al finiquito del vínculo contractual que ató a las partes, que como se dijo acaeció el 25 de julio del 2012 y si bien obra un dictamen anterior, esto es, el No. 11937 del 16 de diciembre del 2011 (fl. 17) allí nada se dijo de una eventual pérdida de capacidad laboral.

Por ello, ante la orfandad probatoria tendiente a demostrar que la finalización del vínculo se originara en el estado de salud de la actora y que éste fuera la causa de la terminación del vínculo laboral, resulta evidente que para el momento en que la traída a juicio termino el contrato laboral, no tenía la obligación de solicitar autorización al Ministerio del trabajo, ni ello implica que por no efectuarse tal solicitud quiso desconocer el estado de salud de su ex trabajadora, que en todo caso se reitera durante todo su vínculo laboral no presentó indicios de no poder

desarrollar sus actividades en razón a las secuelas originadas de la poliomielitis, para de ahí extraer el trato discriminatorio que la pudiera hacer acreedora del reintegro solicitado.

En otro giro y frente a los argumentos de apelación del apoderado de la actora, los cuales se centran en señalar, que la demandada debía acudir al Ministerio de Trabajo para poner en consideración las justas causas del despido por cuando de no hacerlo éste se tornaría ineficaz, ha de señalarse al recurrente en primer lugar como ya se vio la actora no se encontraba en un estado de debilidad manifiesta y por ende no era deber de la accionada acudir a dicha autorización y por otro lado se enfatiza, las decisiones adoptadas por el Ministerio de Trabajo en uso de las facultades administrativas que le son conferidas para resolver lo atinente a la autorización del despido, no tienen la virtualidad de declarar derechos porque esta es competencia de la Jurisdicción Laboral, razón por la cual las justas causas o no del despido debían ser debatidas en este ordinario, no obstante se advierte tales situaciones no fueron expuestas en el libelo, pues la pretensión principal del litigio se centró únicamente en el reintegro, derivado de la estabilidad reforzada por salud, sin que como se advirtiera se acreditara el hecho generador de la presunción, esto es, que al no acreditarse el estado de debilidad manifiesta no se activa la presunción señalada y por ende no resultaría viable examinar o calificar si hubo justa causa o no para el despido.

Corolario de todo lo anterior, no puede la Sala más que concluir la improsperidad de las pretensiones principales incoadas desde el libelo introductor, ante una falencia probatoria con entidad suficiente para lograr el éxito de las aspiraciones de la parte demandante, destacando que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus aseveraciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama "*EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA*", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*" razón por la cual se prohijara la decisión de primer grado en cuanto negó el reintegro con el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales.

De lo que sigue que no puede concluirse que el fenecimiento de la relación laboral corresponde a un acto discriminatorio por su estado de salud, razón por la cual se

prohijará la decisión de primer grado en cuanto negó el reintegro con el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE


PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS

Salva Voto



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$500.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BETTY SULAY MORENO HERRERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (RAD. 37 2018 00600 01).

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes, con excepción de PORVENIR, quien guardó silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de diciembre de 2019 (Cd a folio 178, récord: 1:08:49, acta a folios 180), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO entre regímenes pensionales realizado por la demandante señora **BETTY SULAY MORENO HERRERA** que realizó del Régimen de Prima Media, en su momento administrado por el Instituto de Seguros Sociales, al Régimen de Ahorro Individual, en la administradora de fondos de pensiones **HORIZONTE** que tuvo lugar el día 20 de junio de 1996, de conformidad con los razonamientos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **PORVENIR S.A.** a transferir a **COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la hoy demandante tales como cotizaciones, valores, si se causaron, por bonos pensionales y los rendimientos financieros que se hubieren obtenido.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional de la demandante señora BETTY SULAY MORENO HERRERA, y en consecuencia, a **ACEPTAR** su afiliación válida a dicho régimen y a recibir los valores que le sean remitidos de conformidad con lo ordenado en el numeral SEGUNDO de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: SIN COSTAS en el presente proceso.

SEXTO: Es algo que no había determinado en la parte considerativa pero **ORDENO** que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, por considerar que el Estado es garante de las obligaciones administradas por Colpensiones y la decisión puede llegar a afectarlo.”

Inconforme con la decisión, las apoderadas de PORVENIR y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación. Inicialmente la representante judicial de Colpensiones solicita se revoquen las condenas impuestas en su contra, pues de atender el traslado ordenado se estaría contrariando el principio de sostenibilidad financiera, advirtiendo, la demandante ya está inmersa en la prohibición que establece la ley para trasladarse.

De otro lado indica, tanto las administradoras como los afiliados tienen obligaciones, por lo que no se puede excusar la demandante en la ignorancia de la norma porque precisamente la información que echa de menos en su afiliación está contenida en la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente precisa, la afiliación se dio con ocasión de la intervención de un tercero no vinculado a HORIZONTE hoy PORVENIR, situación que fue “*imprevista*” e “*irresistible*” para esa AFP, pues aunque procuró cumplir con el deber de información, ya se había efectuado el traslado.

Refiere, los supuestos fácticos no pueden enmarcarse en la jurisprudencia empleada por el *a quo* para adoptar su decisión, enfatizando, no se demostró una lesión injustificada o cuantificable para que la demandante retorne al régimen pues el traslado fue libre y voluntario (Cd a folio 178, récord: 1:10:27, acta a folios 180)¹

¹ “Gracias su señoría, respetuosamente interpongo recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, para que revoque las condenas proferidas en esta instancia contra mi representada toda vez que de atender el traslado válidamente efectuado de la demandante se estaría vulnerando el principio de sostenibilidad financiera del sistema que se funda en la prohibición legal del traslado en la que ya se encuentra inmersa la misma, y si bien es cierto la Corte Suprema de Justicia ha impuesto el deber de buen cuidado por parte de las administradoras, también lo es que los afiliados tienen obligaciones en su calidad incluso de ciudadanos. No puede ahora la demandante alegar la ignorancia de la ley como excusa y

A su turno, la apoderada de PORVENIR pidió igualmente revocar la condena impuesta, particularmente la declaratoria de ineficacia del traslado, alegando, la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., cumplió con el deber legal que le correspondía al momento de realizarse el traslado de régimen pensional y que no puede perderse de vista la intervención de un tercero en la afiliación que no fue convocado a la litis. Asimismo, advirtió, los supuestos consignados en la demanda no fueron consistentes con lo referido por la demandante en el interrogatorio de parte, lo que la hizo incurrir en error al contestar la demanda.

De otro lado, pide se le de valor probatorio a los formularios de afiliación suscritos en los que se advierte de las implicaciones que le acarrea el traslado de régimen, las que fueron aceptadas por la convocante con la nota de haber sido asesorada y que escoge al fondo para administrar sus aportes pensionales.

Finalmente, dijo, estamos frente a un caso de situaciones fácticas disímiles a las analizadas por la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia que viene decantando el tema de la ineficacia del traslado (Cd a folio 178, récord: 1:12:52, acta a folios 180)²

es que precisamente la información que extraña no haber recibido se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993, norma de conocimiento público y obligatorio cumplimiento. Además de esto el material probatorio recaudado en esta instancia muestra que la afiliación primigenia de la demandante se dio con ocasión de un hecho de un tercero, esto es, el jefe de personal que no tenía una dependencia jurídica con el demandando HORIZONTE hoy PORVENIR y que pese a que la carga de la prueba está a cargo de la AFP privada, no debe perderse de vista que precisamente ese hecho del tercero fue imprevisto para la AFP, además de irresistible, en la medida en que a pesar de que los mayores esfuerzos que hiciera el fondo para cumplir con el deber legal de información tanto en esta instancia como en el momento del traslado, pues la demandante ya se había trasladado, siendo esta la causal esencial que produjo dicho traslado, sin que pueda ahora equipararse este supuesto fáctico a lo expuesto por la jurisprudencia, en la que se funda esta decisión toda vez que el universo que allí se estudia difiere específicamente del caso en particular, aunado al hecho de que no se ha probado una lesión injustificada o cuantificable para que la demandante retorne al régimen toda vez que el traslado fue libre y voluntariamente.

Esa afiliación primigenia, donde tanto como el formulario de afiliación que se suscribió fue suscrito con el lleno de la información que proporcionó la misma demandante así como lo que se señala en el plenario dan cuenta de su completa voluntad de traslado, sin que pueda ahora anularse la misma o declararse ineficaz, por lo que ruego a los honorables magistrados revisen ese material probatorio y también atiendan la calidad de profesional de la misma y a usted su señoría conceda el recurso de apelación. Gracias”

² *“Gracias. Respetuosamente me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida en instancia para que el honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá revoque las condenas impuestas a mi representada, esto es la declaratoria de ineficacia, teniendo en cuenta que la AFP HORIZONTE, hoy en día PORVENIR S.A., cumplió con el deber legal que le correspondía al momento de realizarse el traslado de régimen pensional, en atención a que dicho traslado no se puede encajar dentro de los parámetros establecidos dentro del análisis realizado por el Despacho en cuanto a la nulidad o ineficacia del afiliado, teniendo en cuenta que acá existe un tercero interviniente el cual no fue llamado a juicio para que lograra desvirtuar la conclusión que hizo la señora demandante, teniendo en cuenta que la señora apoderada cuando realizó la demanda hizo incurrir en error a mi representada al momento de contestarla como quiera que le endilgó una cantidad de responsabilidades y cuando se hizo el interrogatorio de parte, las circunstancias de tiempo, modo y lugar son totalmente diferentes a los fundamentos fácticos narrados dentro de la demanda.*

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora BETTY SULAY MORENO HERRERA, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (folio 73), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 72 y 73, aspirando se declare que no es válido y por ende ineficaz, el traslado a través de formulario por medio del cual efectuó la afiliación al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP PORVENIR. En consecuencia, se declare que continua válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES los valores consignados a su cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos realizadas al Régimen General de Pensiones, correspondientes al periodo transcurrido entre el 21 de junio de 1996 y la fecha que se efectúe su traslado, disponiendo a esta última recibir las sumas que le sean trasladadas. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS de la demandante, tras considerar que PORVENIR (antes HORIZONTE) no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que declarada la ineficacia condenó a la AFP PORVENIR a**

Así mismo solicito respetuosamente darle valor probatorio a cada uno de los formularios de afiliación en atención a que si bien es cierto el señor juez leyó un acápite del formulario de afiliación suscrito por la señora demandante como traslado entre administradoras para el año 2006 con Porvenir, también lo es que aunque no era beneficiaria del régimen de transición y son pre formatos, también ahí viene consignado no solamente lo del régimen de transición sino también hace alusión a las implicaciones que acarrea trasladarse de régimen y que ella acepta las condiciones propias del traslado de régimen.

Así mismo se puede evidenciar en los formularios de afiliación de HORIZONTE el del año 2004 donde adicionalmente se le habla del régimen de transición como requisito, en caso de que fuera necesario también se le habla de las características propias del régimen y así mismo acepta que ha sido asesorada y que escoge a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS como el fondo para que le administre los aportes pensionales.

Por tal motivo solicito a los honorables magistrados evaluar todo el material probatorio y en atención al interrogatorio de parte teniendo en cuenta que nos encontramos frente a un caso totalmente disímil frente a las circunstancias fácticas que viene decantando nuestro gran órgano de cierre la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la ineficacia o nulidad de traslado de régimen pensional.

En ese sentido dejo sentado mi recurso de apelación, le solicito respetuosamente al juez de instancia lo conceda, muchas gracias”

retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 13 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 25 de agosto de 1966, por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante el Colpensiones y PORVENIR el 19 de julio de 2018 (folios 26-27, y 28-29), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 51 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 184,04 semanas de cotización (183,71 cotizadas a CAJANAL -folio 45-, más 0.29 cotizadas al ISS -folio 134-), equivalentes a 3,57 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta que se encontró acreditada la calidad de servidora pública de la demandante (folios 45 y 46), es menester precisar, en atención a que lo pretendido en autos es la nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “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”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia, empero, ante una eventual reclamación de reconocimiento del derecho pensional, la demandante, de así considerarlo, deberá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 20 de junio de 1996 (folios 149 y 133) específicamente conforme la información registrada en el formulario de afiliación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PORVENIR) y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Así las cosas, debe precisarse, frente a la ineficacia o nulidad del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha

información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada

pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(...).

"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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (…)”

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues de hecho aseguró que quien intervino en la afiliación fue el jefe de recursos humanos de la entidad donde estaba tomando posesión.

Frente a los argumentos de la recurrente en los que advierte que en el proceso de afiliación medió un tercero no adscrito a la AFP, para la Sala los mismos solo reafirman el incumplimiento de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad a la demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 149), plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, antes HORIZONTE, omitió en el momento del traslado de régimen (20 de junio de 1996, folio 149), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

⁵ Cd fl. 178, récord. 05:38, acta folio 180.

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual (folios 133), situación que por demás no es, ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶.

De otra parte, frente al hecho de que la actora antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a CAJANAL como se puede leer a folio 45, basta con indicar, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende, siendo la actora afiliada a dicha Caja de Previsión Social, continuó después de la vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993), afiliada al régimen de prima media con prestación definida, incluso con posterioridad, en el Decreto 2196 de 2009 mediante el cual se dispuso la liquidación de Cajanal, se estableció de forma expresa en su artículo 4⁷ que los afiliados cotizantes, debían ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, es decir, siendo Colpensiones la única administradora del régimen de prima media, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación de la demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen, máxime teniendo en cuenta, la UGPP conforme el artículo 3⁸ de la misma disposición normativa, al liquidarse Cajanal, únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, mas no la afiliación de los cotizantes.

⁶ “(...) Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales (...)”.

⁷ “ARTÍCULO 4o. DEL TRASLADO DE AFILIADOS. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS. Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado.”

⁸ “(...) de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente Cajanal, EICE, en liquidación continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, creada por la Ley 1151 de 2007 (...)”.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Por otro lado, y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada, conviene precisar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó el *a quo*, de tal manera se prohijará la decisión de primer grado en este punto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁹ (fl. 114 y 163), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

⁹ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 31 de julio de 2019 (fol. 169).

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

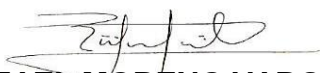
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Treinta y Siete Laboral, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS
(ACLARA VOTO)


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
(ACLARA VOTO)

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ MYRIAM ALVARADO SOLANO vs COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 37 2018 00613 01).

Bogotá D.C. seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante y Colpensiones, guardando silencio la AFP Porvenir, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de enero de 2020 (Cd a folio 160, record: 1:26:47, acta a folio 161), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales que realizó la demandante Señora LUZ MIRIAM ALVARADO SOLANO, que realizó en su momento del Régimen de Prima Media administrado por el ISS, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en PORVENIR S.A que tuvo como fecha de suscripción el 2 de agosto de 1997 y en consecuencia **DECLARO** legalmente valida su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrada por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a transferir a COLPENSIONES todos los valores que se encuentren contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los bonos pensionales si se causaron, rendimientos financieros que se hubieren obtenido e igualmente costos cobrados por

administración, ello de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a admitir entonces el traslado de régimen pensional de la demandante y a recibir y aceptar los valores que fueren remitidos por PORVENIR S.A., en los términos contenidos en el numeral 2 de la decisión.

CUARTO: DECLARO no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A., fijo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV de la presente anualidad, **SIN COSTAS** a cargo de COLPENSIONES.

SEXTO: ORDENO remitir el presente proceso para que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas recurrieron la decisión, inicialmente COLPENSIONES señalando que de aceptarse el traslado de la demandante al régimen de prima media se está atentando contra el principio de sostenibilidad financiera que busca salvaguardar los principios de equidad, igualdad de quienes realmente hicieron aportes al régimen de prima media, materializado esto en la prohibición legal en la que ya se encuentra inmersa la demandante. Así mismo solicita se revise el material probatorio que se recaudó, porque el mismo no es concluyente para determinar que existieron vicios en el consentimiento o falta de información y por el contrario se desprende que la demandante suscribió el contrato de afiliación con la AFP privada, siendo una persona capaz, con objeto y causa lícita¹ (Cd. fl. 165, record: 1:31:12).

¹ “Respetuosamente interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, para que revoque las condenas impuestas en esta instancia contra mi representada, toda vez que, de aceptarse el traslado válido de la demandante al RPM, se estaría afectando ostensiblemente el principio de sostenibilidad financiera del sistema tema que se funda en los principios de equidad e igualdad, de quienes realmente hicieron aportes en el RPM, materializado esto en la previsión legal del traslado que ya se encuentra inmersa la demandante.

Además de esto, ruego a los Honorables Magistrados se revise el material probatorio que se recaudó en esta instancia, porque el mismo no es concluyente para determinar que existieron vicios en el consentimiento o falta de información de él se desprende que la afiliación que la demandante suscribió el contrato de afiliación con la AFP privada, siendo una persona capaz, con objeto y causa lícita, que presupone un consentimiento en la medida en que la Señora Alvarado conocía las consecuencias de su decisión, sabía que pasaría con lo ya cotizado si se trasladaba y entendía que debía cotizar para construir su futuro pensional así como los requisitos pensionales para obtener una pensión en el RAIS, hechos que no pueden dejarse de lado u obviarse porque la jurisprudencia ha establecido que las administradoras tienen la obligación de ilustrar al afiliado lego, pero no con la finalidad de volverlo un experto en la materia, sino para lograr que ese potencial afiliado comprenda la órbita del negocio jurídico que suscribe pese a ostentar esa calidad de lego, calidad que tampoco puede excusarse en atención a que la ignorancia de la Ley no sirve de excusa, y en este proceso es evidente que esa ilustración se dio en ese sentido cumpliendo así con el deber legal de información de la administradora privada.

Por su parte la AFP PORVERNIR apeló la decisión, manifestando que la afiliación fue suscrita de manera libre, voluntaria y sin que existiera algún tipo de apremio, aduciendo dicho documento nunca fue tachado y de acuerdo al artículo 243 y 244 del CGP, se presume autentico, manifestando el principio de la autonomía de la voluntad, está ligado a la capacidad en el querer fundamentar la voluntad por parte de la demandante y el consentimiento libre de firmar el formulario, lo cual se pudo constatar pues tenía la capacidad total al momento en que lo suscribió, solicitando se estudie una nulidad relativa por vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), aduciendo en este caso se tendría que analizar si es susceptible de ser saneada por la ratificación de las partes, ya que la demandante si consecutivamente generó los aportes al RAIS desde el año 1997.

Precisando, los parámetros de información solicitados son posteriores a la fecha de la afiliación de la demandante, luego esto demuestra la buena fe de su representada, pues en su momento cumplió con lo que le exigía la Ley y por tal razón, no se puede predicar la mala fe del fondo ya que el deber de información se vino a establecer en el año 2004, bajo el concepto emitido por la Superintendencia Financiera.

Por último expresa, frente al cobro de costas que no debe haber condena, toda vez que ese dinero hizo parte de unos gastos de administración y de los cuales se generaron unos rendimientos financieros². (Cd. fl. 160, record: 1:31:00)

Diferente es el hecho de que no se encuentre un documento u oficio distinto al formulario de afiliación que se allega en aras de probar esa información que se le brindo, el asesor de la AFP Porvenir, como bien lo señaló la demandante utilizó un lenguaje claro y sencillo a la hora de exponerle las características del RAIS, y todo lo que comprendía el hecho de ese traslado, circunstancias o características que no pueden catalogarse como deficientes para que den lugar así a una ineficacia del traslado.

Razones por las cuales solicito a los Honorables Magistrados absuelvan a mi representada de todas las pretensiones incoadas en su contra y a usted su señoría conceda el recurso. Gracias.”

² *“Su señoría, estando en la oportunidad pertinente interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera medida.*

El presente caso indica que opera un fenómeno de la ineficacia por falta de información contrario a lo que pues dice el despacho. Fue suscrito de manera libre, voluntaria y sin que existiera algún tipo de apremio, el documento como se informó en los alegatos de conclusión nunca fue tachado y de acuerdo al artículo 243 y 244 del CGP, se presume autentico.

En ese orden de ideas, nuevamente me permito referenciar el texto que suscribió la demandante el cual indica: “que hago constar que realizo de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del RAIS, así como la selección de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, para que se la única que administre mis aportes pensionales y también declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos”, cerramos la cita.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora LUZ MIRYAM ALVARADO SOLANO, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 60, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 58 y 59, aspirando de manera principal se declare la nulidad de la afiliación a Porvenir S.A. y en consecuencia se le condene a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, costas procesales y derechos *ultra y extra petita*. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS de la demandante, tras considerar que Porvenir no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que

En este punto nos queremos detener, para manifestar el principio de la autonomía de la voluntad, está ligado pues a la capacidad en el querer fundamentar la voluntad por parte de la demandante y el consentimiento libre de firmar el formulario, se pudo constatar que pues tenía la capacidad total la demandante al momento pues de que lo suscribió.

Consecutivamente pues en nuestro ordenamiento jurídico hay tres tipos de ineficacia que podríamos validarla como la de pleno derecho, que esta indica que puede operar debido a que la afiliación fue en contra de las normas de orden público, dicho caso no paso, porque si se cumplió bajo pues la normatividad correspondiente en su momento, la segunda, es la absoluta, la que dice que se cumple con los requisito de causa y objeto lícito y la demandante pues adicional es una persona capaz y no existe pues ningún tipo de discapacidad absoluta, y la tercera que se solicita en este caso pues al Honorable Tribunal que la estudie sería pues una nulidad relativa que se da por vicios del consentimiento, por error, fuerza o dolo.

Y en este caso se tendría que analizar si es susceptible de ser saneada por la ratificación de las partes, ya que, que como se manifestó en el interrogatorio de parte la demandante si consecutivamente generó los aportes en este caso, pues al sistema del RAIS, desde el año 1997.

Por otra parte, o pasando a otro punto mejor, queremos resaltar el principio de buena fe, este principio está ligado a que sin desconocer el deber de información, los parámetros de información solicitados ahorita son posteriores a la fecha de la afiliación en este caso de la Señora demandante, luego esto demuestra la buena fe de mi representada, en su momento cumplió con lo que le exigía la Ley y por tal razón, pues no se puede predicar la mala fe del fondo.

Así las cosas, pues este deber de información se vino a establecer en el año 2004, bajo el concepto emitido por la Superintendencia Financiera concepto 2015-1233910 del 29 de diciembre del 2014, esto pues, está contemplado en su momento también en el estatuto financiero que las AFP tenían que informar las condiciones y requisitos del RAIS y RPMPD.

En este orden de ideas, pues se acreditó el deber de información por parte de Porvenir. Ya con el fin de finalizar, frente al cobro de costas, considera esta defensa que no debe haber condena de los mismos, toda vez que este dinero hizo parte de unos gastos de administración y de los cuales se generaron unos rendimientos financieros. No sería más su señoría.”

declarada la ineficacia condenó a la AFP a retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 3 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 27 de junio de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas ante Porvenir y Colpensiones el 1° de agosto del 2018 (fls. 5 y 9), es decir cuando ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 329,57 semanas de cotización (fl. 156) equivalentes a 6 años, 4 meses y 27 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como en efecto lo aduce la recurrente.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “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”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 2 de agosto de 1997 (fls. 4 y 115), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a Porvenir y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las

condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado Porvenir.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto

conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
“(..).

“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.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (…)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, pues las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante⁵, no acreditan de manera alguna que la promotora del juicio conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues tan solo aseguró que la

⁵ Cd fl. 160, record: 29:22

información dada fue la relacionada con el hecho de que el ISS se acabaría, que podría pensionarse con un valor mayor y que en caso de fallecer la prestación pensional se le transmitiría a sus hijos.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 4), plasmado en el formulario de afiliación a Porvenir, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esta demandada.

De igual forma, y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima medica con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello tal aspecto no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (2 de agosto de 1997, fl. 4), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 del 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales

circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la promotora del juicio cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó el a quo, de tal manera se prohijara la decisión de primer grado en este punto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción (fl. 80⁶), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de Porvenir, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido totalmente desfavorable la sentencia de primer grado a la AFP demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, como así lo definió el juez de primera instancia.

⁶ Por auto del 2 de septiembre del 2019 se tuvo por contestada la demandada por parte de Colpensiones (fl. 133 y 134)

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 37 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Rafael Moreno Vargas

RAFAEL MORENO VARGAS

Aclara Voto

Diego Fernando Guerrero Osejo

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Aclara Voto

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ELIZABETH MARIA WEFFER MARTÍNEZ vs COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 37 2019 00055 01).

Bogotá D.C. seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante y Colpensiones, guardando silencio la AFP Protección, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de enero de 2020 (Cd a folio 165, record: 1:27:18, acta a folio 166), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de regímenes que efectuó la demandante, Señora ***ELIZABETH MARÍA MARTÍNEZ***, en su momento del Régimen de Prima Media administrado por el ISS, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en ***PROTECCIÓN S.A.***, que tuvo lugar el día 16 de junio del año 1995, en consecuencia ***DECLARO*** válidamente su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por ***COLPENSIONES***.

SEGUNDO: CONDENAR a la ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.***, a transferir a ***COLPENSIONES***, todos los valores que correspondan a la demandante que se encuentren contenidos en su cuenta de ahorro individual, junto con bonos pensionales y si se causaron rendimientos financieros, y así mismo, costos cobrados por

administración, ello de conformidad con los argumentos expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a admitir válidamente el traslado y aceptar los valores que remita PROTECCIÓN S.A., en los términos expuesto en el numeral 2 de esta decisión.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: COSTAS a cargo de PROTECCIÓN S.A., fijo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV, de esta anualidad.

SEXTO: ORDENO remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se surta su Grado Jurisdiccional de Consulta. ”

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas recurrieron la decisión, inicialmente la AFP PORVERNIR en lo que respecta puntualmente a la obligación impuesta de la devolución de las comisiones o gastos de administración, por cuanto, asegura la deducción del dinero de la cuenta de ahorro individual de la demandante, por este concepto, se realizó como consecuencia de una disposición legal, valida, exequible, aplicable y vigente, y se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la aquí accionante, considerando no debe proceder el traslado de la demandante con todos los rendimientos generados, pues estos se generaron producto de la gestión y de la buena administración de mi representada y en ese sentido, solo habría lugar a que se trasladaran los aportes pero sin los rendimientos generados¹. (Cd. fl. 165, record: 1:31:12)

¹ “Gracias Señor Juez, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación, frente a la decisión emanada de su despacho, solicitándole muy respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, se permita revocar parcialmente, la decisión emitida por el Juzgador de primera instancia, en lo que respecta puntualmente a la obligación impuesta a mi representada a la devolución de las comisiones o los gastos de administración, por cuanto, la deducción del dinero de la cuenta de ahorro individual de la demandante, por este concepto, se realizó como consecuencia de una disposición legal, valida, exequible, aplicable y vigente, y se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la aquí accionante.

En el hipotético caso que se asuma que Protección, no realizó su gestión de administración y se ordene la devolución de estos conceptos a Colpensiones, no debe proceder entonces el traslado de la demandante con todos los rendimientos generados, pues estos se generaron producto de la gestión y de la buena administración de mi representada y en ese sentido, solo habría lugar, a que se trasladaran los aportes pero sin los rendimientos generados, pues la única causa de los mismos es la buena gestión de administración de mi representada y además en caso de declararse la nulidad o ineficacia del traslado como lo consideró en esta ocasión el Juzgador de primera instancia, la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan a su estado anterior, por lo que se deberán trasladar dichos aportes sin la generación de estos rendimientos, por cuanto, ese vínculo contractual y la naturaleza del contrato que dio origen a la generación de estos dineros, por concepto de rendimientos pues no habrían nacido a la vida jurídica y no

Por su parte Colpensiones interpuso recurso de apelación, señalando que de aceptarse el traslado de la demandante al régimen de prima media se está atentando contra el principio de sostenibilidad financiera que busca salvaguardar los principios de equidad, igualdad de quienes realmente hicieron aportes al régimen de prima media, materializado esto en la prohibición legal en la que ya se encuentra inmersa la demandante.

Aunado a lo anterior, expresa que no se evidencia la configuración de una lesión justificada a sus derechos pensionales, porque si bien es cierto la CSJ, ha impuesto el deber de buen consejo y cuidado por parte de las administradoras, también es que los ciudadanos tienen obligaciones que nacen incluso desde esa calidad, de ciudadanos, y la información que extraña no haber recibido la demandante o mejor, que no recuerda haber recibido precisamente se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993, que es una norma de conocimiento público y de obligatorio cumplimiento, advirtiendo el único motivo o descontento de la demandante con el Fondo privado, radica en el monto final de su mesada pensional, circunstancia que per se no constituye una omisión al deber de información, por corresponder a características propias y variables del RAIS². (Cd. fl. 165, record: 1:31:12).

se habrían causado, y no hay lugar, a que la aquí accionante se beneficie de estos dineros que se encuentran por este concepto al día de hoy en su cuenta de ahorro individual.

Por tal situación, solicito muy respetuosamente a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior, se revoque parcialmente la decisión del Juzgador de primera instancia, en lo que respecta a la devolución de los gastos de administración. Gracias”

² *“Gracias su señoría, respetuosamente interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, para que revoque las condenas impuestas en esta instancia contra mi representada, toda vez que, de atenderse el traslado válido de la demandante, se estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema, que se funda en los principios de equidad, igualdad de quienes realmente hicieron aportes al RPM, materializado esto en la provisión legal de traslado en la que ya se encuentra inmersa la demandante.*

Provisión esta que como se explicó no es una imposición caprichosa por el legislador, por lo que ruego a los Honorables Magistrados revisen el material probatorio porque del mismo se desprende tanto la existencia, como el contenido de la asesoría brindada por la AFP Protección a la demandante, de manera clara y sencilla, en términos que la misma entendiera que estaba contratando una administradora para sus cotizaciones, cómo debía realizar las mismas e incluso entendía que su empleador giraba un porcentaje y las consecuencias de su decisión, es decir, la demandante en términos de eficacia conocía la finalidad, del acto jurídico que suscribía, siendo una persona capaz de los términos de la legislación civil para hacerlo.

Aunado a lo anterior, no se evidencia la configuración de una lesión justificada a sus derechos pensionales, porque si bien es cierto la CSJ, ha impuesto el deber de buen consejo y cuidado por parte de las administradoras, también es que los ciudadanos tienen obligaciones que nacen incluso desde esa calidad, de ciudadanos, y la información que extraña no haber recibido la demandante o mejor, que no recuerda haber recibido precisamente se encuentra contenida en la Ley 100 de 93, que es una norma de conocimiento público y de obligatorio cumplimiento.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora ELIZABETH MARIA WEFER MARTÍNEZ, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 4 y 5, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 1 a 3 aspirando de manera principal se declare la nula e ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, así mismo se ordene a Colpensiones activar su afiliación en pensión y a recibir la totalidad de los aportes a pensión, costas y agencias en derecho, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS de la demandante, tras considerar que Protección no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que declarada la ineficacia condenó a la AFP a retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante.**

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años

Además de esto, se tiene que la AFP Protección, si cumplió con la carga de la prueba en virtud del principio de comunidad de la misma, es evidente, o no estamos de acuerdo con que se cuente solo con el formulario de afiliación en este proceso porque el interrogatorio de parte, que se surtió que pertenece al proceso, de allí se desprende que el único motivo o descontento de la demandante con el Fondo privado, radica en el monto final de su mesada pensional, circunstancia que per se, no constituye una omisión al deber de información, por corresponder a características propias y variables del RAIS.

Razones por las cuales solicito a los Honorables Magistrados, absuelvan a mi representada de todas las pretensiones en su contra, y a usted su señoría conceda el recurso. Gracias.”

de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 13 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 8 de julio de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante Protección el 20 de septiembre del 2018 (fl. 46) y ante Colpensiones el 21 de septiembre del 2018 (fl. 47), es decir cuando ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 336.58 semanas de cotización (fl. 169⁴) equivalentes a 6 años, 6 meses y 16 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como en efecto lo aduce la recurrente.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 16 de junio de 1995 (fls. 125 y 127), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a Protección y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “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”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

⁴ Historia laboral impresa para mayor claridad del expediente administrativo aportado en medio magnético por Colpensiones a folio 111.

justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado Protección.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁵ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la

posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“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.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, pues las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante⁶, no acreditan de manera alguna que la promotora del juicio conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues tan solo aseguró que la información dada fue la relacionada con el hecho de que el ISS se acabaría, que podría pensionarse con un valor mayor y que en caso de fallecer la prestación pensional se le transmitiría a sus hijos.

⁶ Cd fl. 15, audio 1, record: 12:58

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 125), plasmado en el formulario de afiliación a Protección, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esta demandada.

De igual forma, y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima medica con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello tal aspecto no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

Ahora, respecto de la apelación de la AFP PROTECCIÓN, conviene precisar, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima medica con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Además, es menester precisar, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN omitió en el momento del traslado de régimen (16 de junio de 1995, fl. 125), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 del 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la promotora del juicio cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó el a quo, de tal manera se prohijara la decisión de primer grado en este punto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción (fl. 102⁷), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

⁷ Por auto del 2 de septiembre del 2019 se tuvo por contestada la demandada por parte de Colpensiones (fl. 155)

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 37 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Rafael Moreno Vargas

RAFAEL MORENO VARGAS

Aclara Voto

Diego Fernando Guerrero Osejo

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Aclara Voto

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

Magistrado Ponente: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MAURICIO GERMAN CORTES LARREAMENDI CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. trámite al que se vinculó al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y a PORVENIR S.A. (RAD. 38 2016 00758 01)

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada JEIMY CAROLINA BUITRAGO PERALTA, como apoderada de la demandada COLFONDOS S.A., en los términos y para los efectos de los poder conferido mediante escritura pública N° 1888 de 11 de septiembre de 2018, la cual consta en el certificado de existencia y representación legal de la mentada sociedad (folios 282 a 283).

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLFONDOS S.A., el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Ministerio de Hacienda

y Crédito Público y desatar el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de octubre de 2019 (Cd a folio 253, récord 40:41, acta a folios 270 a 273), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el demandante MAURICIO GERMÁN CORTES LARRIAMENDI, cumple con el requisito de 15 años de servicios cotizados al 1 de abril del 94 para tener derecho al traslado de régimen pensional, específicamente del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en cualquier tiempo.

SEGUNDO: DECLARAR que el FONDO DE PENSIONES COLFONDOS S.A., está obligado a autorizar respecto del demandante MAURICIO GERMÁN CORTES LARRIAMENDI, el traslado de régimen pensional a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR al FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS AFP COLFONDOS S.A., que autorice la solicitud de traslado de régimen pensional elevada por el demandante MAURICIO GERMÁN CORTES LARRIAMENDI, del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, obligación de hacer que deberá ser cumplida dentro del término de 15 días calendario y contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y al FONDO DE PENSIONES COLFONDOS S.A., que en el término de 15 días calendario contados a partir de la expedición de la autorización de traslado de régimen pensional en favor del demandante, procedan a verificar de forma coordinada el cumplimiento del requisito de la equivalencia del ahorro en los términos fijados por la Corte Constitucional en Sentencia C-072 del año 2010, respecto del demandante MAURICIO GERMÁN CORTES LARRIAMENDI.

QUINTO: ORDENAR al FONDO DE PENSIONES COLFONDOS S.A., que en caso de encontrar satisfecho el requisito de la equivalencia del ahorro respecto de MAURICIO GERMÁN CORTES LARRIAMENDI, inicie los trámites pertinentes para trasladar al Régimen de Prima Media, administrado por COLPENSIONES, la totalidad del ahorro efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de conformidad con el artículo 7 del Decreto 3995 del 2008.

SEXTO: ORDENAR al FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS COLFONDOS S.A., que en caso de que la exigencia de la equivalencia del ahorro, no sea cumplida por el demandante MAURICIO GERMÁN CORTES LARRIAMENDI, le ofrezca al actor la posibilidad de aportar en un plazo razonable el dinero correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el Régimen de Ahorro Individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubiere permanecido en el Régimen de Prima Media, al cabo de lo cual, deberá iniciar los trámites pertinentes para trasladar al Régimen de Prima Media, administrado por COLPENSIONES, la totalidad del ahorro efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por el incoante de la acción y la diferencia aportada por el mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 3995 del 2008.

SÉPTIMO: CUMPLIDAS las cargas reseñadas en los ítems que preceden COLPENSIONES no podrá negar el traslado del régimen pensional del demandante MAURICIO GERMÁN CORTES LARRIAMENDI, y deberá proceder a hacer el estudio correspondiente con el fin de determinar el reconocimiento y liquidación de la pensión de vejez del demandante, en el marco de las previsiones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con las previsiones de edad, tiempo y monto del Acuerdo 049 de 1990, fijando la prestación en el monto equivalente al 90% del IBL obtenido con base en el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales haya cotizado durante los 10 años anteriores a la fecha de reconocimiento, actualizados de acuerdo con la variación del IPC que certifica el DANE, o con base en el promedio del Ingreso Base Ajustado por inflación calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si este llega a ser superior, como que el incoante de la acción cuenta con más de 1250 semanas de cotización, esto en el marco de las previsiones del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y finalmente, pues deberá pagarle las mesadas pensionales que se hayan causado y que no se encuentren afectadas por el fenómeno de la prescripción, a partir del momento del retiro del sistema o del servicio, y en todo caso a partir del momento en que se verifique la última cotización indexando los valores correspondientes si a ello hay lugar, tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula Índice Final sobre Índice Inicial por Valor Histórico que corresponde al valor indexado, debiendo tomarse como Índice Inicial desde el mes de causación la referida mesada pensional indexada no prescrita y como Índice Final el de la fecha que se verifique el pago por parte de COLPENSIONES.

OCTAVO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar del retroactivo de mesadas pensionales indexadas no prescritas, en el porcentaje que en derecho corresponda los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

NOVENO: DISPONER que COLFONDOS S.A., y la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, adelante las gestiones pertinentes con el fin de retrotraer la operación de emisión y redención del bono pensional respecto del demandante MAURICIO GERMÁN CORTES LARRIAMENDI.

DÉCIMO: ABSOLVER a las demandadas de la pretensión relacionada con el reconocimiento y pago de intereses moratorios.

DÉCIMO (Sic): EXCEPCIONES dadas las resultas del juicio, el despacho declara no probadas las propuestas frente a las determinaciones adoptadas y se considera relevado del estudio de las planteadas frente a la absolución producida. Ese era undécimo, cierto. Entonces (Sic).

DÉCIMO SEGUNDO: SIN COSTAS en la instancia.

DÉCIMO TERCERO: de no ser apelada oportunamente la presente sentencia CONSÚLTESE con el superior.”

El apoderado del Ministerio de Hacienda solicitó aclaración o complementación, requerimiento que fue negado por el juez a quo. (Cd a folio 253, récord 46:34 y 48:56, acta a folios 270 a 273).

Inconforme con la sentencia, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público interpuso recurso de apelación solicitando, en síntesis, se disponga la anulación y el consecuente reintegro del bono pensional tipo A pagado a la cuenta de ahorro individual del actor debidamente indexado, advirtiendo, de no hacerse así, no será posible emitir el bono tipo B que requiere Colpensiones para el reconocimiento de la pensión, situación que en todo caso solo perjudicaría al actor (Cd a folio 253, récord 51:18, acta a folios 270 a 273)¹.

¹ “Si su señoría, en ese sentido me permito entonces interponer recurso de apelación contra la decisión, amparado en la siguiente situación:

Si bien, no supone una condena al Ministerio de Hacienda, estamos hablando de dos situaciones, primero que todo, disiento del despacho con todo respeto, en cuanto a que se ha debido de interponer una demanda de reconvención y es que la demanda de reconvención sería en este caso contra el demandante, y nosotros no estamos reconviniendo contra el demandante, solamente solicitamos en el escrito de defensa, dijimos que aquí se trata de un bono pensional.

El bono pensional son recursos públicos, en el bono pensional tipo A, cuando se emite y se paga a la AFP, son recursos del Estado que están comprometidos y que se pagan con un valor actualizado a una fecha determinada.

En el Régimen de Ahorro Individual se expide el bono pensional, se emite y se redime, que son las tres fases, se expide, se emite y se redime, con unos valores totalmente distintos en una fecha y por eso existe por ejemplo la figura de la redención anticipada o la figura de la redención normal, que es a los 62 años en el caso de los hombres, 60 en el caso de las mujeres, porque tiene que ver con unos valores totalmente distintos según la fecha en que se redima ese bono pensional.

Si nosotros hablamos de que un bono pensional se expide, se emite y se redime, el día de hoy no va a tener el mismo valor dentro de 3 o 4 años, porque precisamente, ha tenido una pérdida monetaria, eso como primera medida.

En segundo lugar, no es que se excluya del debate o que se deba excluir esa situación de este debate, porque no fue así pretendido o porque sobre eso no versa la Litis, con el mayor de los respetos no es un argumento que nos parezca válido a nosotros o a esta cartera ministerial, como quiera que, de lo que aquí se trata precisamente es de cofinanciar una pensión, el bono pensional, lo que busca es cofinanciar esa pensión, y son recursos públicos.

Cuando a la Nación – Ministerio de Hacienda, no se le devuelve el mismo valor o el valor del bono pensional que fue emitido y redimido en el Régimen de Ahorro Individual – RAIS, no va a poder inmediatamente emitir el bono pensional tipo B, una vez reconozca la pensión Colpensiones, en efectos prácticos, el Ministerio de Hacienda, no va a poder emitir aun cuando exista molestia por parte del demandante, en efectos prácticos no le vamos a poder emitir su bono pensional, y la persona realmente afectada va a ser el mismo demandante, cuando vaya a solicitar su pensión, perdón, cuando vaya a solicitarla no, cuando la reconozca Colpensiones, que así se maneja el bono tipo B, una vez la reconozca Colpensiones y la solicite, si es que es del caso, ya sea por cuota parte o por bono pensional, una vez se lo solicita al Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Hacienda, no va a emitir el mismo bono pensional que emitió en el RAIS, máxime cuando no fue con el mismo valor que se debió reintegrar a la Nación, y eso ha sucedido en efectos prácticos en otros procesos, y por eso es el llamado y se conmina digamos a esa situación.

En ese sentido el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo 57 del Decreto 1748, establece, voy a permitirle leerlo de manera muy rápida: “Cuando un afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que cuenta con tiempos como servidor público, anteriores a su afiliación con el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, decida trasladarse al Régimen de Prima Media (o en este caso lo trasladen) administrado por el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se expedirá un bono pensional Tipo B, o se realizará el reconocimiento de la cuota parte pensional (son las dos

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante MAURICIO GERMAN CORTES LARREAMENDI, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 2 y 3 las cuales encuentra fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 1 y 2 aspirando a que se condene a la demandada COLPENSIONES a reconocer pagar la pensión de vejez a partir del 15 de enero de 2009, fecha en la cual cumplió 60 años de edad junto con el pago de las mesadas adeudadas e intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, previo traslado que realice de la AFP COLFONDOS, administradora del RAIS al régimen de prima media con prestación definida. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se ordenó a COLFONDOS efectuar el traslado del demandante del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, disponiendo que una vez realizado el traslado realice el estudio correspondiente a efectos de establecer la procedencia del reconocimiento de la pensión de vejez. Lo anterior, tras considerar procedente el traslado toda vez que el actor contaba con más de 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de**

modalidades en el Régimen de Prima Media) según el caso, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 13 de 2001, por el tiempo como servidor público comprendido hasta la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siendo, responsabilidad de la Administradora de Fondos de Pensiones el traslado al ISS de los recursos abonados en la cuenta de ahorro individual y de la historia laboral del afiliado mes a mes, durante el tiempo en que estuvo afiliado al Régimen de Ahorro Individual. Si eventualmente se hubiere emitido un bono tipo A, de este se dispondrá su anulación”.

Estoy leyendo textualmente como lo dice la norma, entonces lo que se debe hacer aquí, es disponer la anulación de ese bono pensional, pero la anulación trae un efecto, que deviene del mismo, y es obviamente el reintegro de esos dineros a la Nación.

No tiene que hacerse otro proceso para pretenderse esa situación como un petitum aparte porque precisamente, se reitera, son dineros públicos para cofinanciar la pensión y en los efectos prácticos después no se va a poder cofinanciar y no se va a poder expedir el bono pensional tipo B, y eso va a ser más lesivo para el demandante, aun cuando hoy genere molestia por el término del recurso de apelación que aquí se interpone.

En esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación, solicitando uno, que sea concedido, y en segundo lugar, que de ser concedido, el Honorable Tribunal disponga o se manifieste respecto del reintegro de esos valores del bono pensional actualizados a la fecha, desde la fecha de pago y hasta la fecha en que efectivamente ocurra el reintegro efectivo de los dineros al Ministerio de Hacienda. Muchas gracias.”

1993, lo que le permitía retornar al RPM en cualquier tiempo, previa la verificación del cumplimiento del requisito de equivalencia financiera.

Pues bien, atendiendo la controversia suscitada por las partes, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, la Sala abordará el estudio correspondiente en aras de establecer la procedencia del traslado de régimen del actor por acreditar más de 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y si procede la anulación y reintegro del bono pensional a favor de LA NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

En ese orden, inicialmente es de advertir, en relación con el régimen de transición, previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, se tiene que el demandante si es beneficiario de dicha preceptiva , pues conforme la copia de la cedula de ciudadanía visible a folio 13, el actor nació el 15 de enero de 1949, por lo que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esto es a 1 de abril de 1994, contaba con 45 años de edad cumplidos, quedando claro, es beneficiario del régimen de transición, el cual mantuvo dado que a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, contaba con más de las 750 semanas de cotización² exigidas por dicha disposición normativa, pues así se desprende de la información contenida en el resumen de historia laboral emitido por el Ministerio de Hacienda (fol. 161), por lo que como ya se dijo cuenta con las 750 semanas exigidas para conservar el beneficio transicional; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen del RPM al RAIS efectuado por el demandante el 14 de diciembre de 1994, conforme la certificación de Asofondos (fol. 138) es menester precisar, de conformidad con el inciso 4º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, este no es aplicable cuando las personas beneficiarias del mismo, voluntariamente se acogen al régimen de ahorro individual con solidaridad, y tampoco para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

De otra parte, y para efectos de resolver la Litis, es necesario recordar, la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, consagra que el traslado de régimen

² Para el 1 de abril de 1994 contaba con 1041 semanas de cotización (folio 161, historia laboral emitida por el Ministerio de Hacienda) por lo que evidentemente para la entrada en vigencia del acto Legislativo 01 de 2005, superaba con suficiencia las 750 semanas de cotización.

únicamente puede realizarse cada 5 años, y que: “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”; este último aparte, fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1024 de 2004, “exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”³. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

³ “Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4º, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4º, ni el inciso 5º se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1º de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4º, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5º.

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.[19] Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994),[20] terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

En la aludida sentencia se determinó la posibilidad de conservar el régimen de transición referido, para quienes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 habían acumulado por lo menos 15 años de servicios, además de dos condiciones que con posterioridad fueron llevadas al ordenamiento legal, a través del Decreto 3800 de 2003, por medio del cual se reglamentó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en los literales a y b de su artículo 3º, la primera de ellas, que los afiliados trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, y la segunda, la equivalencia del ahorro, última que fue eliminada de nuestra normatividad, por virtud de la declaratoria de nulidad del literal b) del Decreto 3800 de 2003, a través de sentencia del Consejo de Estado proferida el 6 de abril de 2011, dentro de la Radicación 1095-07, lo que conlleva a determinar, como requisitos *sine qua non* para mantener el beneficio transicional, cuando ha existido traslado de régimen, el haber prestado 15 años de servicios con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y el traslado de todo el ahorro efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, precisándose en este último aspecto, si el traslado de ese ahorro resulta inferior, al monto que se hubiese aportado al haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, deben pagarse las

Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.

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.”*

diferencias por el cotizante, en un plazo razonable, de conformidad a lo expuestos en la Sentencia SU 062 de 2010⁴.

Así las cosas, para la procedencia del retorno **al régimen de prima media con prestación definida**, anhelado por el actor, éste debía solicitar el traslado del RAIS, cuando le faltaban más de 10 para adquirir el derecho pensional, o en su defecto, tener acreditados 15 años de servicios para el 1º de abril de 1994, para que su traslado se hiciera procedente en cualquier tiempo.

Advertido lo anterior, dado que la solicitud de traslado de régimen se realizó el 30 de abril de 2014 (folios 42 a 49), cuando ya tenía cumplidos los requisitos para adquirir el derecho⁵ conforme se evidencia con la documental visible a folio 13 y 159 a 161, procede la Sala a verificar el tiempo laborado por el actor, encontrando que el demandante al primero de abril de 1994, contaba con 1040 semanas, equivalentes a más de 20 años, es decir, que el actor cumple con suficiencia la exigencia de los 15 años de servicio necesarios para el traslado de régimen pensional en cualquier tiempo conservando el beneficio del régimen de transición en los términos de la jurisprudencia traída a colación, señalando, a pesar de que el demandante cuenta con más 64 años de edad, aún ostenta la calidad de **AFILIADO** (folio 154), debiendo confirmarse en este aspecto al sentencia de primer grado.

Frente a la apelación del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, se tiene que conforme a la contestación de la demanda visible a folios 203 a 207 al señor MAURICIO GERMAN CORTES LARREAMENDI se le emitió un bono pensional tipo A modalidad 2 por haberse trasladado al RAIS con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, este fue emitido mediante Resolución No. 9825 del 26 de junio de 2012 (folios 212 a 214) tras la solicitud efectuada por COLFONDOS y una vez causada la fecha de redención -15 de enero de 2011 fecha de cumplimiento de los 62

⁴ “No se puede negar el traspaso a los beneficiarios del régimen de transición del régimen de ahorro individual al régimen de prima media por el incumplimiento del requisito de la equivalencia del ahorro sin antes ofrecerles la posibilidad de que aporten, en un plazo razonable, el dinero correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.”

⁵ Alcanzó los 60 años de edad el 15 de enero de 2009 (fol. 26) cuando solicito el traslado en el año 2014 ya contaba con 64 años de edad.

años- se procedió a redimir (pagar) en favor de la AFP COLFONDOS, dineros que de acuerdo a las documentales de folios 215, 216 y 163, están debidamente acreditados en la cuenta de ahorro individual del demandante, razón por la cual considera esta Corporación que al accederse al traslado, resulta claro que tal bono queda sin fundamento, por cuanto la situación de afiliación del actor vuelve a ser en el régimen de prima media con prestación definida, por manera que tal como se solicita por la recurrente, COLFONDOS deberá reintegrar el valor recibido por dicho bono debidamente actualizado y en ese orden se proceda a su anulación por parte del emisor –Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público-, pues al encontrarse nuevamente el actor afiliado al régimen de prima media por virtud del traslado concedido, es claro que el Bono Tipo A no resulta procedente, pues este solo se puede expedir en favor de aquellas personas que se trasladaron del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual por los aportes cotizados al ISS, caso que no se acomoda a los autos. Se modificará en este punto la sentencia de primer grado.

Establecido lo anterior, valga advertir, el juez de primera instancia no verificó la concurrencia de los requisitos en cabeza del actor para acceder a la pensión de vejez que reclama, limitándose a instar a Colpensiones que una vez efectuado el traslado procediera al estudio correspondiente, determinando los parámetros legales en que debe hacerse la misma, razón por la cual, habiéndose arribado al conocimiento del proceso entre otras, por virtud de la consulta a favor de COLPENSIONES, la Sala se abstendrá de verificar la concurrencia de requisitos a favor del demandante.

Agotada como se encuentra esta instancia, por el estudio de los motivos de apelación, conforme las motivaciones precedentes, se modificará la decisión apelada y consultada únicamente en lo relativo a la anulación y reintegro del bono pensional, confirmando en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **NOVENO** del fallo apelado, para en su lugar **ORDENAR** a la AFP COLFONDOS reintegrar a favor de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, el valor del bono pensional reconocido en favor del de demandante en la Resolución No. 9285 de 26 de junio de 2012, debidamente actualizado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá.

TECERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Rafael

RAFAEL MORENO VARGAS

Diego Fernando Guerrero Osejo

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA FERNANDA MARCELA JARAMILLO LOPEZ CONTRA COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. (RAD. 38 2018 00467 01).

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada GINA LILIANA GARCÍA BUITRAGO, como apoderada de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, en los términos y para los efectos conferidos en el poder de sustitución otorgado por MARIA JULIANA MEJÍA GIRALDO, quien actúa en calidad de representante legal suplente de la sociedad MEJÍA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A., incorporado a las diligencias.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes, con excepción de COLFONDOS quien guardó silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida

por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de junio de 2020 (récord 01:40:54, audiencia de trámite y juzgamiento¹), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS-COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante MARÍA FERNANDA MARCELA JARAMILLO LÓPEZ, lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES, dadas las resultas del juicio, el despacho se considera relevado del estudio de las propuestas

TERCERO: Las **COSTAS** quedarán a cargo de la demandante, en firme la presente providencia por secretaría, practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000 en favor de cada una de las accionadas.

CUARTO: Si no fuere apelada la presente sentencia, **CONSULTESE** con el superior.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su integridad la sentencia dictada y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

En sustento de lo anterior, refiere, en el traslado realizado por la demandante no medió consentimiento informado, advirtiendo, la información suministrada debe ser de transparencia máxima, por lo que no solamente debe comprender los beneficios propios del régimen de ahorro individual, en este caso la posibilidad de pensionarte anticipadamente, sino que deben exhibirse las bondades de ambos regímenes, más cuando la demandante es beneficiaria del régimen de transición, lo cual le hubiera representado un 90% de ingreso base de liquidación.

Considera, no existen pruebas de que se le haya entregado a la actora en plan de pensión y el reglamento del fondo, tampoco que se le haya ilustrado sobre la oportunidad de retracto, la posibilidad de traslado ante del cumplimiento de los 47 años, o sobre la devolución de saldos, la necesidad de acumular capital en la cuenta de ahorro individual que se relacionaba con la edad del pensionado y “sobrevivientes”, entre otros aspectos.

¹ Expediente remitido de manera electrónica.

Critica que el Juez se haya referido a la eficiencia del ISS y la percepción que para el momento de la afiliación en el RAIS tenía la demandante del Instituto, pues dice, pues su conocimiento era en materia de salud.

Dice, el consentimiento informado se satisface si se le permite conocer al afiliado en qué consisten los regímenes pensionales, la diferencia entre un sistema de reparto y uno de capitalización, los presupuestos en uno u otro para acceder a la prestación por vejez, los riesgos y beneficios del traslado, su incidencia en la pensión, lo referente a los bonos pensionales y cuándo pueden redimirse. Adicionalmente, señala, debió proyectarse la mesada en cada régimen, y no solo aseverar que la pensión en el fondo privado sería casi el doble a la que le otorgara el entonces Instituto de Seguros Sociales, cuando esto no es viable ya que si se obtiene una pensión anticipada se castiga la redención anticipada del bono y finalmente va a ver afectado su ahorro.

De otro lado advierte, el traslado de régimen en nada benefició a la convocante, de hecho, la actual crisis económica ha significado una disminución de su capital pensional, situación que impacta negativamente su prestación, pero nunca le advirtiendo que esta estaba sujeta a unas variables económicas.

Resalta, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia pacífica y reiterada sobre la materia así como lo previsto en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la Ley 797 de 2003.

Finalmente, con relación a la pensión pretendida alude, saliendo avante la nulidad o ineficacia del traslado, la demandante cumple con los presupuestos exigidos por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición² (Récord 01:41:46, audiencia de trámite y juzgamiento).

² *“Dentro de la oportunidad procesal pertinente presento recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en esta audiencia a efectos que el honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral revoque en todas sus partes la sentencia atacada. Fundamento mi recurso de apelación y lo sustenté en los siguientes términos:*

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, que es el traslado de régimen es eficaz cuando existe un consentimiento informado, consentimiento informado que no se obtuvo en el presente caso como quiera que en materia de seguridad social el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información en este caso de traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima, para este tipo de asuntos, tales asertos no comprenden solamente los beneficios que dispense el régimen de ahorro individual, en este caso una característica es la pensión anticipada sino que debe plantearse las bondades tanto del régimen de prima media con prestación definida como las bondades del régimen de ahorro individual como en el presente caso tal y como lo expresé dentro de mis alegatos de

conclusión, que mi representada era beneficiaria del régimen de transición y que para la fecha de traslado contaba con 395 semanas, además que el monto de la pensión de vejez debería establecerse en cada uno como lo establecí, siendo beneficiaria del régimen de transición iba a obtener el 90% del ingreso base de liquidación, tenía que explicársele también las implicaciones y las conveniencias de estar en uno u otro régimen para poder inclusive, ha dicho la honorable corte suprema de justicia desanimar al potencial afiliado.

Del acervo probatorio obrante al expediente no existe ninguna prueba en la cual en primer lugar se le haya hecho entrega a mi representada del plan de pensión y del reglamento del fondo, también poco se le estableció o se le informó sobre la oportunidad de retracto que tenía que era dentro de los cinco días siguientes a la suscripción del formulario de afiliación, tampoco se le informó antes del cumplimiento de los 47 años de edad de la posibilidad que tenía de trasladarse, que es lo que se podría considerar como una asesoría. Tampoco se le informó, como lo ha dicho el señor juez, sobre la devolución de saldos, pero debe tenerse en cuenta que la devolución de saldos al igual que indemnización sustitutiva de pensión por vejez en el régimen de prima media es una prestación de carácter subsidiario y que solamente se llegará a ella cuando no se logre obtener el 110% del salario mínimo legal o no tener la garantía de pensión mínima que equivale a contar con 1150 semanas.

Adicionalmente ha manifestado el despacho, con todo respeto, unas manifestaciones de índole subjetivas en razón a que ha dicho que en el momento histórico en el que se produce la afiliación de mi representada al régimen de ahorro individual existía una eficiencia de ISS y al preguntársele a mi representada sobre la percepción que tenía sobre el seguro social, claramente ella manifiesta que le parecía muy bueno y que había acudido a él en materia de salud y por tanto no corresponde a la realidad que era un hecho notorio, por ejemplo que el seguro social tenía un desgreño administrativo para la época de traslado.

Debe tenerse en cuenta que el RAIS se encuentra dentro del sistema financiero y por lo tanto se encuentra regido por el derecho privado, en ese evento había que informarle a mi representada que su pensión dependía del capital que hubiese ahorrado en sus cuenta de ahorro individual y que se relacionaba con la edad del pensionado y de sus sobrevivientes, además tenían que haberle informado que dentro de este régimen existen unos costos de administración y que además se cobran unas comisiones por la administración de sus aportes. Por eso era tan importante que ellos incurrieran o mejor, le manifestaran todo como quiera que lo que se protege en estos eventos es la pensión y por lo tanto debe obtenerse el consentimiento informado para que se pueda decir que es válido y eficaz, lo que implica que no se adolezca de ningún vicio al momento y durante todo el tiempo en que ella ha permanecido dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad para que de esa manera ella pudiera tomar una decisión que incide directamente en su derecho a la pensión.

Se ha dicho también claramente en qué consiste la calidad de la información, ha dicho la corte suprema de justicia es no solamente decir que existe un régimen de ahorro individual y que ella pudiese conocerlo porque se había expedido la ley, sino que ese consentimiento informado solamente se satisface si se le permite conocer al afiliado varias situaciones, en primer lugar, en qué consiste el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, cual es la diferencia entre un sistema de reparto que como su nombre lo indica, prestación definida, está sujeto al cumplimiento de unos requisitos y que además en este caso tenía un beneficio que era el régimen de transición.

En qué consiste el régimen de ahorro individual, es decir, en qué se diferencia un sistema de capitalización y cuáles son los requisitos para acceder al otorgamiento de la pensión de vejez. El segundo aspecto, cuáles son los riesgos y beneficios del traslado y cuál es su incidencia en la pensión de vejez, cuáles son los requisitos de edad y el capital mínimo con el que se puede obtener una pensión en el régimen de ahorro individual, que adicionalmente esté sujeto a unas variables y tal y como lo ha manifestado el señor juez, por el contrario, aquí ella no se ha beneficiado absolutamente de nada como quiera que durante el tiempo que ella permaneció en el régimen, inclusive ahora y como se ha manifestado públicamente también, por efectos de la pandemia, se han visto disminuidos ostensiblemente los ahorros que tiene cada persona en su cuenta de ahorro individual, lo que impacta obviamente en el reconocimiento de la pensión por vejez, es decir que tenían que haberle dicho que estaba sujeta a unas variables económicas y esa circunstancia nunca se le manifestó.

Ni que decir de la proyección de las mesadas en uno u otro régimen, por el contrario, le insistió siempre el asesor de fondo en que la pensión en el fondo privado iba a ser casi el doble que la pensión en el instituto de seguros sociales cuando esto no es dable como quiera que si se obtiene una pensión anticipada inclusive se va a castigar la redención anticipada del bono y por eso finalmente se va a ver afectado su ahorro, tampoco ella tiene idea qué son los bonos pensionales y cuando pueden redimirse. Tratándose de una mujer el efecto es inclusive más fuerte como quiere que si accede a la pensión de vejez siendo mujer a la edad de los 57 años

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

pero que el bono se redime a los 60 años. Tampoco se le informó cómo se negociaban y cómo se negociaban en forma anticipada estos bonos pensionales.

De esta manera se puede llegar a la conclusión rápida que no se obtuvo el consentimiento informado y que por el contrario existe un vicio en el consentimiento en razón a que a ella no se le informó absolutamente nada y tal y como lo esgrimí en mis alegatos de conclusión, no existió ningún esfuerzo por parte de la convocada a juicio para demostrar que esto existió. En este momento, entonces, podemos llegar a la conclusión que no se cumplió con la libertad del afiliado lo que ya se ha establecido claramente en la sentencia SL 29 del 24 de enero 2018. Ahora, con relación al precedente jurisprudencial se ha dicho claramente desde 2008 y como lo manifesté, en esta anualidad se han proferido en las sentencias 149, 373, 462, 552, 663, 638 y 752, todas sentencias de este año en donde existe una línea jurisprudencial y existe una regla jurisprudencial de cómo se deben fallar los procesos en los cuales se reprocha el incumplimiento del deber de información por parte de las convocadas a juicio.

Téngase en cuenta también que las administradoras de fondos de pensiones corresponden al sistema financiero y que en la disposición legal en su artículo 97 del decreto 663 de 1993 modificado posteriormente por la ley 797 del año 2003 se dice claramente, “decisiones informadas” algo que busca hacer más claro en el consentimiento para la afiliación de las personas en el sistema general de pensiones toda vez que lo que se debe brindar es una información completa a los usuarios sobre los servicios que prestan las entidades administradoras de fondos de pensiones que para el tiempo de expedición de esas normas no realizó y aquí se demostró una asesoría completa en cuanto al deber de informar, por el contrario el actuar de los asesores del fondo de pensiones contraviene lo que se encuentra descrito en el decreto 720 de 1994 ese actuar se dejó a su libre discrecionalidad, lo que ha implicado problemas de orden jurídico, social y psicológico inclusive de las personas que han perdido o han visto disminuido sus derecho a pensión, por el actuar ligero e irresponsable por parte de los asesores de los administradores de fondos de pensiones. Inclusive la constitución política de Colombia en su artículo 78 ha establecido cómo se regula la información que se suministra al público en la comercialización de bienes y servicios, y más aún cuando lo que se protege en estos procesos es precisamente el futuro de las personas.

En el reglamento del fondo COLPENSIONES se establece que los derechos de los afiliados, derechos que también fue conculcado en el presente caso, como es el derecho a ser informado de manera cierta, clara suficiente y oportuna respecto de las condiciones del sistema general de pensiones, pero este reglamento, como lo señalé, tampoco fue entregado a mi representada en ningún momento, ni desde el momento de la afiliación, ni previo a ella ni posteriormente. Tal y como se ha manifestado por parte del órgano de cierre de la jurisdicción laboral por esta falta de información o silencios, es pertinente que se dé aplicación a lo dispuesto en la parte final del artículo 53 de la constitución en concordancia con lo dispuesto por el artículo 43 del código sustantivo del trabajo que dispone que la ley, los contratos y los convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, en los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones que mejoren la situación del trabajador.

Adicionalmente se ha establecido claramente aquí que tampoco se acató por parte del juzgador de instancia la línea jurisprudencial emanada de la honorablemente corte suprema de justicia como lo expresé desde el año 2008 con la sentencia 31989 se ha establecido claramente eso, el año anterior con la sentencia 1452, 1421 y con las sentencias del 8 de mayo del 2019, con ponencia de la señora magistrada Clara Cecilia Dueñas del tribunal, sentencias 1688 y 1689 nuevamente se ha fijado la línea jurisprudencial que se debe aplicar tratándose de nulidades o ineficacia del traslado.

Con respecto a la pensión es claro que, saliendo avante la nulidad o ineficacia del traslado, mi representada cumple con los requisitos exigidos por el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990 para acceder al reconocimiento de la pensión por vejez, reitero, como quiera que es beneficiaria del régimen de transición. En estos términos honorables magistrados dejo sustentado recurso de apelación. Muchas gracias.”

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora MARIA FERNANDA MARCELA JARAMILLO, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en la demanda y la reforma a la misma, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en las mismas, aspirando de manera principal, se declare la nulidad de su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a la AFP COLFONDOS para agosto de 1995 por cuanto existió error de hecho que vició su consentimiento y por tanto, se establezca que nunca ha efectuado un traslado válido al RAIS encontrándose válidamente afiliada a COLPENSIONES. Pide se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez conforme lo previsto en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año. En consecuencia, se condene a COLFONDOS a registrar en su sistema de información que la demandante MARIA FERNANDA MARCELA JARAMILLO LÓPEZ no efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora, así como a devolver a COLPENSIONES los dineros que se encuentra en su cuenta de ahorro individual consistente en bonos pensionales, aportes, rendimientos y comisiones, y a COLPENSIONES a registrar y activar su afiliación, actualizar la historia laboral con las cotizaciones efectuadas en el RAIS y a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 1 de agosto de 2018 fecha en la cual cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez, junto con los intereses moratorios liquidados a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera, sobre el valor del retroactivo que se llegare a originar con ocasión del reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el Decreto 758 de 1990 aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año, bajo el beneficio adquirido del régimen de transición, por los perjuicios ocasionados por la aplicación indebida de la ley, así como la demora y extemporaneidad en el reconocimiento pensional de manera correcta y legal. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones,** por cuanto se absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, tras estimar el juez de primer grado que no se vició el consentimiento de la actora en tanto su decisión no fue motivada por la información que le diera el asesor, sino por circunstancias externas del entendimiento de la actora; además, por cuanto no habían razones para desincentivar la afiliación del demandante, no se acreditó que el actuar de la demandada fuera dolosa, con el ánimo de perjudicarla o dañarla, ya que era cierta la crisis del ISS y la posibilidad de pensionarse de manera anticipada. También estimó que la actora debió indagar sobre su futuro pensional, advirtiendo, el error no podía ser con asidero en el

desconocimiento del deber de información pues las condiciones de los regímenes pensionales, está establecido en la ley, cuyo desconocimiento no sirve de excusa.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le faltan más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

En ese orden, conforme la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el plenario⁴, la actora nació el 30 de septiembre de 1956, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es a 1 de abril de 1994, contaba con 37 años de edad, quedando claro, que en principio es beneficiaria del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante el 31 de julio de 1995 (fls. 65, 183 y 184) y que para el 1 de abril de 1994 la actora contaba con 332,27 semanas (fls. 153 y 154) equivalentes a 6,4 años de servicio, es decir, no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes del 30 de junio de 1995, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002⁵, por lo

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “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”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

⁴ Folio 36 expediente físico.

⁵ “Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4º, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4º, ni el inciso 5º se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1º de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al

que resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional y la conservación del beneficio transicional con base en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, desde luego si hay lugar a declararla.

Así las cosas, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales

trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4º, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5º.

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.[19] Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994),[20] terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.

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.”

obrantes en el proceso, acaeció el 31 de julio de 1995 (folios 65, 183 y 184) específicamente, conforme el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP quienes, en consecuencia, deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia, las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro, y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma, se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, la vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata

de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado COLFONDOS.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁶ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(...).

“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.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de

“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(...)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado en relación con el régimen de transición del cual era beneficiaria, y menos aún de las desventajas que traería el cambio de régimen, destacando que de las manifestaciones expuestas en el interrogatorio parte absuelto por la promotora del juicio⁷, no se puede demostrar la información suministrada al momento del traslado, pues la actora se limitó en señalar que le indicaron que el ISS se acabaría, que en el RAIS tendría mayor rentabilidad y que su pensión sería mucho más alta a la que obtendría en el ISS sin que hiciera mención alguna frente a las consecuencias del traslado.

⁷ Récord 14:53 Audiencia de trámite y juzgamiento, artículo 80 CPT.

No sobra agregar, en cuanto a la suscripción del formulario de afiliación, diligenciado a COLFONDOS el 31 de julio de 1995 (folio 65), en el aparte de voluntad de afiliación en la cual se indica que ésta se hace en forma libre, espontánea y sin presiones, ello no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, en cuanto, conforme se examinó en autos, a MARIA FERNANDA MARCELA JARAMILLO LÓPEZ desde luego le generaba mayores beneficios permanecer en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con miras a conservar su régimen de transición. Al tema puede consultarse el pronunciamiento realizado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 19447 de 2017, citada en la sentencia SL 1689 de 2019⁸.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 186, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión, la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (31 de julio de 1995, folio 65), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, omitiendo las consecuencias derivadas del cambio del régimen, **en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición** y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado en este punto, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado quedando la demandante debidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por

⁸ “(...) (ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información (...)”

Colpensiones, y en consecuencia deberá la AFP COLFONDOS (fondo en el que se encuentra afiliada la actora folio 185), trasladar las sumas que se encuentren en la cuenta ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y los gastos de administración.

Aquí conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Asimismo, advierte la Sala, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración.

En lo que atañe a la excepción de prescripción (fls. 142⁹), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Establecido lo anterior, en virtud de la ineficacia del traslado, correspondería a la Sala proceder al estudio de la pensión reclamada por la convocante, no obstante

⁹ Por auto del 26 de febrero de 2019 (folio 236) se tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones.

se observa que la demandada COLFONDOS no incorporó al plenario el reporte de semanas cotizadas en pensiones de la señora JARAMILLO LÓPEZ en la que consten los periodos efectivamente cotizados por esta, advirtiendo, aunque la parte actora allegó copia de la historia laboral emitida por esa AFP (folios 45 a 51) en manera alguna puede ser objeto de estudio ya que no se encuentra suscrita por parte de un funcionario de COLFONDOS ni contiene alguna insignia que pruebe su autoría, por lo que ello le resta su mérito probatorio, además de no haber sido reconocida de manera expresa ni tácita por la demandada quien tampoco fundó su defensa con apego a ella¹⁰, advirtiendo, frente al hecho 6.29 en el que la demandante alude acreditar más de 57 años de edad y 1606 semanas cotizadas, esta AFP dijo no constarle (folio 73); aun cuando se estableciera lo contrario, esto es, que se le diera valor probatorio a dicho documento, solo en gracia de la discusión, lo cierto es que ahí no constan los días cotizados para cada periodo certificado, y aunque se menciona que la demandante tiene un total de 1637 semanas cotizadas entre uno y otro régimen, al omitirse el detalle de días cotizados para cada ciclo no es posible hacer el respectivo conteo en aras de establecer si la demandante extendió a su favor la vigencia del régimen de transición hasta el año 2014 -si cuenta con 750 semanas cotizadas al 29 de julio de 2005., y si concurrieron a su favor, antes de esa anualidad -2014- los requisitos exigidos por la disposición a efectos de causar el derecho pensional en virtud del régimen de transición, adicionalmente, tampoco se advierte la novedad de retiro correspondiente.

En el plenario solo se tiene certeza de los periodos cotizados por la demandante entre el 3 de mayo de 1985 y el 30 de junio de 1995 a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, equivalentes a 397,29 semanas tal como se verifica del reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por esa entidad, actualizado a 11 de diciembre de 2018, traído a las diligencias con la contestación de dicho extremo procesal.

Conforme lo expuesto, se insiste, no es posible verificar si la demandante extendió el régimen de transición hasta el año 2014, en los términos exigidos por el Acto Legislativo de 2005, si se tiene en cuenta que la edad de 55 años los cumplió en

¹⁰Al respecto, pueden consultarse recientes pronunciamiento de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 14236 Radicación No. 46404 del 30 de septiembre de 2015, SL 6557 Radicación No. 48254 del 11 de mayo del 2016 y SL 12019 Radicación No. 48264 del 10 de agosto de 2016.

2011¹¹, así como tampoco la fecha en la que acredita la densidad de semanas exigida por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 de ese mismo año.

En consonancia con lo expuesto, se dispondrá a COLPENSIONES que una vez condensada la historia laboral de MARIA FERNANDA MARCELA JARAMILLO LÓPEZ, proceda a estudiar la prestación por vejez a favor de la actora, al tenor de lo previsto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición, o con fundamento en lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, según le sea más favorable.

Respecto a los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde ya la Sala advierte su improcedencia toda vez que no se evidencia que la decisión de COLPENSIONES de abstenerse de procesar la solicitud de reconocimiento pensional, dada la falta de afiliación a esa entidad (folio 83), se encuentre carente de razonabilidad, por el contrario, tal determinación se tomó con apego a la Ley, sin que le sea atribuible la negativa a declarar la ineficacia del traslado que efectuó la demandante al RAIS pues tal controversia solo podía ser resuelta por el Juez Laboral, como en efecto ocurre a través de este proveído.

Al punto, no puede dejarse de lado lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en Sentencia SL 787 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013¹², a través de la cual indicó la máxima Corporación que deben analizarse aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de

¹¹ Según la cédula nació el 30 de septiembre de 1956 (folio 36)

¹² “La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras”.

pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo o porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

En ese orden, y como ya se ilustró, para esta Corporación en el caso bajo estudio se presentó una de las situaciones excepcionales anteriormente descritas, razón por la cual no se impondrá el pago de intereses moratorios a cargo de COLPENSIONES.

Sin embargo, se dispondrá que, en caso de generarse un retroactivo a favor de la demandante por concepto de mesadas pensionales causadas y no pagadas, este deberá cancelarse debidamente indexado a la fecha de su pago.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación conforme las motivaciones que preceden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la accionante, ordenando a la demandada AFP COLFONDOS S.A., efectuar el traslado del saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro de la demandante, para que Colpensiones reciba dichas sumas y tenga como afiliada a la actora y proceda al estudio de la pensión de vejez a favor de esta.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la demandada COLFONDOS.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

REVOCAR la sentencia proferida por el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional efectuado por la demandante el 31 de julio de 1995 al Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia para todos los efectos se tendrá que la señora MARIA FERNANDA MARCELA JARAMILLO LOPEZ se encuentra válidamente afiliada al régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **COLFONDOS S.A.** a trasladar a COLPENSIONES el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas de administración.

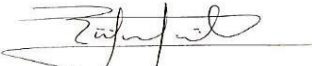
CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los saldos trasladados de la AFP COLFONDOS S.A., a favor de la accionante, teniéndola válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida y a **ACTUALIZAR** la historia laboral de la señora MARIA FERNANDA MARCELA JARAMILLO LÓPEZ.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES que, una vez consolidada la historia laboral de la demandante, proceda al estudio de la pensión de vejez a la luz de lo previsto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobada mediante Decreto 758 de ese mismo, aplicable en virtud del régimen de transición, si cumple los presupuestos para ser beneficiaria de este último, así como bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, y en caso de que concurren los presupuestos previstos en alguna de tales disposiciones, proceda al reconocimiento y pago de la pensión, según le sea más favorable, cancelando el retroactivo, si hubiere lugar a ello, debidamente indexado.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de la demandada COLFONDOS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS
(ACLARA VOTO)


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
(ACLARA VOTO)

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JORGE HERNÁN FLÓREZ LEMA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES–. (RAD. 29 2019 00294 01).**

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado SANTIAGO BERNAL PALACIOS, como apoderado de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, en los términos y para los efectos conferidos en el poder de sustitución otorgado por CLAUDIA LILIANA VELA, quien actúa en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, incorporado a las diligencias.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 22

de mayo de 2020 (Cd a folio 78, audio 2, récord 1:42:17, acta a folios 79 y 80), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR todas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y en consecuencia se deniegan las pretensiones incoadas por el señor JORGE HERNAN FLOREZ LEMA en contra de COLPENSIONES teniendo en cuenta las razones esbozadas en esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS al demandante dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$890.000.

TERCERO: CONCÉDASE el grado jurisdiccional de consulta por resultar la sentencia adversa al demandante”

Inconforme con la decisión, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia y, en su lugar se reconozca la pensión solicitada, el cual sustenta en los siguientes términos: en primer lugar, difiere de la conclusión de la juez de primer grado respecto a que no se probó más que la dependencia económica, es decir el apoyo y acompañamiento moral, pues por el contrario se acreditó que aunque su hija vivía con la madre en la ciudad de Envigado, permanentemente prestaba apoyo para todo lo atinente al desarrollo normal de una persona y estaba periódicamente visitándola, señalando, dada su condición de empleado, no le era posible trasladarse continuamente.

Refiere, frente a lo endilgado por la juez de primer grado respecto al interés que le asistía al demandante por haberse retirado antes de solicitar la pensión, que Gloria en su declaración señaló que su situación económica no fue momentánea, comenzó a deteriorarse a raíz de la crisis más o menos en el 2008, hasta que fue imposible continuar con el sostenimiento de su hija.

Destaca, desde antes de retirarse de su trabajo, ya venía el demandante haciendo acuerdos con la madre de su hija para asumir la obligación de estar con esta última de manera permanente, y no se encuentra en discusión que el señor Jorge es quien realiza el acompañamiento moral, porque ya físicamente no está impedido por el trabajo, advirtiendo, la situación real en este momento es que está asumiendo en un 100% la obligación, pues es quien baña a su hija, la cuida, le da de comer, sin que cuente para ello con la asistencia de una tercera persona, en lo que han coincidido los deponentes.

Hizo énfasis en el dicho de la madre de la menor, quien refirió que cuando la niña parte de su casa y llega al hogar del demandante, venía bastante delgada, que fue la impresión de los testigos que indicaron que se encontraba en precarias condiciones, sin que nunca se hubiera referido a una situación de abandono, solo son las consecuencias de la salud de su hija.

Dice, se trata de un caso sui generis en el que llegado el momento asumió no solo lo económico si no el apoyo moral que ya no le presta la progenitora de su hija, cumpliendo así los presupuestos de la norma.

De otro lado, indica, si no reclamó antes la prestación ello obedeció a que es en este momento en que se presenta la situación con la madre de su hija quien no puede asumir más el cuidado personal, asistencia y rehabilitación de su hija, de allí que decida retirarse de laborar, eliminando la barrera espacial que tenía con su hija.

En consonancia con lo alegado, alude, está claro que procede el reconocimiento de la pensión que reclama, no en aras de beneficiarlo sino para permitirle a ese padre que cuide a su hija¹ (Cd a folio 78, audio 3, récord 00:10, acta a folios 79 y 80)

¹ *“Me permito presentar recurso de apelación en contra de la providencia dictada por el despacho el cual sustento en los siguientes términos: Disiente este servidor en cuanto la principal razón con la que se deniegan las pretensiones incoadas en la demanda, es que no se probó más que la dependencia económica, esa dependencia, apoyo y acompañamiento moral, es menester señalar que si bien nunca se negó que la hija Sandra viviese con su señora madre en la ciudad de Envigado Antioquia, que permanentemente estaba suministrando todo el apoyo económico para su salud, recreación, para todo lo pertinente del desarrollo normal de una persona y que él estaba periódicamente viajando a visitarla, máxime si era empleado, no podía trasladarse continuamente y le resultaba físicamente imposible no obstante en ningún aparte de la sentencia se llegó a concluir que no fuese cierto que el señor Jorge visitase a su hija con esa periodicidad, situación que como la madre lo ratificó lo hacía con el fin de ir, estar pendiente de sus hija, sin embargo hubo un distanciamiento y eso por razones de fuerza mayor, no fue voluntario que él no estuviese acompañándola permanentemente habida cuenta que como lo señalaron, tuvieron una separación que data del año 1984, hizo nueva vida, contrajo otro matrimonio, del cual también se separó, sin embargo el hijo, Jorge, también lo refiere como un buen padre que siempre estuvo pendiente de todo lo necesario de su hermana Sandra y que viajaba periódicamente a Antioquia a visitarla.*

Señala el despacho que no tiene credibilidad el hecho, que de pronto él se haya retirado antes de haber solicitado la pensión, es decir, que eso genera dudas respecto del interés que le asistía más que de apoyar o realizar ese acompañamiento moral de su hija Sandra, pero hemos de destacar que la señora Gloria en su declaración ha señalado que su situación económica no es como lo manifiesta el despacho que fue momentánea, ella lo señala que su situación económica comenzó a deteriorarse a raíz de la crisis más o menos en el 2008 refiere el hijo Jorge, el hijo del demandante y ella refiere en 2010, pero no es una situación que se da tajante sino que va evolucionando llegando el momento en el que le resultó imposible continuar con el sostenimiento de su hija, pero en lo económico. Antes de retirarse, hay que destacarle al despacho que la señora Gloria al igual que el demandante ya venían en un acuerdo para efectos de él asumir la obligación de estar con su hija permanentemente, en estos momentos en eso tampoco hay

discusión, que el señor Jorge esté haciendo el acompañamiento moral de su hija porque ya físicamente no está impedido, su hija está a su lado, entonces no comparto la opinión del despacho respecto que él no hizo un acompañamiento moral, le resultaba físicamente imposible que si él estaba en la ciudad de Bogotá le hiciera un acompañamiento moral constante, diario si la hija vivía con su señora madre en otro departamento.

Ahora, cuál es la situación real en este momento, es que él está asumiendo en un 100% toda su obligación, él es la persona que la baña, la cuida, le da de comer, ni siquiera asistido por una tercera persona en lo que han coincidido todos los deponentes, todos los testigos han señalado que es el señor Jorge quien en los actuales momentos está asumiendo no solamente el apoyo económico sino también ese acompañamiento moral, ese acompañamiento espiritual, la misma madre lo señaló, que cuando la niña parte de su casa y llega al hogar del demandante, venía bastante delgada, que fue la impresión que se llevaron los otros testigos quienes manifestaron que la niña se encontraba en precarias condiciones pero lo que de pronto desconocían los testigos de fondo es que la situación de salud, la situación apremiante de salud daba a entender una situación de abandono, pero esa situación de abandono no la manifestó el demandante en su declaración, en ningún momento manifestó que estaba en un estado de abandono deplorable, son las consecuencias de la salud.

Entonces disiente el suscrito que el padre no realizó un acompañamiento moral, tácitamente estaríamos diciendo que sí está aceptando el acompañamiento, el apoyo económico como de manera significativa lo venía haciendo, pero reitero, como dice la jurisprudencia, cada caso se estudia en particular y se ven los pormenores y todos los detalles que giran en torno a una situación, este caso es un caso sui generis, es un caso particular donde un padre que apoya económicamente a su hija y así lo ha manifestado tanto él como la señora madre de la discapacitada, estuvo pendiente del apoyo económico y llegado el momento él lo asume que, físicamente le resultaba imposible inferirle ese apoyo moral, pero en este momento cual es la realidad? que él es quien le está infiriendo el apoyo moral, la madre no lo está haciendo, entonces se cumplen los presupuestos. No podemos entrar a tasar o a establecer los criterios de manera general sino que la seguridad social es muy sui generis y cada caso tiene sus propias connotaciones y hay que mirar cada uno de sus elementos, entonces, como la razón fundamental aquí es, no solo se requiere un apoyo económico sino también un acompañamiento moral, un acompañamiento espiritual, en este momento se dan todos los elementos para que el padre ejerza y cumpla con ese requisito dual que es el elemento económico y el elemento moral o espiritual.

En ese entendido considera el suscrito que se equivoca la juez de instancia en tanto que en el presente caso, en este momento el padre está cumpliendo con los requisitos que la misma jurisprudencia citada por la sentencia señala como elementos a efectos de considerar si efectivamente hay una dependencia, entonces el requisito de la dependencia se cumple, ya se elimina esa barrera de la distancia entre Cundinamarca y Antioquia y el padre está con su hija. ¿Por qué el padre no solicitó antes el reconocimiento de la pensión si tenía 2000 semanas? Si él se retira antes solicitando su pensión pensaríamos que tuvo un interés netamente económico, hasta donde le alcanzó su vida laboral, estamos hablando más de cuarenta años donde toda su fuerza de trabajo la puso al servicio de una empresa, entonces lo hizo porque se dan los elementos, porque en este caso la madre no puede cumplir con el requisito de apoyar a su hija en todos los menesteres de su cuidado personal, de su asistencia de su alimentación, de su rehabilitación, han visto que al lado del padre es donde ella logró mejorar su calidad de vida, ya comienza a tener un mejor semblante, comienza a digerir un poco más sus alimentos, tiene unos intentos de caminar como lo han referido los testigos, entonces esa barrera espacial se reduce en tanto que el padre ya está con la niña.

Volviendo a retomar el caso y a partir del momento en que la hija llega al lado del padre es que ese apoyo moral se hace evidente, ¿por qué antes no se había hecho evidente? Porque por espacio era imposible, se cumplen los requisitos. Entonces teniendo en cuenta que están probados los requisitos que establece la ley, como se ha mencionado haber cotizado una densidad de semanas, la hija ser discapacitada con un porcentaje superior al 50% y una dependencia económica aunado que en el presente y a partir del momento que está al lado de su padre, hay un acompañamiento y un apoyo de carácter moral. Por ende y tratándose de un caso particular es menester que le reconozcan la pensión, no en aras de beneficiar al demandante, la jurisprudencia lo ha dicho, es para permitirle a ese padre, que en este momento que los hechos me dicen que el padre es el único que está cuidando la niña que está cumpliendo los requisitos desde que él está al cuidado de la hija ¿Le vamos a negar porque antes él no estaba haciéndole un acompañamiento moral? Si en este momento él no estuviera infiriéndole ese apoyo moral, diríamos que no se cumple, pero se está cumpliendo, razón por la cual de suyo trae a la postre que hay que reconocerle la pensión, de lo contrario estaríamos exponiendo a esa niña a que un padre que lo necesita y que en este momento de manera real y física y de lo que el juzgado no ha entrado a dudar, del aspecto que el padre es

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante **JORGE HERNÁN FLÓRZ LEMA** en este proceso ordinario, **las pretensiones relacionadas en el respectivo acápite, a folios 4 y 5, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 2 a 4**, aspirando principalmente a que se declare que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por hijo inválido, consagrado en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumple con los requisitos exigidos, a partir del 31 de julio de 2017, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación de las sumas que resulten adeudadas y las costas; **obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que no se cumplía con el requisito de dependencia económica, ni con la finalidad de la norma, pues extraña que de un momento a otro su situación haya cambiado, esto es, justo para el 2017 cuando renuncia a su empleo y no con antelación aunque superaba con suficiencia las semanas. A juicio de la juez de primera instancia, el demandante promovió una cadena de situaciones que lo conducían a obtener la pensión de vejez pero no demostró el cumplimiento de la finalidad de la norma, esto es, que el progenitor que tenga a su hijo no se preocupe por la fuerza laboral, sino que la apoye en su rehabilitación, indicando, aquí primero renuncia y luego se hace cargo de su hija, pero debía tenerla a cargo antes de renunciar.

el que está y desde el 2017 con la hija, de eso no hay duda, lo han dicho los testigos, lo dijo el mismo demandante, las pruebas aportadas.

Como consecuencia se debe reconocer porque si no se está exponiendo a esta persona discapacitada a negarle que un padre se dedique al cuidado de ella o si no recurriríamos exponerla a una situación que lo más seguro es que estaría en riesgo no solamente su integridad física, moral sino hasta su vida. En esos términos honorables magistrado, solicito comedidamente que se revoque la sentencia proferida por el juzgado de conocimiento y se reconozca la pensión de invalidez por hija discapacitada a sabiendas que se cumplen con los requisitos que establece la ley y en particular el acompañamiento moral a partir del momento que la totalidad del apoyo económico y también acompañamiento físico, moral presencial las 24 horas de su vida. Muchas gracias.”

Así las cosas, inicialmente habrá de señalarse, la pensión solicitada es la prevista en el inciso 2º del párrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual reza:

“PARÁGRAFO 4o. La madre trabajadora cuyo hijo menor de 18 años padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo”.

La norma en cita fue objeto de dos estudios de constitucionalidad, mediante sentencias C-227 de 2004 y C-989 de 2006, en los cuales, en su orden, se declaró inexecutable y executable condicionalmente los apartes “*menor de 18 años*” y “*madre*” en ella contenidos, con argumentos que fueron sintetizados por la Corte Constitucional en sentencia T- 651 de 2009, apreciándose, a voces de esa Corporación, la disposición en cuestión se encaminó a facilitarle a la madre o al padre de una persona con discapacidad grave de orden físico o mental, bien sea un menor de edad o un adulto, ocuparse del cuidado y atención necesaria de su hijo que se encuentra en imposibilidad de valerse por sí mismo, tanto en el aspecto personal como en el económico, con el propósito de brindarle unas condiciones de vida digna y propiciar su rehabilitación.

Así, del artículo traído a colación puede inferirse que los requisitos para el otorgamiento de la pensión especial de vejez son los siguientes:

- 1) Demostrar la condición de padre o madre cuyo hijo dependa de éste.
- 2) Que el afiliado al sistema de pensiones tenga a su cargo un hijo que padezca invalidez física o mental.
- 3) Que el afiliado haya cotizado el mínimo de semanas exigidas en el régimen de prima media, para el reconocimiento de la pensión de vejez.

De esta manera en el caso presente, se encontraron reunidos el parentesco del demandante con su hija SANDRA MILENA FLÓREZ, tal como consta del registro civil de nacimiento incorporado a las diligencias y la condición de inválida de esta conforme al dictamen de pérdida de capacidad laboral N° 2316

del 3 de mayo de 2018 proferido por la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones en el cual se establece una PCL del 60%, estructurada el 14 de abril de 1982, esto es, desde su nacimiento.

Ahora en cuanto a la dependencia económica del actor con su hija discapacitada, se tiene que dentro del proceso se escucharon los testimonios de MARTHA PATRICIA BERNAL GALINDO², DOMINGO GUTIERREZ PLAZAS³, JORGE ANDRES FLOREZ BUILES⁴ y GLORIA ESTELLA ARTEAGA ARIAS⁵.

Así, la primera indicó que conoce al demandante hace 30 años en razón a que fue compañero de trabajo de su hermana, Claudia Bernal, en Colsubsidio; ilustró que se ve con el demandante con relativa frecuencia, al menos desde que llegó Sandra (hija del demandante). Relata, Sandra empezó a vivir con su papá en una vivienda ubicada en la zona rural de Subachoque en el 2017, como en el segundo semestre, quien antes vivía con la mamá en Medellín, pero que, a pesar de ello, el señor FLÓREZ siempre estuvo pendiente de la parte económica. Refiere que la mamá de Sandra se la llevó al demandante y no volvió. Comenta, el actor se retiró en el 2017 de Colsubsidio, básicamente por la llegada de Sandra quien se encontraba en condiciones muy “caóticas”, estaba desnutrida y sedada; que el señor JORGE HERNÁN se mantiene con el dinero de unas vacas que tiene y con los ahorros personales porque vive pendiente de la niña todo el tiempo, está dedicado solo a su cuidado. Refiere que actualmente el demandante vive solo con su hija y que ocasionalmente una persona va y le ayuda con el aseo y la comida. Indicó, Sandra es beneficiaria en salud del aquí convocante en la EPS SALUD TOTAL e igualmente la tiene afiliada a medicina prepagada.

Por su parte, DOMINGO GUTIERREZ PLAZAS, ilustró al despacho que es amigo del demandante; que Sandra, hija del actor, por su estado físico actual necesita y requiere de cuidados especiales que este le está proporcionando. Mencionó que en la parte económica no es fácil y requiere de recursos para poder sustentar a “la niña” porque es muy costoso. Dijo, el señor FLÓREZ vive solo con su hija en una casa lote en Subachoque. Refiere que Sandra llegó hace

² Audiencia inicial y práctica de pruebas, récord 07:12.

³ Audiencia inicial y práctica de pruebas, récord 19:01

⁴ Audiencia de trámite y juzgamiento, audio 1, récord 5:28.

⁵ Audiencia de trámite y juzgamiento, audio 1, récord 26:19

más o menos unos 3 años, como en junio de 2017, en un estado deplorable, daba lástima verla. Señaló, Jorge se ha encargado de cuidarla y quitarle los medicamentos que le estaba dando la mamá que la mantenían sedada, comía todo molido. Al indagársele sobre la razón por la que le fue entregada su hija al señor FLOREZ, este indicó que la mamá se desesperó por el cuidado, cree que no era buena mamá y que estaba pendiente de ella solo por la parte económica, la mensualidad que le enviaba el actor; indicó, el demandante recibe dinero de 3 vacas lecheras que tiene; que sabe que Sandra estaba afiliada a otra EPS y tuvo que hacer vueltas para afiliarla a nombre de él, que cuenta con medicina prepagada. Refirió saber que constantemente el demandante visitaba a su hija en Medellín, lo que le consta porque se ausentaba. Desconoce si la mamá de Sandra trabaja y no sabe si ha venido a visitarla.

A su turno, JORGE ANDRES FLÓREZ BUILES, hijo del demandante (prueba decretada de oficio por la juez *a quo*) ilustró que Sandra, su hermana, llegó a vivir con su papá a mediados de 2017, que cree que fue para julio de 2017, fecha para la cual su papá estaba recién retirado del trabajo y vivía en Subachoque, donde actualmente reside. Comentó que Sandra llegó a vivir con su papá porque a la mamá de esta se le empezó a complicar la situación económica y física y ya no podía estar a cargo de Sandra, por lo que JORGE HERNÁN decidió hacerse cargo de ella. Refirió, la progenitora de Sandra es contadora y después de la crisis como en 2008, 2009 o 2010, la situación se le empezó a complicar y ya no podía estar en un 100% con su hija. Relata, su padre iba a visitar a su hermana una vez al mes, por lo general era el último jueves de cada mes a Envigado donde vivía con Gloria. Comentó también que a Sandra se le fue deteriorando su salud, que llegó en un estado casi vegetativo, no habla, no camina ni come sola, no puede ir al baño, lo que ha sido así desde que tiene memoria. Indicó, Sandra vivió casi toda su vida con la mamá, hasta hace 3 años que está con su progenitor. Mencionó, los gastos del actor son asumidos con los ahorros de toda su vida; que JORGE HERNÁN siempre envió a Gloria dinero para Sandra; que actualmente el demandante vive solo con Sandra, no tiene quien le ayude a cuidarla; que dejó de trabajar porque la mamá de Sandra ya no se podía hacer cargo de ella, y decidió retirarse precisamente para poder cuidarla y evidentemente trabajando no podía hacerlo. Dice, Sandra no ha vuelto a Envigado porque su mamá no tiene forma de asistirle

económicamente ya que está desempleada y no desarrolla ninguna actividad económica.

Así mismo, GLORIA ESTELLA ARTEAGA ARIAS, progenitora de SANDRA MILENA FLÓREZ (testimonio decretado de oficio por el Juzgado), indicó que es Contadora pero actualmente está dedicada a ser ama de casa, es soltera y vive con un hijo. Relató que se casó con JORGE en el 81, Sandra nació en el 82 y se separaron en el 84, pero siempre han tenido buena relación pues el actor siempre ha visto por su hija, de hecho, comenta que siempre se hizo cargo de todos los gastos de alimentación, vestuario, entre otros y ha estado muy pendiente de todas las necesidades de su hija. Dijo, como en el año 2010 su situación laboral empezó a disminuir, nunca aportó a pensión porque laboró como independiente, no vio la necesidad. Como en el 2011, la situación era dura pero sostenible, pero ya para el 2017 estaba muy desmejorada de salud y económicamente era insostenible. Mencionó que, en el 2015, aproximadamente, empezó a sufrir de problemas de columna precisamente por el cuidado de su hijo.

Relató, decidieron de común acuerdo con JORGE, que este se llevara vivir con él a Sandra, conversación que surgió a principios del 2017 y se materializó en agosto de ese año. Dijo, visita a su hija esporádicamente, cada dos o tres meses viaja a Subachoque, hacen constantes video llamadas y está pendiente, pero físicamente sólo ve a su hija cada dos o tres meses, pues ella vive en Envigado, mencionando, desde que Sandra está con su papá, su hija no ha vuelto a esa ciudad.

Indicó, aunque JORGE asumía la mayoría de los gastos, no podía tener más a su hija porque eran muchos otros los costos que tenía que asumir y que no estaba en capacidad de sufragar, además ya estaba cansada porque el cuidado de su hija es muy agotador, y que consideraron que con el demandante iba a tener mejores condiciones de vida, pues la casa en Envigado es muy encerrada, con el papá podía estar en campo y en contacto con la naturaleza.

Con relación a las citas médicas que figuran en la historia clínica, realizadas en noviembre de 2017 en una IPS de Envigado, refirió que para ese año no hicieron el traspaso de la EPS, por lo que ella -la testigo- acudía a la consulta

con el médico, bien para renovar las fórmulas de los medicamentos que le eran habituales o indicándole ella misma los síntomas de su hija, por lo cual el galeno le recetaba los medicamentos y consignaba el diagnóstico, aun cuando no la evaluara físicamente, mismos que luego de reclamarlos le enviaba al demandante.

Comentó que se demoraron en los trámites para hacer el cambio de EPS, porque inicialmente su hija estaría a cargo de su papá de manera temporal, pero al ver la mejoría que tenían, decidieron que fuera de manera definitiva, lo que se materializó en un acta suscrita en 2018, en la cual le cede la custodia y cuidado personal.

Aclaró que ya estaba cansada y desesperada con el cuidado de su hija y por eso decidieron que el demandante se la llevara y que quien asume sus gastos personales –los de la testigo- es un hijo, por lo que no ha dado un peso para el sustento de su hija desde que esta se trasladó. Dice, JORGE vive de los ahorros y de los ingresos esporádicos que obtiene del campo.

Para la Sala, contrario a lo asentado por la juez de primera instancia, tales manifestaciones gozan de total credibilidad y dan certeza a esta Corporación dado que sus afirmaciones fueron claras, precisas, espontáneas, coincidentes entre sí y le consta de manera directa los hechos narrados en razón del grado de amistad y parentesco que ata a las testigos con el demandante, precisando con relación al testimonio de JORGE ANDRES FLÓREZ, hijo del actor, lo que exige que su versión sea analizada con mayor rigurosidad, no se evidencia en su dicho el ánimo de favorecer al demandante pues fue espontáneo y claro ante las preguntas formuladas por los apoderados y el Despacho.

Es importante anotar, con relación a lo relatado por los testigos, que aunque se presentaron algunas inconsistencias en las declaraciones, ello fue respecto de hechos ajenos a este litigio y consistieron en su gran mayoría a la percepción de los demandantes, y en todo caso, con relación al tiempo que lleva el actor viviendo con su hija, no se trata de fórmulas matemáticas, siendo consistentes en que ello ocurrió al menos desde el segundo semestre de 2017.

Valga anotar, lo referido frente a la desnutrición y las afirmaciones hechas por los testigos respecto a que la progenitora de Sandra era una mala madre, no dejaron de ser apreciaciones subjetivas de los testigos, que nada interfieren con el objeto de la litis, y es que es natural que desconozcan situaciones intrínsecas de la relación de Sandra con su madre, pues a esta última ni siquiera la conocen. En todo caso, contrario a lo concluido por la juez, para esta Sala ninguna inconsistencia de tal envergadura encuentra la sala, con la entidad suficiente para desestimar la prueba testimonial recaudada, pues de hecho son consistentes sus versiones y estas lucieron espontáneas, sin que para el caso interesen las verdaderas motivaciones del actor para hacerse cargo de su hija, no quedando probado que fue con el ánimo exclusivo de acceder a la pensión, pues la realidad es que actualmente su hija inválida está bajo su tutela y cuidado y depende económicamente de él.

En consonancia con lo expuesto por los testigos, es claro que desde el 2017 el demandante está a cargo de su hija, y es de este de quien depende no solo el cuidado personal, sino para sustentar económicamente el hogar conformado por los dos, máxime que se logró demostrar que por las circunstancias especiales de la enfermedad de su hija, las necesidades de cuidado personal que requiere su descendiente en estado de discapacidad, implica que sea menester el retiro del demandante de la fuerza laboral, pues como lo refirieron los testigos, la progenitora de esta no está en condiciones físicas y económicas de continuar con su cuidado personal, por lo que se hace necesario que el padre del menor sea quien asuma de manera completa su actividad dirigida a la atención y cuidado de esta persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, lo que en últimas constituye el fin de la norma, sin que se haga necesario, como lo sostuvo la juez de primera instancia, que dicho cuidado se hubiera asumido durante toda la vida de su hija, encontrándose demostrado en el sub lite tal rol lo avocó frente a su descendiente inválida en el 2017, lo que incluso motivó su retiro del trabajo precisándose de todas maneras dentro del *sub lite* se acreditó que la hija inválida del promotor del litigio depende económica de éste, por lo que habrá de revocarse la sentencia en este punto.

Sobre este aspecto el H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL 12931 del 29 de noviembre del 2017, radicado No. 53395 señaló:

“La controversia jurídica del sub lite gira en torno a determinar si con arreglo al inciso 2º del párrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la pensión de vejez especial consagrada en dicha norma, procede en favor del padre o madre trabajadora cuyo hijo esté afectado por invalidez física o mental, que depende económicamente de él, pero de cuyo cuidado personal se encarga de manera primordial el otro progenitor.

(...)

En ese orden de ideas, resulta medular en la configuración del derecho pensional especial, el grado o intensidad del requerimiento de cuidado personal del hijo afectado por el estado de incapacidad, respecto del progenitor que hace incompatible el cumplimiento de esa obligación con el desarrollo de una actividad económica remunerada, lo cual debe ser acreditado en cada caso y analizado por el juez.

Es de la esencia del precepto que los padres potencialmente beneficiarios de la pensión especial tengan a su cargo el cuidado personal del descendiente y lo ejerzan en mayor o menor medida. Eso no admite discusión alguna, pues en los eventos en que el padre o madre del hijo afectado por un estado de minusvalía estén privados del cuidado y tenencia personal por inhabilidad física o moral, por decisión judicial, o por cualquier otra razón, no tendrían vocación para acceder a esa prestación especial, por no tener jurídica o materialmente la posibilidad así quisieran, de dedicarse al cuidado personal del hijo, aunque ellos cumplieran el requisito de la dependencia económica por haber honrado sus obligaciones alimentarias o pecuniarias de todo orden.

Por otro lado, en cuanto al requisito de semanas cotizadas, se tiene que el señor JORGE HERNÁN FLÓREZ LEMA de acuerdo al RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR aportado por Colpensiones y que se encuentra actualizado al 7 de octubre de 2019 (expediente administrativo), tiene cotizaciones desde el 1 de marzo de 1978 y la última reportada es para el mes de julio del 2017, para un total de **2013,71** semanas cotizadas, por lo que es claro que supera el mínimo de semanas requeridas por la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003 -1000-, las cuales incluso cumplió en fecha muy anterior, razón por la cual emana diáfano que el accionante cumple con la totalidad de requisitos para ser acreedor de la prestación pensional reclamada, por lo que habrá de revocarse en este aspecto la sentencia proferida por la Juez *a quo*.

Ahora, en relación con la fecha desde la cual debe pagarse la pensión, la norma no establece expresamente la data de reconocimiento la pensión especial de vejez por hijo inválido, no obstante, es claro que debe acudirse al criterio de causación, que corresponde al momento en que se reúnan la totalidad de los

requisitos contemplados por la norma para hacerse acreedor al derecho, al respecto el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 4 de la Ley 797 del 2003 señala que “La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.” y la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión.

En este orden de ideas se tiene, que para el momento en que el demandante presentó la solicitud pensional -2 de agosto de 2018- (según se lee de la Resolución SUB 217756 de 16 de agosto de 2018), ya había cumplido la totalidad de los requisitos para el reconocimiento de la prestación, pues para esa data ya tenía cotizadas más de las 1300 semanas exigidas para ese año conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, y su hija ya había sido declarado inválida (dictamen de PCL emitido por COLPENSIONES), calenda para la cual, además, había dejado de cotizar, pues el último ciclo corresponde al 30 de julio de 2017 (ver reporte de semanas cotizadas expedido por la demandada)

En este punto, advierte la Sala que la Corte Suprema en sentencia con radicación 47492 del 30 de noviembre del 2012, incluso señala que el reconocimiento se debe efectuar a partir de la fecha de la última cotización.

“Ahora, se tiene que la demandante solicita el reconocimiento de la pensión a partir del 15 de agosto de 2005, fecha en la cual se estructuró la invalidez de su hija; no obstante, advierte la Sala que con posterioridad a dicha calenda, efectuó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 1 de octubre de 2006 al 30 de marzo de 2007, en consecuencia, es a partir de esta última fecha que tiene derecho al pago de la prestación reclamada.”

Por lo expuesto, la pensión habrá de reconocerse a partir del 1 de agosto de 2017, día siguiente a la última cotización efectuada por el demandante.

Advertido lo anterior, a continuación se procede a verificar el cálculo del I.B.L. y de la primera mesada pensional, advirtiendo el ingreso base para liquidar la prestación debe ser el promedio de salarios cotizados durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor según certificación expedida

por el DANE o el de toda la vida por haber cotizado la demandante al año 2017 más de 1250 semanas conforme lo dispone el artículo 21 Ley 100 de 1993.

Así, realizadas las operaciones aritméticas con apoyo del grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura y que hacen parte íntegra de la sentencia, aplicando una tasa de reemplazo del **69.05%**⁶, que se obtuvo conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, se tiene como valor de primera mesada pensional actualizada al año 2017 (fecha de última

6

IBL / SMMLV	\$16888390,30/ \$ 737717	22,8927764
SMMLV * 0,50	22,89 * 0,50	11,445
TR :	65,5 - 11,44	54,05
SEMANAS ADICIONALES A 1300 Y HASTA 1800	500/ 50 * 1,5	15
TASA DE REPLAZO	<u>75,05</u>	69.05

cotización) con el IBL toda la vida **-\$9.058.737,12⁻⁷** una mesada de **\$6.255.057,98**, y con el de los 10 últimos años **-\$16.888.390,30⁻⁸** una mesada

7

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1978	306	0,672	133,40	198,620	\$ 4.242,55	\$ 842.655	\$ 8.595.083
1979	308	0,795	133,40	167,721	\$ 6.755,36	\$ 1.133.013	\$ 11.632.263
1980	366	1,024	133,40	130,218	\$ 10.535,74	\$ 1.371.943	\$ 16.737.704
1981	365	1,289	133,40	103,467	\$ 15.411,53	\$ 1.594.592	\$ 19.400.873
1982	273	1,630	133,40	81,819	\$ 17.790,00	\$ 1.455.559	\$ 13.245.591
1983	334	2,022	133,40	65,967	\$ 24.608,80	\$ 1.623.365	\$ 18.073.469
1984	366	2,359	133,40	56,557	\$ 33.203,33	\$ 1.877.892	\$ 22.910.277
1985	365	2,790	133,40	47,815	\$ 35.617,26	\$ 1.703.040	\$ 20.720.316
1986	365	3,416	133,40	39,048	\$ 43.155,78	\$ 1.685.165	\$ 20.502.838
1987	365	4,132	133,40	32,286	\$ 57.156,58	\$ 1.845.337	\$ 22.451.605
1988	366	5,124	133,40	26,032	\$ 91.692,95	\$ 2.386.976	\$ 29.121.104
1989	365	6,566	133,40	20,318	\$ 119.128,85	\$ 2.420.456	\$ 29.448.878
1990	361	8,281	133,40	16,110	\$ 202.141,08	\$ 3.256.423	\$ 39.185.620
1991	365	10,961	133,40	12,170	\$ 356.842,44	\$ 4.342.908	\$ 52.838.716
1992	366	13,901	133,40	9,596	\$ 582.927,70	\$ 5.593.945	\$ 68.246.131
1993	365	17,395	133,40	7,669	\$ 518.449,73	\$ 3.975.901	\$ 48.373.458
1994	365	21,328	133,40	6,255	\$ 1.099.505,18	\$ 6.877.135	\$ 83.671.808
1995	360	26,147	133,40	5,102	\$ 1.414.000,00	\$ 7.214.130	\$ 86.569.554
1996	360	31,237	133,40	4,271	\$ 1.799.083,33	\$ 7.683.087	\$ 92.197.047
1997	360	37,997	133,40	3,511	\$ 2.875.916,67	\$ 10.096.891	\$ 121.162.693
1998	360	44,716	133,40	2,983	\$ 3.455.333,33	\$ 10.308.207	\$ 123.698.490
1999	360	52,185	133,40	2,556	\$ 4.525.500,00	\$ 11.568.512	\$ 138.822.147
2000	360	57,002	133,40	2,340	\$ 5.166.000,00	\$ 12.089.732	\$ 145.076.780
2001	360	61,989	133,40	2,152	\$ 5.676.833,33	\$ 12.216.489	\$ 146.597.867
2002	360	66,729	133,40	1,999	\$ 6.147.000,00	\$ 12.288.649	\$ 147.463.790
2003	360	71,395	133,40	1,868	\$ 6.147.000,00	\$ 11.485.495	\$ 137.825.934
2004	360	76,029	133,40	1,755	\$ 6.784.000,00	\$ 11.903.122	\$ 142.837.469
2005	360	80,209	133,40	1,663	\$ 7.455.000,00	\$ 12.398.823	\$ 148.785.871
2006	360	84,103	133,40	1,586	\$ 9.030.000,00	\$ 14.322.928	\$ 171.875.136
2007	360	87,869	133,40	1,518	\$ 9.694.666,67	\$ 14.718.124	\$ 176.617.489
2008	360	92,872	133,40	1,436	\$ 10.636.000,00	\$ 15.277.325	\$ 183.327.899
2009	360	100,000	133,40	1,334	\$ 11.426.833,33	\$ 15.243.369	\$ 182.920.433
2010	360	102,002	133,40	1,308	\$ 12.461.583,33	\$ 16.297.479	\$ 195.569.751
2011	360	105,237	133,40	1,268	\$ 13.382.500,00	\$ 16.963.907	\$ 203.566.886
2012	360	109,157	133,40	1,222	\$ 14.167.000,00	\$ 17.313.298	\$ 207.759.570
2013	360	111,816	133,40	1,193	\$ 14.737.000,00	\$ 17.581.711	\$ 210.980.537
2014	360	113,983	133,40	1,170	\$ 15.400.000,00	\$ 18.023.431	\$ 216.281.170
2015	360	118,152	133,40	1,129	\$ 16.108.000,00	\$ 18.186.825	\$ 218.241.897
2016	360	126,149	133,40	1,057	\$ 17.236.000,00	\$ 18.226.623	\$ 218.719.473
2017	210	133,400	133,40	1,000	\$ 16.335.000,00	\$ 16.335.000	\$ 114.345.000
Total días	14096				Total devengado actualizado a:	2017	\$ 4.256.398.617
Total semanas	2013,71					Ingreso Base Liquidación	\$ 9.058.737,12
Total Años	37,35					Porcentaje aplicado	69,05%
						Primera mesada	\$ 6.255.057,98
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2017	\$ 737.717,00

pensional en cuantía de **\$11.661.434**, siendo esta más favorable que la obtenida con el IBL de toda la vida, por ello, se reconocerá la pensión en cuantía inicial de **\$11.661.434**, a partir del 1 de agosto de 2017.

De tal manera, una vez realizadas las operaciones aritméticas las cuales hacen parte íntegra de la presente decisión, se obtiene un valor **\$468.586.530,40⁹** por concepto de retroactivo del incremento causados entre el 1 de agosto de 2017 (fecha de reconocimiento pensional) y el 30 de junio de 2020 (mes anterior a esta decisión).

En cuanto a la excepción de prescripción, propuesta oportunamente por la demandada al contestar la demanda, se tiene que no está llamada a prosperar, toda vez que si bien el derecho pensional como atrás se mencionó se consolidó incluso desde el 2017, la prestación pensional se solicitó el 2 de agosto de 2018 ante la Administradora del Régimen de Prima según se lee de la resolución SUB217756 de 16 de agosto de 2018, la cual fue negada mediante dicho acto administrativo siendo incoada la demanda el 30 de abril de 2019 según el acta de reparto correspondiente, evidenciándose desde la fecha de la solicitud pensional a la interposición de la demanda no transcurrió el termino trienal

8

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2007	150	87,869	133,40	1,518	\$ 9.866.400,00	\$ 14.978.844	\$ 74.894.220
2008	360	92,872	133,40	1,436	\$ 10.636.000,00	\$ 15.277.325	\$ 183.327.899
2009	360	100,000	133,40	1,334	\$ 11.426.833,33	\$ 15.243.369	\$ 182.920.433
2010	360	102,002	133,40	1,308	\$ 12.461.583,33	\$ 16.297.479	\$ 195.569.751
2011	360	105,237	133,40	1,268	\$ 13.382.500,00	\$ 16.963.907	\$ 203.566.886
2012	360	109,157	133,40	1,222	\$ 14.167.000,00	\$ 17.313.298	\$ 207.759.570
2013	360	111,816	133,40	1,193	\$ 14.737.000,00	\$ 17.581.711	\$ 210.980.537
2014	360	113,983	133,40	1,170	\$ 15.400.000,00	\$ 18.023.431	\$ 216.281.170
2015	360	118,152	133,40	1,129	\$ 16.108.000,00	\$ 18.186.825	\$ 218.241.897
2016	360	126,149	133,40	1,057	\$ 17.236.000,00	\$ 18.226.623	\$ 218.719.473
2017	210	133,400	133,40	1,000	\$ 16.335.000,00	\$ 16.335.000	\$ 114.345.000
Total días	3600					Total devengado actualizado a: 2017	\$ 2.026.606.836
Total semanas	514,29					Ingreso Base Liquidación	\$ 16.888.390,30
Total Años	10,00					Porcentaje aplicado	69,05%
						Primera mesada	\$ 11.661.433,50
						Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2017	\$ 737.717,00

9

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/08/17	31/12/17	5,75%	\$ 11.661.433,50	6,00	\$ 69.968.601
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 12.138.386,13	13,00	\$ 157.799.020
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 12.524.386,81	13,00	\$ 162.817.029
01/01/20	30/06/20	3,80%	\$ 13.000.313,51	6,00	\$ 78.001.881
Total retroactivo					\$ 468.586.530,40

establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S. para la operancia del fenómeno prescriptivo.

Finalmente, en relación con los intereses de mora solicitados al tenor del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se advierte éstos se encuentran previstos para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cuya fuente legal lo sea este estatuto general de pensiones, como se vio ocurrió en el caso de autos, pues se trata de una pensión regulada en el inciso segundo del párrafo 4 del artículo 33 ibídem.

De esta manera, el inciso final del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, prevé que los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

De tal manera, la exigibilidad de los intereses moratorios se encuentra sujeta, por un lado, a que se haya presentado la respectiva solicitud de la prestación pensional de que se trate, con el lleno de los requisitos legales y por otro, que se haya superado el término legal para el reconocimiento del derecho pensional sin que éste se haya producido.

Así pues, se observa que la prestación fue negada bajo el argumento de no haber sido acreditado el requisito de ser cabeza de familia y estar a cargo del cuidado exclusivo de su hija, situación esta última que solo vino a resolverse a partir de esta sentencia, por lo cual, para la Sala los motivos esbozadas por la administradora justifican su actuar pues se tornan razonables, con apego a la ley, al tenor de lo dispuesto en la sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013¹⁰.

¹⁰ “La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la

Por lo anterior, se negarán los intereses solicitados y, en su lugar, se dispondrá a COLPENSIONES que cancele el retroactivo a favor del demandante debidamente indexado al momento de su pago.

Sin más consideraciones se agota la competencia del Tribunal, procediendo a la revocatoria de la sentencia para en su lugar CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – a reconocer la pensión especial de vejez por hijo invalido, en los términos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia, Las de primera a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

REVOCAR la sentencia proferida por la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, en su lugar se dispone:

PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante la pensión especial de vejez por hijo inválido, a partir del 1 de agosto de 2017, en cuantía inicial de **\$11.661.434**

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES a pagar a favor del demandante la suma de **\$468.586.530,40** por concepto de retroactivo causado entre el 1 de agosto de

seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras”.

2017 y el 30 de junio de 2020, sin perjuicio de las que se causen con posterioridad, debidamente indexado.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SABINA MONTERO MENDOZA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - (RAD. 39 2019 00298 01).

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado SANTIAGO BERNAL PALACIOS, como apoderado sustituto de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos de los poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, como representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. (folio 211).

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de marzo de 2020 (Cd. fol. 183 record 30:58, acta a folio 184 a 187), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que **COLPENSIONES** debe tener en cuenta en su historia laboral y por ende ordenar actualizar la misma los siguientes periodos: el periodo de enero de enero y febrero de 1994 (sic) por un total de 8.58 semanas; el periodo total o sea el año total del 98, faltándole 26.48 semanas; el total de lo cotizado en 1999, faltando 42.91 semanas; el total de lo cotizado del 2000, faltándole un total de 4.76 semanas; el total del año 2002, faltándole 6.77 semanas; el total del 2003 faltándole 4.47 semanas y el total del 2006, esto es, febrero y abril que ascienden a 8.58 semanas, para un total de 102.55 semanas.

SEGUNDO: Teniendo en cuenta el numeral anterior y que la demandante cumple con el requisito de las semanas cotizadas, el Despacho condenará a Colpensiones a que reconozca y pague la pensión de vejez teniendo en cuenta que el estatus lo tuvo la demandante en agosto de 2019 cuya efectividad deberá hacerse una vez demuestre el retiro al sistema conforme lo establece el artículo 13 del Acuerdo 049 del 90 y bajo los preceptos del artículo 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 ya mencionada.

TERCERO: DENEGAR lo que tiene que ver con los intereses moratorios e indexación.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas a **COLPENSIONES** dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.600.000.

SÉPTIMO (sic): CONCÉDASE el grado jurisdiccional de consulta por resultar la presente sentencia adversa a **COLPENSIONES.**”

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia y, en su lugar, se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando dentro de la historia laboral reposan los pagos efectivamente realizados por el empleador a favor de la demandante y no se evidencia prueba de que se hubieran efectuado los aportes reclamados y por ende no es procedente la inclusión de los periodos. En esa medida, dice, no es posible reconocer la pensión de vejez a favor de la demandante por cuanto no cumple con el requisito de semanas.

Finalmente se refiere a los intereses moratorios, advirtiendo no existe mora en el reconocimiento y pago de mesadas pensionales (Cd. fol. 183 record 33:11, acta a folio 184 a 187)¹.

¹ “Muchas gracias señora juez, siendo la oportunidad pertinente presento frente al Despacho y contra la decisión emitida por el mismo recurso de apelación solicitándole a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral, que se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones, solicitándoles se tenga en cuenta que dentro de la historia laboral de la demandante se reflejan las cotizaciones que efectivamente realizó el empleador LESVIA BERNARDA MADERA de las cuales corresponden a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 en el cual se dispone que es obligación del empleador efectuar los aportes con base en el ingreso base de cotización del trabajador y atendiendo a esto también es obligación del empleador conforme lo dispone el Decreto 3064 de 1989 art. 68 parágrafo 2, efectuar los reportes de novedades realizadas por el trabajador.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante SABINA MONTERO MENDOZA, las pretensiones relacionadas a folio 6, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 2 a 5; solicitando principalmente se ordene a la demandada corregir la historia laboral faltante de 112,43 semanas, consolidando la totalidad de semanas cotizadas al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Además, se reconozca a su favor la pensión de vejez conforme lo previsto en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 a partir de la fecha en que cumplió 57 años y acumuló 1300 semanas junto con la indexación y los intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable** a sus aspiraciones, por cuanto se ordenó a Colpensiones tener en cuenta dentro de la historia laboral 102.55 semanas y la condenó a pagar a favor de la demandante la pensión de vejez por cuanto el estatus lo adquirió en agosto de 2019, condicionando el pago de la prestación a la demostración del retiro efectivo del sistema, absolviendo a la pasiva de las pretensiones atinentes a indexación e intereses moratorios. Lo anterior tras considerar que era procedente la inclusión de los periodos inadvertidos por la demandante dentro de la historia laboral por corresponder a cotizaciones en mora o inexactas, respecto de las cuales se debieron adelantar acciones de cobro. Adicionalmente, teniendo en cuenta los periodos acreditados dentro del trámite más las certificadas por Colpensiones, la demandante tenía la densidad de semanas exigidas por la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, además de contar con más de 57 años, adquiriendo el estatus de pensionada.

En el presente caso, pues al momento de la solicitud de la corrección laboral, no se evidenció prueba que realmente se hubieran efectuado los aportes reclamados hoy por parte de la demandante y por tanto resulta improcedente acceder a los pedimentos de incluir las semanas cotizadas.

Aunado a esto, tampoco es procedente acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en virtud de la ley 797 de 2003, artículo 9, como quiera que la demandante no cuenta con el número de semanas cotizadas conforme lo dispone dicho articulado que son de 1300 y por tanto también resultaría improcedente acceder a los intereses moratorios reclamados por la demandante como quiera que pues no ha incurrido en mora en el pago de las mesadas pensionales, por tanto solicito a los honorables magistrados revocar la decisión, toda vez que no se evidencia que efectivamente los pagos realizados en los periodos que solicita la demandante. Muchas gracias”

Así las cosas, habrá de determinarse si a la demandante le asiste el derecho a acceder al derecho pensional solicitado con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993² modificada por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, disposición que exige para el caso de las mujeres, haber alcanzado la edad de 55 años o 57 años -a partir del 2014-, y cotizaciones en total de 1.000 semanas las cuales se incrementarán a partir del 1° de enero del año 2005 en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Al efecto, se encuentra a folio 149 copia del documento de identidad de la demandante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 27 de octubre de 1956, por lo que acreditó la edad exigida, de 55 años, el mismo día y mes del año 2011; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización para esa anualidad se requerían 1200, razón por la cual procede la Sala a verificar la densidad de semanas, y en ese orden conforme las manifestaciones expuestas en el libelo introductor en las que la actora advierte incompletas sus cotizaciones para las anualidades 1995, 1998, 1999, 2000, 2002, 2003 y 2006 (folios 2 a 4, hechos 7 a 23), previa la mencionada contabilización de semanas, revisado el reporte de semanas de cotización, expedido y aportado por Colpensiones, actualizado al 7 de octubre de 2019, se advierte la procedencia de inclusión de los siguientes periodos: agosto de 1998 a febrero de 1999 y abril a octubre de 1999 (folio 195) correspondientes al empleador LESVIA BERNARDA MADERA PÁEZ, respecto de los cuales se registra la anotación “*pago aplicado a periodos anteriores*” resultando atinada la inclusión de estos periodos dado que no es dable atribuir pagos a ciclos anteriores, cuando lo procedente era iniciar el cobro en el periodo correspondiente teniendo en cuenta los pagos del mes cotizado; así mismo, procede la contabilización de los ciclos julio de 1998, enero, febrero y noviembre de 2000, enero, febrero, julio y septiembre de 2002 y enero, febrero y marzo de 2003, dado que se reportan 30 días y se cotiza sobre 28, 27, 15, 15, 28, 15, 15, 15, 29, 15 y 15 días, respectivamente, dando lugar a contabilizar 113 días que equivalen a 16,14 semanas.

² “**Artículo 33.** *Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”.

Además de lo anterior, aunque no se observan cotizaciones para los periodos enero y febrero de 1995, marzo de 1999 y febrero y abril de 2006, respecto de los cuales tampoco se hace la anotación de la mora dentro de la historia laboral, para la Sala es claro que obedecen a una deuda presunta respecto de la empleadora LESVIA BERNARDA PAEZ MADERA, pues nótese que los periodos anteriores y posteriores a estos, son cancelados por esta misma empleadora y no media novedad de retiro alguna, advirtiendo la relación ha permanecido vigente desde 3 de mayo de 1994 y hasta la fecha de la última cotización que se evidencia en el reporte de semanas cotizadas (folio 191 a 202).

Razón por la cual es claro la existencia del vínculo laboral durante los meses que se echan de menos en la historia laboral de la actora, recordando frente a los aportes a seguridad social en pensiones, conforme lo ha dispuesto por la Ley 100 de 1993, en su artículo 22, el empleador será responsable del pago de los mismos, para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

Así también, conforme el contenido del artículo 9° literal d) y párrafo de la Ley 797 de 2003 y del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 32096 del 2 de septiembre de 2008 y 32179 del 27 de enero de 2009, es evidente que el tiempo dejado de cotizar durante la vinculación laboral tiene la virtud de perjudicar la eventual expectativa pensional del demandante.

Razones por las cuales resulta procedente la inclusión de tales semanas no tenidas en cuenta por Colpensiones, considerando aunque se anexaron planillas de pago realizados en los años 1995 y 1999 (45 a 55 y 91 a 103), las que pudieran corresponder a los ciclos echados de menos están ilegibles, por lo que de tales legajos no se puede extraer que son los relacionados con los que aquí se alega.

En consonancia con lo expuesto, resulta procedente incluir en la historia laboral de la demandante 97,57³ así:

3

- Para el año 1995, 8,57 semanas
- Para el año 1998, 21,71 semanas
- Para el año 1999, 42,85 semanas
- Para el año 2000, 4,71 semanas
- Para el año 2002, 6,7 semanas
- Para el año 2003, 4,42 semanas
- Para el año 2006, 8,57 semanas.

En ese orden, habrá de modificarse la sentencia de primera instancia en este aspecto.

Establecido lo anterior y al realizar la contabilización de las semanas cotizadas por la actora, conforme el reporte de semanas de cotización actualizado expedido por Colpensiones (fol. 191 a 202) incluyendo los periodos antes mencionados, se tiene

Periodo	Días para incluir	Motivo
ene-95	30	MORA PRESUNTA
feb-95	30	MORA PRESUNTA
jul-98	2	COTIZO 28
ago-98	30	PAGO APLICADO A PERIODOS ANTERIORES
sep-98	30	PAGO APLICADO A PERIODOS ANTERIORES
oct-98	30	PAGO APLICADO A PERIODOS ANTERIORES
nov-98	30	PAGO APLICADO A PERIODOS ANTERIORES
dic-98	30	PAGO APLICADO A PERIODOS ANTERIORES
ene-99	30	PAGO APLICADO A PERIODOS ANTERIORES
feb-99	30	PAGO APLICADO A PERIODOS ANTERIORES
mar-99	30	MORA PRESUNTA
abr-99	30	PAGO APLICADO A PERIODOS ANTERIORES
may-99	30	PAGO APLICADO A PERIODOS ANTERIORES
jun-99	30	PAGO APLICADO A PERIODOS ANTERIORES
jul-99	30	PAGO APLICADO A PERIODOS ANTERIORES
ago-99	30	PAGO APLICADO A PERIODOS ANTERIORES
sep-99	30	PAGO APLICADO A PERIODOS ANTERIORES
oct-99	30	PAGO APLICADO A PERIODOS ANTERIORES
ene-00	3	COTIZO 27
feb-00	15	COTIZO 15
nov-00	15	COTIZO 15
ene-02	2	COTIZO 28
feb-02	15	COTIZO 15
jul-02	15	COTIZO 15
sep-02	15	COTIZO 15
ene-03	1	COTIZO 29
feb-03	15	COTIZO 15
mar-03	15	COTIZO 15
feb-06	30	MORA PRESUNTA
abr-06	30	MORA PRESUNTA
TOTAL DIAS		683
TOTAL SEMANAS		97,57142857

que la demandante no cuenta con las 1200 semanas para cuando cumplió los 55 años de edad -27 de octubre de 2011 (folio 149), las que solo acredita el 12 de agosto de 2017, fecha para la cual ya había aumentado la edad de pensión a 57 años -para las mujeres- y a 1300 las semanas de cotización requeridas para acceder a la prestación por vejez.

Verificados los anteriores presupuestos, se tiene que los 57 años los acredita la actora el **27 de octubre de 2013** (folio 149) y las 1300 semanas de cotización, atendiendo las certificadas por COLPENSIONES **-1203,29-** (folio 193) y las incluidas en este proveído **-97,57-** las acumuló el 24 de agosto de 2019, data en la que concurren para la demandante los requisitos previstos en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, adquiriendo en dicha calenda el estatus de pensionada, por lo que habrá de confirmarse el fallo gravado en este punto.

En relación con la fecha a partir de la cual debe pagarse la pensión, en consideración a que la situación pensional de la actora es definida con fundamento en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 resulta aplicable en autos el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone *“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”,* mientras que en el artículo 35 indica *“Las pensiones del seguro social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión”,* situación que en el examine no ha ocurrido según se puede constatar del reporte de semanas expedidos por Colpensiones (folio 191 a 201), pues la demandante continúa realizando cotizaciones y ha venido efectuando aportes aún con posterioridad a la radicación de la demanda el 30 de abril de 2019 (folio 151), nótese el último ciclo que figura dentro de la historia laboral corresponde a septiembre de 2019, periodo inmediatamente anterior a la expedición de tal documento por parte de la administradora que fuera aportado con la contestación de la demanda (CD folio 171).

Atendiendo tal circunstancia, el reconocimiento de la mesada pensional deberá hacerse a partir de que se verifique el retiro efectivo del sistema, tal como lo determinó la juez de primer grado.

Respecto de la cuantía, como quiera que no se ha producido el retiro del sistema por parte de la demandante, se advierte que la demandada para liquidar la mesada pensional a favor de la actora deberá ceñirse a lo previsto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, debiendo confirmarse en este aspecto la sentencia apelada.

Con relación a los intereses moratorios a los que se refiere la recurrente, entiende la Sala ello obedeció a un *lapsus calami* de la apoderada, toda vez que los mismos fueron resueltos de manera desfavorable a la parte actora esto es, se absolvió a la demandada del pago de dicho concepto en la sentencia apelada y esa decisión es claramente favorable a sus intereses.

Finalmente, en lo atinente a la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la accionada⁴ se tiene que el derecho aún no se ha hecho exigible, dada la falta de desafiliación del sistema de la demandante y en ese sentido, la prescripción no cobró operatividad respecto de ninguna mesada pensional debiendo por tanto declararse no probado el medio exceptivo alegado, como lo hizo la juez de primer grado.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta a favor de la pasiva, conforme a las motivaciones precedentes, se modificará el numeral primero de la decisión de primera instancia y para precisar los periodos que deben ser incluidos en la historia laboral de la actora, confirmando en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que

⁴ Desde la contestación de la demanda (fol. 165 vto.) la cual se admitió por el juzgado mediante auto de 4 de febrero de 2020 (fol. 178)

COLPENSIONES debe corregir y actualizar la historia laboral de la demandante adicionando un total de 97,57 semanas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por la Juez Treinta y Nueve laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MANUEL GUERRERO HERNÁNDEZ VS COLUMBIA COAL COMPANY S.A. (RAD. 02 2017 00651 01).

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 del ACUERDO PCSJA20-11546 de 25 de abril de 2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura que exceptuó de la suspensión de los términos judiciales decretada con ocasión de la emergencia de salubridad pública generada por el COVID-19 a *“todos los procesos que tengan solicitud de persona en condición de discapacidad”* y con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida por la Juez Segunda (2) Laboral del Circuito de esta ciudad, el pasado 19 de febrero , en la que se resolvió (Cd. folio 459, récord: 41:50, acta folios 460 y 461):

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada COLUMBIA COAL COMPANY S.A., representada legalmente por la señora CLAUDIA ISABEL MARÍN BAÑOS o quien haga sus veces al reintegro definitivo del señor MANUEL GUERRERO HERNÁNDEZ, identificado con cédula de ciudadanía 13.448.538 sin lugar al pago de salarios o prestaciones sociales como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLUMBIA COAL COMPANY S.A., representada legalmente por la señora CLAUDIA ISABEL MARÍN BAÑOS o quien

haga sus veces, a pagar al señor MANUEL GUERRERO HERNÁNDEZ identificado con cédula de ciudadanía N° 13.448.538, la suma de \$4.137.730 por concepto de indemnización de 180 días de salario.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada COLUMBIA COAL COMPANY S.A., representada legalmente por la señora CLAUDIA ISABEL MARÍN BAÑOS o quien haga sus veces, de las demás pretensiones incoadas en su contra por el señor MANUEL GUERRERO HERNÁNDEZ identificado con cédula de ciudadanía N° 13.448.538, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada en las que deberá incluirse como agencias en derecho la suma equivalente a 4 SMLMV.”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia en lo relativo a la orden de reintegro, el pago de la indemnización correspondiente a 180 días de salario y las costas.

Como sustento de lo anterior refiere, en síntesis, pese a que en la sentencia se dijo que cuando existe una causal objetiva para la terminación del contrato no se requiere el permiso del Ministerio, lo cierto es que el motivo para dar por finalizado el vínculo laboral, invocado por la demandada, no fue analizado. Sobre el punto, señala, aunque es verdad que tanto al momento de la terminación del contrato como posterior a ello, se evidencian situaciones de salud del actor, el finiquito del contrato se fundó en la participación del trabajador en el cese de actividades ocurrido en el 2014, declarado ilegal por el Tribunal Superior de Cundinamarca y la Corte Suprema de Justicia en febrero, actos por los que, además, fue demandado el trabajador y los cuales, asegura, quedaron plenamente probados y sustentados en la carta de despido.

En ese orden, y en atención al precedente jurisprudencial sobre la materia, particularmente la sentencia SL1260 de 2018, demostrada la justa causa para la terminación del contrato, estaba relevada de solicitar permiso alguno ante el Ministerio de Trabajo, máxime cuando probó que fue un tema objetivo ajeno al supuesto estado de debilidad manifiesta del convocante, siendo consecuentemente improcedente el reintegro, la indemnización y las costas.

Finalmente, argumenta, la calificación tenida en cuenta para determinar la debilidad manifiesta “severa” del demandante, fue posterior a la terminación del contrato, por lo que, a esta última fecha, ni siquiera se reunía el requisito. Dice, aunque pudo haber incapacidades previas o paralelas al momento en que se anuncia la terminación del contrato ello no se equipara a una calificación, de allí que no estuviera probado el requisito y que no procediera el reintegro ni la indemnización de 180 días.

Subsidiariamente, solicita la reducción de las costas en atención a que los montos que deben ser cancelados al actor no superan los \$4.136.000¹ (Cd. folio 459, récord: 43:37, acta folios 460 y 461).

¹ “Si su señoría, muy respetuosamente me permito formular recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir, específicamente con lo relacionado con el reintegro, con la sanción de 180 días en salario y con el hecho de no estar demostradas algunas de las excepciones y también con el tema de las costas que es excesivo.

Procedo a sustentar mi recurso.

Muy respetuosamente le solicito al honorable Tribunal que el reintegro ordenado junto con la sanción y sus consecuencias sea revocado teniendo en cuenta lo siguiente:

Primero, efectivamente la sentencia, y hace un análisis del antecedente jurisprudencial y demás elementos, esto es, de la sentencia SL1360 de 2018 en el cual se concluye, igualmente lo hace el fallo, se concluye que no se requiere el permiso del Ministerio cuando hay una causal objetiva para la terminación del contrato. Teniendo en cuenta esa circunstancia, la sentencia que se acaba de proferir no tuvo en cuenta que sí había una causal objetiva y es verdad que efectivamente con el transcurrir del tiempo y para el momento de la terminación y posterior a la terminación del contrato, se evidencian situaciones de salud, la realidad es que si hay una causal objetiva, una causal objetiva que ocurrió prácticamente dos años atrás, ocurrió en el año 2014 con el cese ilegal, la causal objetiva fue la participación en el cese de actividades, en el cual el trabajador demandante participó por el cual fue demandado, esto es, los hechos, la razón por la cual se le termina el contrato surgieron en el año 2014, está plenamente demostrado, está dentro de la carta de terminación del contrato, era imposible hacer uso de esa facultad puesto que había que esperar que la Corte Suprema de Justicia resolviera sobre la demanda de ilegalidad, situaciones que quedaron plenamente demostradas, de hecho se refirió la sentencia la fecha de radicación de publicación, de emisión de la sentencia que declaró ilegal el cese que promovió el demandante, incluso también hizo referencia al edicto que lo publico en el mes de febrero y la terminación consecuente en el mes de marzo.

Teniendo en cuenta esta circunstancia, ruego a los honorables magistrados que evalúen que efectivamente aquí hay una causal objetiva demostrada, lo que relevaba a COLUMBIA COAL COMPANY de en ese momento solicitar algún permiso para terminar el contrato de trabajo si se considerara que ese es el requisito pues que se debería tener en cuenta para poder terminar el contrato de trabajo. Esto es que los hechos que dieron origen a la terminación del contrato se habían consolidado en el 2014 y esta situación de terminar el contrato en ese momento no implica que la voluntad de la empleadora COLUMBIA COAL COMPANY hubiera nacido el 3 de febrero fecha en la que se emitió la comunicación si no en el momento que inicia la demanda de ilegalidad de cese que fue la que conoció el tribunal superior de Cundinamarca y en segunda instancia la Corte Suprema de Justicia.

Esto es, en aplicación estricta del precedente jurisprudencial, esto es, la sentencia 1360 del año 2018, la terminación del contrato pues está completamente avalada teniendo en cuenta que no se requería ningún permiso y la situación de salud finalmente, materialmente, no le permitía que no se le aplicarían las normas que son de orden público y esto es, los efectos del artículo 450 del C.S.T. Esto es que la norma superior en este caso, si estamos hablando de la Ley 361 de 1997, la norma superior respecto de la facultad de terminar el contrato o que dicha terminación resulte ineficaz, efectivamente no es, pues tendría que ser el código sustantivo del trabajo más aún cuando esa participación y la legalidad de ese acto de participación en el Cese fue evaluado por la Corte Suprema de Justicia.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor MANUEL GUERRERO HERNÁNDEZ en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda y su subsanación (folios 95 a 99 y 131 a 132 y 134), del respectivo acápite, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 99 a 105 y 132 y 133, encaminadas principalmente a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término

Entonces, respecto de ese asunto, me voy a pronunciar únicamente de pues el ataque relacionado con lo que se ha resuelto, no respecto de las demás circunstancias de terminación y el debido proceso que se respetó, sino únicamente respecto de las consideraciones que el despacho tuvo para conceder el reintegro.

Finalmente, también debe tenerse en cuenta que la calificación con la que se concluye que el señor Manuel Guerrero tiene un estado de debilidad manifiesta severa, pues estamos hablando de una calificación que indudablemente es posterior, entonces ni siquiera allí se reuniría ese requisito, esto es, puede haber incapacidades previas a la terminación del contrato de trabajo, e incluso, que pueden ser paralelas al momento en que se le anuncia la terminación del contrato, pero si revisamos los hechos que generaron la terminación del contrato son del año 2014 y la calificación de PCL es de meses después de la terminación del contrato. Entonces, finalmente, aunque hubieran incapacidades, con ello no se podía concluir lo que hoy se puede concluir con una calificación, esto es, que ni siquiera ese requisito está demostrado para el momento de la terminación del contrato y por tanto no procedería ni el reintegro ni la indemnización de los 180 días.

Quedó plenamente demostrado, la causal objetiva, en la sentencia no, se hizo el análisis de que se invierte la carga de la prueba, como efectivamente la invirtió la sentencia SL1360 de 2018, y es que era el empleador quien debía demostrar la justa causa para que fuera eficaz la terminación del contrato situación que está probada documentalmente, está plenamente demostrado cual fue la razón por la que se terminó el contrato y que es un tema objetivo o ajeno al supuesto estado de debilidad manifiesta que tiene el señor Guerrero y esta situación no fue evaluada en la sentencia, en el evento que se hubiese evaluado, que se hubiera valorado se habría concluido que la razón por la cual se terminó el contrato fue la participación en el cese, se puede observar en la sentencia que si fue mencionada y en la carta de terminación del contrato que efectivamente el señor Manuel Guerrero fue demandado directamente por su participación en el cese, resultó vencido en el juicio y se declaró que su cese era ilegal y esa fue la razón por la cual se le terminó. En la carta de terminación del contrato se alegó que esa era la razón, situación que no fue valorada, si hubiera sido valorada en la sentencia, la conclusión es que en razón al antecedente de la sentencia 1360 de 2018 que si fue revisada, pues no procedería dicho reintegro, teniendo en cuenta que la causal objetiva si estaba demostrada. Consecuencialmente, no procedería la indemnización por los 180 días de salario y tampoco la condena en costas.

Teniendo en cuenta lo que documentalmente quedó probado, teniendo en cuenta todo lo que se, todas las pruebas que se solicitaron y se decretaron, muy respetuosamente solicito al H. Tribunal que se revoque la orden de reintegro, así como la indemnización y también el tema de las costas.

Subsidiariamente, en el evento que no fuese así, respetuosamente le solicitaría al tribunal que se reduzcan las costas teniendo en cuenta que para este momento el único pago que tendría pendiente COLUMBIA COAL COMPANY para con el señor GUERRERO materialmente serían \$4136000 y las costas serían un valor muy cercano, o muy superior al 60%, lo que implicaría que son materialmente muy superiores a lo establecido en los límites establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura. Teniendo en cuenta lo anterior, muy respetuosamente solicito que se conceda el recurso para que sea resuelto por el H. Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral, muchas gracias.”

indefinido entre el 27 de diciembre de 2004 y el 3 de marzo de 2016, el cual terminó de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador, encontrándose en una situación de debilidad manifiesta y por tanto, amparado con la estabilidad laboral reforzada. En consecuencia, pide se ordene a la demandada pagar a su favor la indemnización por despido injusto y la sanción correspondiente a 180 días de salario, a reintegrarlo a su cargo con el correspondiente pago de la “*diferencia dejada de cancelar por la accionada al accionante*” a partir de la fecha en que fue reubicado, así como la causada en el lapso que estuvo cesante a raíz de su despido hasta su reintegro el 12 de agosto de 2016 ordenado por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, la diferencia del salario a partir de la fecha que fue calificado con la pérdida de su capacidad laboral por la Junta Regional de Invalidez de Bogotá por cuanto se le pagó la incapacidad con el 66% del salario mínimo, el valor del pago del salario básico mensual pactado en el contrato de trabajo cuando el aquí demandante entró a trabajar porque solo se le pagó el producido por el destajo, la diferencia en el pago de las primas de navidad por los últimos 27 meses laborados, hasta que sea cancelada esta obligación en forma total, el pago completo del salario correspondiente a su cargo de “embarcador” a partir de la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia el cual corresponde al básico más el destajo, la diferencia en el pago de las cesantías, intereses a las cesantías y aportes a pensión por los años 2014, 2015 y 2016, la indexación de todas las condenas y las costas. Subsidiariamente pretende el pago de la sanción moratoria por el no pago completo de sus prestaciones sociales y el impago de la sanción por despido sin justa causa. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, en tanto, condenó a la demandada a reintegrar DEFINITIVAMENTE al señor MANUEL GUERRERO HERNÁNDEZ y dispuso el pago a favor de este último de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, absolviendo a la pasiva de las demás pretensiones incoadas en su contra por el actor e imponiendo el pago de las costas a cargo de la llamada a juicio. Lo anterior, y en lo que interesa al recurso de apelación, tras considerar que al momento en que fue comunicado el despido al trabajador, y desde mediados de 2015, este se encontraba incapacitado y, por tanto, en estado de debilidad manifiesta, razón por la cual dispuso el reintegro y el pago de la indemnización.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la encargada, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia la vinculación laboral del demandante con la encargada mediante contrato de trabajo a término indefinido, el cual inició el 27 de diciembre de 2004 y finalizó el 3 de marzo de 2016 por decisión unilateral de la empleadora, aspecto que además de haber sido excluido del debate probatorio por la aceptación de las partes, y declarado en tales términos por parte de la juez de primera instancia sin reparo alguna por el recurrente, se constatan con la documental de folios 4, 183 y 184. En este punto precisa la Sala, aunque la misiva de despido tiene fecha del 3 de marzo de 2016, en ella se precisa que el contrato se entenderá finalizado el 10 de marzo siguiente, situación que resulta consistente con la información contenida en el comprobante de liquidación definitiva de prestaciones sociales (folio 185 vto.)

Establecido lo anterior, partirá la Sala por analizar lo relativo a la invocada estabilidad laboral reforzada por salud.

Funda sus aspiraciones el accionante en la Ley 361 de 1997 “*Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones*”, disposición que en su artículo 26, señala: “*Ninguna **persona limitada** puede ser **despedida** o su contrato terminado **por razón de su limitación**, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo*”, conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000.

Ahora, los criterios jurídicos para la aplicación de la norma reclamada por el actor, dictadas por la Corporación rectora de la jurisdicción ordinaria, pueden resumirse entre otras, así:

a) Radicado 35606 de 2009:

“De acuerdo con la sentencia en precedencia [32532 de 2008] para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

b) Radicado SL 6850 de 2016:

“...En efecto, la censura parece diferenciar entre las causas justas y las razones que pueden acompañar a una decisión de despido. Por eso mismo, a pesar de que reconoce que en este caso no medio una justa causa, dice que la razón del despido fue la escisión de la entidad y no la condición de discapacidad del trabajador. Con fundamento en ello, en últimas, arguye que en el evento en que se propicie un despido unilateral y sin justa causa, en todo caso, el trabajador debe demostrar que la decisión se dio por razón de su discapacidad y no por otros motivos, para que opere la especial garantía de estabilidad.

Una interpretación de esas características no puede ser avalada por la Corte, por las razones que pasan a exponerse:

La interpretación que propone la censura torna totalmente nugatoria la garantía de estabilidad y le resta todo efecto útil a la disposición, pues pone en manos del empleador la facultad de despedir al trabajador discapacitado, libremente, con la sola condición de no motivar su decisión en función de la especial condición de discapacidad.

(...)

Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte...” (Resaltado por la Sala)

c) Radicado 67595 de 2017:
(...)

...si bien el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, que como ya se dijo no es una prueba solemne de la condición de discapacidad, fue posterior al despido, lo cierto es que se fundamentó en las patologías y en la deficiencia, discapacidad y minusvalía adquiridas por el actor durante el desarrollo del contrato de trabajo, tanto así que la fecha de estructuración se definió en el 29 de febrero de 2008, varios meses antes de que se hubiera efectuado la desvinculación...”

d) Radicado SL 1360 del 11 de abril de 2018:

(...) Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

Bajo los criterios jurídicos citados, para lograr la ineficacia del despido o la condena al pago de la indemnización, en el transcurso del debate procesal la parte demandante debe demostrar su limitación, mientras que a la parte demandada le corresponde eventualmente acreditar la autorización del Ministerio del Trabajo, en los términos ya citados, o acreditar la justa causa del despido en el evento de invocarlo como motivo de terminación.

En esta dirección, ha de señalarse el vínculo laboral entre las partes terminó efectivamente el 10 de marzo de 2016, comunicada mediante misiva del 3 de marzo de esa anualidad, por decisión unilateral de la empleadora (folios 4 y 184), y en ese sentido, entra la Sala entonces a verificar si en el caso de marras se encuentran acreditados los presupuestos antes señalados, a efectos de dar aplicación a la Ley 361 de 1997, para lo cual se realiza el análisis íntegro del acervo probatorio vertido en autos.

Así, se tienen como pruebas documentales, las siguientes:

- Copia del certificado de aptitud laboral de retiro expedido el 7 de marzo de 2016 (folio 7), en el que se consigna concepto médico de retiro no satisfactorio y se recomienda “*continuar manejo médico multidisciplinario por neumología, medicina interna, oftalmología, ortopedia y medicina laboral*”. En tal documento consta que tiene restricciones que intervienen en su labor de carácter osteomuscular, metabólico y cardiovascular; además resultó no apto para el cargo por el sistema respiratorio y otros paraclínicos.

- Copia incompleta de la historia clínica del actor en la que consta la atención del 24 de marzo de 2015 (folios 8 y 9) y se consignan como diagnósticos los siguientes: *“tumor maligno de los bronquios o del pulmón, parte no especificada; diabetes mellitus no insulino dependiente sin mención de complicación, hipertensión esencial, hiperlipidemia mixta”* adicionalmente, *“neumoconiosis, no especificada”* y *“enfermedad pulmonar obstructiva crónica, no especificada”*. Se efectúan como comentarios:

“Paciente con antecedentes de EPOC, oxígeno (O2) requirente y neumoconiosis en estudio. Consulta por referir que todavía le da sensación de asfixia y por esto no ha podido reingresar al trabajo (...) ya tiene medicamentos debe continuar tratamiento instaurado se dan recomendaciones y signos de alarma para consultar por urgencias”

- Dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral N° 2016153457II expedido por Colpensiones el 18 de mayo de 2016 (folios 14 a 17), en el que se establece una pérdida de capacidad laboral del 35,17%, de origen laboral, estructurada el 19 de marzo de 2016. Se destaca de la conclusión de la entidad, los siguientes apartes:

“Paciente (...) quien se ha desempeñado como minero de minas de carbón como embarcador por más de 20 años hasta enero de 2015 que inició incapacidad, solicita calificación de PCL por concepto desfavorable de la EPS; antecedente de patología pulmonar dese 2006, oxígeno requirente desde 2012, con agudización de síntomas hace 6 meses, oxígeno requirente 24 horas hace 6 meses, diabetes mellitus hace 1 año en manejo con metformina, Hipertensión en manejo con losartan y amlodipino, vive con esposa e hija, independiente en actividades de la vida diaria y actividades básicas”(folio 17)

- Copia de la incapacidad expedida por Cafam el 15 de enero de 2016 (folio 18), por 20 días comprendidos entre el 15 de enero de 2016 y el 3 de febrero de 2016.
- Copia de la incapacidad expedida por Cafam el 9 de febrero de 2016 (folio 19), por 30 días, comprendidos entre el 9 de febrero y el 9 de marzo de 2016.
- Copia de la sentencia calendada 29 de junio de 2016, proferida por el Juzgado 28 Civil del Circuito dentro de la acción de tutela N° 110014003023 2016 00288 01 promovida por MANUEL GUERRERO

HERNÁNDEZ contra COLUMBIA COAL COMPANY S.A. (folios 23 a 34)
en la cual se dispuso:

“PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 16 de mayo de 2016 por el Juzgado 23 Civil Municipal de Bogotá, y en su lugar, CONCEDER la tutela a los derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo del señor MANUEL GUERRERO HERNÁNDEZ, amparo que se entiende concedido como mecanismo transitorio, mientras que el actor adelanta el respectivo proceso ante la jurisdicción laboral para establecer con carácter definitivo la procedencia del reintegro y del pago de los salarios dejados de percibir. Se advierte al accionante MANUEL GUERRERO HERNÁNDEZ, que de no interponer la acción laboral dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta sentencia, cesarán los efectos de la orden mencionada.

SEGUNDO: ORDENAR a la empresa COLUMBIA COAL COMPANY S.A., que dentro de los 15 días siguientes a la notificación de esta sentencia, reintegre al señor MANUEL GUERRERO HERNÁNDEZ el cargo que desempeñaba al momento del despido y que se acomode a sus capacidades físicas, y en el mismo término procesa a cancelarle los salarios y prestaciones sociales causadas desde la fecha en que despidió al accionante.

Además de lo anterior, es de indicarse que se le deben conceder al accionante, las posibilidades de atender las distintas citas médicas dispuestas por el médico tratante de su patología”

- Copia de los desprendibles de nómina (folios 198 a 315), de los que se destacan los correspondientes a febrero de 2015 a julio de 2018 (folios 248 a 315) que dan cuenta que el demandante durante todo ese interregno ha estado incapacitado, pues se ha generado el pago de la incapacidad correspondiente y no del salario propiamente dicho.
- Copia de la misiva calendada 2 de agosto de 2016 (folio 311) dirigida al demandante con el asunto “acción de tutela”, donde se requiere al señor GUERRERO para que se acerque a CORSANEMOS LTDA para realizarse examen médico de reintegro.
- Oficio del 16 de agosto de 2016 dirigido al demandante con la referencia “cumplimiento fallo de tutela” (folio 317), en la que se requiere al actor para que se presente a laborar a la sede de la compañía el 17 de agosto de 2016 a las 8:00 a.m. con el Dr. Edgar López Moreno. Allí se le indica “que según el examen médico que se le practicó para su reintegro, usted resulta ser apto para ocupar el cargo que venía desempeñando a la fecha de su desvinculación, esto es, el de Embarcador, entonces, se le reincorporará en el de Auxiliar Administrativo, en el cuando se materialice

su trabajo se le pagará un salario equivalente al que venía devengando al cumplir el mencionado anteriormente.”

De la documental analizada, a juicio de esta Sala, se logra establecer que para la fecha de terminación del vínculo laboral (10 de marzo de 2016 -folio 4 y 184) el demandante se encontraba cobijado por la estabilidad laboral reforzada solicitada, pues con ella se logra acreditar que para dicha calenda se encontraba en un estado de incapacidad o disminución de sus facultades producida por padecimientos de salud, en tanto se encontraba incapacitado desde enero de 2015, incapacidades que le fueron prorrogadas en el tiempo y que aun, encontrándose en trámite el presente asunto, eran emitidas a su favor.

A ello se suma, las actividades desarrolladas por el trabajador correspondían a la de minero embarcador, en virtud de las cuales y según lo explicaron los deponentes HOLMAN RICARDO LEON MARTÍNEZ², director de operaciones de COLUMBIA COUL COMPANY, y EDGAR ANTONIO LÓPEZ³, profesional de salud ocupacional de la compañía demandada, e incluso por el mismo demandante al absolver el interrogatorio⁴, implicaban actividades dentro de una mina, cuya ejecución podría verse limitada por sus problemas respiratorios, tanto así, que en el examen de egreso el médico conceptuó como “retiro no satisfactorio”, señalando en el “*profesiograma de aptitud laboral*” no apto en el sistema respiratorio (folio 7), ubicándose así en un estado de debilidad manifiesta⁵, en tanto se acreditó que sus patologías de *tumor maligno de los bronquios o del pulmón, neumoconiosis, no especificada* y *“enfermedad pulmonar obstructiva crónica, no especificada* le impedía o dificultaba sustancialmente el desempeño de sus labores en “*condiciones regulares*”⁶, de hecho se emiten recomendaciones relativas a “*continuar manejo médico multidisciplinario por neumología, medicina interna, oftalmología, ortopedia y medicina laboral*” (folio 7)

Tales circunstancias derivan en la aplicabilidad de la ya mencionada Ley 361 de 1997, haciendo presumir que el despido se produjo por el estado de salud de la parte actora.

² Cd folio 454, 01:02:05, acta folio 455 y 456

³ Cd folio 454, 43:47, acta folio 455 y 456

⁴ Cd folio 454, 34:14, acta folio 455 y 456

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-041 de 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁶ *Ibidem*.

No obstante lo anterior, a tono con la postura jurisprudencial vertida por el órgano de cierre de esta jurisdicción sobre esta materia, y a la cual se hizo alusión al inicio de esta providencia, mientras al demandante le corresponde probar el estado de debilidad manifiesta, lo que en el caso de autos se encuentra acreditado, a la demandada le atañe probar que la terminación operó con justa causa como lo alega la pasiva, desvirtuando la mentada presunción.

En ese orden, en lo que corresponde al despido sin justa causa, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., *“En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (...)”* por manera que la terminación del contrato de trabajo, corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos casos en los cuales se incumpla por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Por su parte, el párrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*, advirtiéndole al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa.⁷

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta los argumentos de la alzada, deberá examinarse si los supuestos fácticos alegados por la accionada en la misiva de despido tuvieron ocurrencia y si constituyen verdaderamente justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

De tal suerte, como se anunció al inicio, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada, en comunicación calendada del 3 de marzo de 2016 (fls. 4 y 184),

⁷ Sentencia 14 de agosto de 2007, radicado 29213 Magistrada Ponente: Isaura Vargas Díaz *“(...) La demostración de la justa causa del despido corresponde al patrono.” la jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo como de esta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y este último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejó de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley...*”

de la que se tiene certeza fue entregada en esa fecha por la demandada al accionante, dado que así lo expuso él mismo en los hechos del libelo introductor (hecho 10 folio 100), misiva en la que se señaló como causas del despido las siguientes (folios 4 y 184):

“Por medio de la presente, le comunico que a partir del 10 de marzo de 2018, la empresa decidió terminar de manera unilateral y con justa causa el contrato de trabajo celebrado con usted, de conformidad con las siguientes razones:

A través de la sentencia SL-1728 de fecha 27 de enero de 2016, notificada por edicto el 23 de febrero del mismo año, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió confirmar la providencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca en cuanto declaró ilegal el cese de actividades adelantado los días 16, 17, 18, 19, 21 al 26, 28 y 29 de julio de 2014, en el que Usted participó de manera activa.

Dentro del proceso especial de calificación de la suspensión o paro colectivo en el que Usted ejerció la calidad de demandado, fue notificado en legal forma y nombró abogado a través del cual contestó la demanda, formuló excepciones e interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, resultando vencido en razón a que a lo largo del trámite judicial se probó no solo su participación activa sino que el cese efectivamente fue ilegal; es decir, que bajo los parámetros del debido proceso usted ejerció materialmente los derechos de defensa y contradicción ante el tribunal.

Con los hechos descritos y la evidencia de su falta, queda comprobado que su comportamiento vulneró las obligaciones legales, contractuales y reglamentarias a que está sometido, de acuerdo al numeral 6 del artículo 62 en concordancia con el artículo 60 numeral 5 del Código Sustantivo del Trabajo (...)

Por las razones explicadas, la decisión aplicable a la conducta por usted desplegada, es la terminación del contrato de trabajo con justa causa, con base en la citada sentencia y en el artículo 450 del Código Sustantivo del trabajo, que faculta a la empresa para terminar la relación laboral con los trabajadores que intervinieron o participaron el paro así (transcribe la norma).

Por tanto, es procedente aplicar la terminación de su contrato de trabajo, en razón a que se comprobó dentro del proceso judicial su participación activa en el cese declarado ilegal.

(...)”

En ese orden frente a la causal invocada en la carta de despido, se advierte, copia del auto de 25 de septiembre de 2014 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca – Sala Laboral, dentro del proceso N° 25000-25-05-000-2014-00086-00 promovido por COLUMBIA COAL COMPANY S.A. contra el SINDICATO DE TRABAJADORES DE COLUMBIA COAL COMPANY- SINTRACOAL y otros, en los que figura el señor MANUEL GUERRERO HERNÁNDEZ como demandado (folio 56 y 57), por el cual se admite el proceso especial de calificación de la suspensión o paro colectivo de

trabajo. Igualmente reposa copia de la subsanación de la demanda (folios 70 a 94) cuya pretensión corresponde a que “se declare la ilegalidad de la suspensión o paro colectivo de trabajo promovido por el sindicato de trabajadores de COLUMBIA COAL COMPANY – SINTRACOAL los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados que son demandados en este proceso, los días 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29 de julio de 2014, en las minas ubicadas en los municipios de Cucunubá y Guachetá de propiedad de la demandante COLUMBIA COAL COMPANY S.A.” (folio 76).

De igual forma, al plenario se incorporó copia de la sentencia SL1728 de 2016, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, el 27 de enero de 2016, dentro del proceso especial de calificación de la suspensión o paro colectivo, adelantado por COLUMBIA COAL COMPANY S.A. contra el SINDICATO DE TRABAJADORES DE COLUMBIA COAL COMPANY S.A. y otros (en los que se encontraba el aquí demandante) (folios 364 a 385), en cuya parte resolutive CONFIRMÓ la sentencia proferida el 12 de febrero de 2015 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca que “*declaró ilegal la suspensión o cese de actividades solicitada por la empresa accionante*”.

Aunque no se aportó al plenario la mentada sentencia del Tribunal, en los antecedentes expuestos por la Alta Corporación relativos a la decisión apelada, la Corte apuntó los siguientes apartes que destaca ahora la Sala (folios 370 a 373):

“A continuación dio por acreditado la ocurrencia del cese de actividades entre el 16 y el 29 de julio de 2014, en las minas de propiedad de la demandante ubicadas en los municipios de Guachetá y Cucunubá y que dicha suspensión fue declarada »con aducción de causa en el incumplimiento del empleador en algunas obligaciones laborales con sus trabajadores, concretamente las indicadas en la denominada presentación de puntos».

(...)

Finalmente, concluyó:

Por lo anterior, y con fundamento en la segunda de las causales alegadas, concluye la Sala que el cese de actividades promovido por el sindicato de trabajadores de la empresa Colombia Coal Company debe declararse ilegal conforme a la causal d) del art. 450 del CST, pues si bien el cese de actividades es un medio de presión con que cuentan los trabajadores para acceder a la protección de sus derechos cuando se consideran le han sido conculcados no puede desconocerse que antes de iniciarse

cualquier suspensión colectiva de trabajo se tome la decisión de proceder de conformidad por parte de la mayoría de los trabajadores sindicalizados o de la totalidad de los trabajadores de la empresa, lo cual en el presente no aconteció. Contrario a esto lo que se evidenció fue un cese colectivo intempestivo por parte de los trabajadores de la empresa Coal Company, en desarrollo de sus actividades laborales.”

A tono con la prueba hasta aquí analizada, se encuentra suficientemente demostrado que el cese de actividades adelantado los días 16, 17, 18, 19, 21 al 26, 28 y 29 de julio de 2014, a los que se refiere la carta de despido (folio 184) fue en efecto declarado ilegal, por lo que en los términos del numeral 2 del artículo 450 del C.S.T.⁸ el empleador quedaba en libertad de despedir a los trabajadores que hayan intervenido o participado en él.

Frente al particular, advierte la Sala, la disposición contenida en el mencionado artículo sólo resulta predicable cuando se demuestre la “participación activa” del trabajador en el cese ilegal de actividades. Así lo ha dejado sentado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al concluir que la facultad que allí se establece para el empleador necesariamente debe ser ejercida en los términos que precisa el artículo 1º del Decreto Reglamentario 2164 de 1959, cuya finalidad es evitar que los empleadores utilicen sin limitaciones esa facultad legal, la apliquen de manera inadecuada y eventualmente abusen de su libertad de despedir afectando trabajadores involucrados en el cese por circunstancias ajenas a su voluntad; es decir, reivindicó una regla jurídica por virtud de la cual la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades no autoriza al empleador para que termine los contratos de trabajo de los trabajadores de manera incondicional y arbitraria, pues tiene el deber, en todo caso, de verificar la participación activa en el movimiento de los mismos, dejando a salvo a quienes se ven involucrados por razones ajenas a su voluntad (CSJ SL10245 de 2015)⁹.

⁸ “**ARTICULO 450. CASOS DE ILEGALIDAD Y SANCIONES.**

(...)

2. “*Declarada la ilegalidad de una suspensión o paro del trabajo, el empleador queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en él, y respecto a los trabajadores amparados por el fuero el despido no requerirá calificación judicial*”

⁹ “(…) *al declararse la ilegalidad del cese de actividades laborales el empleador se encuentra en libertad de despedir, en virtud a dicha circunstancia, a quienes hubiesen participado activamente en la proscrita suspensión. La referida doctrina ha permanecido invariable bien frente a las disposiciones de la Ley 6ª de 1945 y el Decreto Reglamentario 2127 de 1945, numeral 8º del artículo 48; el artículo 41, numeral 8 de la Ley 200 de 1995 y el artículo 35, numeral 32 de la Ley 734 de 2002, estos últimos de texto idéntico en cuanto a tipificar la conducta que prohíbe de “propiciar, organizar o participar en huelgos, paros o suspensión de actividades o disminución del ritmo de trabajo, cuando se trate de servicios públicos esenciales definidos por el legislador».* (Resalta la Sala). (CSJ SL10503-2014).

La Sala nunca ha aceptado, desde el punto de vista jurídico, como lo propone la censura, que la sola «*permanencia en las instalaciones de la empresa*», «*dejar de laborar*» o «*la disminución del ritmo de*

Adicionalmente, es importante precisar, con relación a la obligatoriedad de un procedimiento legal previo al despido ocurrido por la participación en cese de actividades declarada ilegal, al que hace referencia la Corte Constitucional en la sentencia SU-036 de 1999¹⁰, que la postura hermenéutica actual de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL9090-2015, SL7207-2015, SL10503-2014, en las cuales se reiteró lo adocinado en la decisión CSJ 38272

trabajo», durante el desarrollo de una huelga ilegal, sin más aditamentos, autorice al empleador para proceder al despido, pues, contrario a ello, ha sido firme en sostener que se requiere la acreditación de la «participación activa» del trabajador en el curso del movimiento, pues no resulta legítimo abrigar con esa drástica medida a los trabajadores que permanecen en la empresa, dejan de laborar o disminuyen las cadencias de trabajo, por razones ajenas a su voluntad.

Ha dicho la Sala, en ese sentido, que

...la intervención del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social - hoy de la Protección Social - contemplada en el artículo 1° del Decreto Reglamentario 2164 de 1959, tiene como designio evitar el despido de aquellos trabajadores que se hayan limitado a suspender labores llevados por las circunstancias del cese de actividades, pero no por el deseo de intervenir en él, siempre que no hayan perseverado en la parálisis del trabajo una vez producida la declaratoria de ilegalidad, sin que ello haga inane la facultad que el artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo confiere al empleador de despedir a los empleados que hubieren tenido una participación activa en el cese de actividades. En sentencia de 14 de julio de 2004, Rad. 21824, la Sala adocinó:

Pero si lo que en realidad pretende el recurrente es la destrucción de la decisión del Tribunal por cuanto las normas aducidas sobre el cese ilegal de actividades y las consecuencias en ellas dispuestas, fueron objeto de una errada hermenéutica; como él mismo lo admite al comienzo de su argumentación, lo que primero ocurre es la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades por parte de la autoridad administrativa, con la que “el empleador queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en él” (numeral 2° del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo).

Y en consecuencia de lo anterior, siendo el querer del legislador que esa libertad de despedir no se aplique de manera indiscriminada a todos los trabajadores, de tal forma que se vean afectados quienes por condiciones ajenas a su voluntad se vieron involucrados en el cese de actividades del trabajo, preservando esa situación del trabajador, dispuso en el artículo 1° del Decreto Reglamentario 2164 de 1969 lo siguiente:

Declarada la ilegalidad de un paro, el Ministerio del Trabajo intervendrá de inmediato con el objeto de evitar que el patrono correspondiente despidiera a aquellos trabajadores que hasta ese momento hayan hecho cesación pacífica del trabajo pero determinada por las circunstancias ajenas a su voluntad y creadas por las condiciones mismas del paro. Es entendido, sin embargo, que el patrono quedará en libertad para despedir a todos los trabajadores que, una vez conocida la declaratoria de ilegalidad, persistieren en el paro por cualquier cosa”. (el subrayado está por fuera de texto).

Como se observa de la anterior transcripción, la intervención del Ministerio para evitar el despido de trabajadores, tiene como fin impedir que el empleador de manera indiscriminada, despidiera en las mismas condiciones de quienes participaron activamente o persistieron en el paro una vez declarada su ilegalidad, a trabajadores cuya participación en el cese de actividades se dio por condiciones ajenas a su voluntad. (Resalta la Sala) (Ver CSJ SL, 24 feb. 2005, rad. 23832, reiterada, entre otras en CSJ SL, 30 en. 2013, rad. 38272, CSJ SL10503-2014 y CSJ SL7207-2015).”

¹⁰ “...Entiéndase que como acto potestativo del empleador, no siempre que se produce la declaración de ilegalidad, éste adquiere la obligación de despedir a los trabajadores que han participado en el cese. Pues ésta es, por así decirlo, una causa legal que justifica la terminación unilateral de la relación laboral, sin que el empleador esté constreñido a hacer uso de ella, si no lo estima pertinente. Sin embargo, cuando el empleador opta por hacer uso de esta facultad, no basta con la simple declaración de ilegalidad del cese de actividades para dar por terminado el contrato o la relación laboral, pues debe, previa a la aplicación de esta causal, agotar un procedimiento que permita individualizar y determinar qué trabajadores intervinieron en la suspensión colectiva de las actividades laborales declaradas ilegales, como el grado de participación en la misma...”.

del 30 de enero de 2013, que a su vez se remite a lo vertido en la sentencia de 25 de enero de 2002, radicación 16661), ha sido la de que con arreglo a lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 450 del CST, subrogado por el artículo 65 de la Ley 50 de 1990, una vez declarada la ilegalidad de una suspensión del trabajo o paro, el empleador queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido en él, de modo que al estar demostrado que el trabajador sí participó activamente en el paro y que el cese fue declarado ilegal por la jurisdicción ordinaria laboral, el empleador queda autorizado legalmente para despedirlo, “sin necesidad de adelantar procedimientos previos o disciplinarios tendientes a probar su participación o intervención en el cese de actividades; además, porque la indicada norma así no lo estableció”, advirtiendo, si el trabajador no logra desvirtuar en el trámite que su participación en el cese de actividades no fue activa, no puede pretender que se declare que su despido fue injusto con fundamento en que previamente a tal determinación no se adelantó un procedimiento administrativo o disciplinario¹¹.

¹¹ “En los dos primeros cargos encauzados por la senda directa, el recurrente pretende que se determine jurídicamente que el Tribunal se equivocó, al concluir que conforme a lo preceptuado en el numeral 2º del artículo 450 del Código Sustantivo de Trabajo, subrogado por el artículo 65 de la Ley 50 de 1990, el empleador estaba facultado para despedir a quienes hubieran participado activamente en una suspensión colectiva de trabajo declarada ilegal, “sin necesidad de acudir a procedimiento diferente o previo.

Sostiene el recurrente que dicho texto normativo no puede implicar la inaplicación de los derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso, que exigen que antes del despido se proceda a escuchar al inculpado y éste pueda presentar pruebas o alegar, para luego sí, el empleador entrar a individualizar la responsabilidad de cada trabajador, máxime que el grado de participación sólo es posible verificarlo siguiendo el trámite del Decreto 2164 de 1959, garantizando con ello que no se produzca el despido de aquellos trabajadores que realizaron cesación pacífica determinada por circunstancias ajenas a su voluntad y creadas por las condiciones mismas del paro. Adicionalmente, la censura argumenta que la necesidad de adelantar un procedimiento previo en estos casos, igualmente se predica de lo estipulado en el convenio internacional del trabajo No. 158 (1982), que, si bien no está ratificado por Colombia, es una norma supletoria en los términos del artículo 19 del C. S. del T. que no resulta contraria al ordenamiento interno. (Subrayas marginales).

Aplicación del numeral 2º del artículo 450 del Código Sustantivo de Trabajo, subrogado por el artículo 65 de la Ley 50 de 1990.

El citado artículo 450 del C.S.T. numeral 2º reza: “Declarada la ilegalidad de una suspensión o paro de trabajo, el empleador queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieran intervenido o participado en él, y respecto a los trabajadores amparados por el fuero, el despido no requerirá calificación judicial.

Referente a este tema, la posición de la Sala expuesta entre otras en sentencia del 25 de enero de 2002, radicación 16661, reiterada en casación del 4 de abril de 2006 radicado 27640, esta última proferida en un proceso seguido contra la aquí demandada, ha sido la de que “con arreglo a lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 450 del CST, subrogado por el artículo 65 de la Ley 50 de 1990, una vez declarada la ilegalidad de una suspensión del trabajo o paro, el empleador queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido en él”. De modo que al estar demostrado que el trabajador sí participó activamente en el paro y que el cese fue declarado ilegal por el Ministerio del Trabajo (léase hoy, la jurisdicción ordinaria laboral), el empleador queda autorizado legalmente para despedirlo, “sin necesidad de adelantar procedimientos previos o disciplinarios tendientes a probar su participación o intervención en el cese de actividades; además, porque la indicada norma así no lo estableció.

En ese orden, el Alto Tribunal estableció las siguientes reglas: (i) *una vez declarada judicialmente la ilegalidad del cese de actividades, el empleador tiene la libertad de despedir a los trabajadores que participaron activamente en el*

Queda claro entonces que si el trabajador, como en este caso, adelanta un proceso con miras a demostrar que no intervino en una suspensión de actividades declarada ilegal, pero no logra acreditarlo, no puede pretender que se declare que su despido fue injusto con fundamento en que previamente a tal determinación no se le adelantó un procedimiento administrativo o disciplinario, pues sin lugar a dudas el varias veces citado artículo 450 del CST, faculta expresamente al empleador para despedirlo si considera que aquel participó en la suspensión de actividades declarada ilegal”.

De suerte que, cuando se establezca la participación activa de un trabajador en un cese ilegal de actividades, el empleador queda habilitado para despedir por esta causa, sin que la norma legal exija adelantar un procedimiento disciplinario previo. Es por esto, que el trámite ante el entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, resultaba de vital trascendencia a fin de establecer el grado de participación, en aras de que el empleador pudiera despedir a quienes considerara estuvieron involucrados, quienes a su vez pueden demandar judicialmente para demostrar lo contrario y obtener el correspondiente resarcimiento por el despido, de acreditarse que el mismo fue injusto. (Subrayas intencionales).

En lo referente a la actuación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social conforme al artículo 1° del Decreto Reglamentario 2164 de 1959 que reza: “Declarada la ilegalidad de un paro, el Ministerio del Trabajo intervendrá de inmediato con el objeto de evitar que el patrono correspondiente despida a aquellos trabajadores que hasta ese momento hayan hecho cesación pacífica del trabajo, pero determinada por las circunstancias ajenas a su voluntad y creadas por las condiciones mismas del paro. Es entendido, sin embargo, que el patrono quedará en libertad de despedir a todos los trabajadores que, una vez conocida la declaratoria de ilegalidad, persistieren en el paro por cualquier causa”, la Sala en sentencia del 24 de febrero de 2005 radicado 23832, señaló:

[...] Esta Sala de la Corte ha explicado, con reiteración, que la intervención del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social - hoy de la Protección Social - contemplada en el artículo 1° del Decreto Reglamentario 2164 de 1959, tiene como designio evitar el despido de aquellos trabajadores que se hayan limitado a suspender labores llevados por las circunstancias del cese de actividades, pero no por el deseo de intervenir en él, siempre que no hayan perseverado en la parálisis del trabajo una vez producida la declaratoria de ilegalidad, sin que ello haga inane la facultad que el artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo confiere al empleador de despedir a los empleados que hubieren tenido una participación activa en el cese de actividades. En sentencia de 14 de julio de 2004, Rad. 21824, la Sala adoctrino:

Pero si lo que en realidad pretende el recurrente es la destrucción de la decisión del Tribunal por cuanto las normas aducidas sobre el cese ilegal de actividades y las consecuencias en ellas dispuestas, fueron objeto de una errada hermenéutica; como él mismo lo admite al comienzo de su argumentación, lo que primero ocurre es la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades por parte de la autoridad administrativa (hoy judicial), con la que “el empleador queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en él” (numeral 2° del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo).

Y en consecuencia de lo anterior, siendo el querer del legislador que esa libertad de despedir no se aplique de manera indiscriminada a todos los trabajadores, de tal forma que se vean afectados quienes por condiciones ajenas a su voluntad se vieron involucrados en el cese de actividades del trabajo, preservando esa situación del trabajador, dispuso en el artículo 1° del Decreto Reglamentario 2164 de 1969 lo siguiente:

Declarada la ilegalidad de un paro, el Ministerio del Trabajo intervendrá de inmediato con el objeto de evitar que el patrono correspondiente despida a aquellos trabajadores que hasta ese momento hayan hecho cesación pacífica del trabajo, pero determinada por las circunstancias ajenas a su voluntad y creadas por las condiciones mismas del paro. Es entendido, sin embargo, que el patrono quedará en libertad para despedir a todos los trabajadores que, una vez conocida la declaratoria de ilegalidad, persistieren en el paro por cualquier cosa”. (El subrayado está por fuera de texto).

Como se observa de la anterior transcripción, la intervención del Ministerio para evitar el despido de trabajadores, tiene como fin impedir que el empleador de manera indiscriminada, despida en las mismas condiciones de quienes participaron activamente o persistieron en el paro una vez declarada su ilegalidad, a trabajadores cuya participación en el cese de actividades se dio por condiciones ajenas a su voluntad.”

paro. Ello supone, al menos, un convencimiento sumario acerca de los hechos constitutivos de esa «participación activa», más no la obligación de realizar un procedimiento administrativo previo ante la autoridad del trabajo; y (ii) la intervención del Ministerio del Trabajo, otrora de la Protección Social, tiene como objetivo evitar que el empleador despidiera a aquellos trabajadores que hicieron «cesación pacífica del trabajo» determinada por circunstancias ajenas a su voluntad, creadas por las condiciones mismas del paro; pero sin que ello haga inane la facultad que el artículo 450 numeral 2 del CST le confiere al empleador de despedir a los empleados que hubieren tenido una participación activa en el cese de actividades.¹²

En consonancia con lo anterior, en el sub examine, se alega la participación activa del trabajador en el cese de actividades de los días 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29 de julio de 2014, que como ya se anotó fue declarado ilegal por la justicia ordinaria, hecho que desde ya advierte la Sala se encuentra acreditado en el plenario, como pasa a explicarse:

La demandada aportó copias del listado de trabajadores que participaron en las “*asambleas informativas con cese de actividades en la zona de columbia y zona Cucunubá entre los días 16 y 29 de julio de 2014*” (folios 318 a 343), las cuales se encuentran suscritas, entre otros, por MANUEL GUERRERO (véase folios 314, 321, 322 a 330, 332). Al indagársele al demandante en el interrogatorio de parte que absolvió¹³ si participó en el cese de actividades que fuera declarado ilegal y si suscribió las planillas antes mencionadas, este respondió asertivamente a ambas y explicó que estas las hacía firmar el sindicato a la entrada al trabajo y donde el sindicato hacía la reunión.

Además de lo anterior, el testigo EDGAR ANTONIO LÓPEZ MORENO¹⁴, trabajador social de la compañía, aseguró que le consta que el trabajador participó en el paro de 2014 porque lo vio a través de videos donde estaban bloqueando la empresa.

¹² Corte Suprema de Justicia SL558 de 2020.

¹³ Cd folio 454, 34:14, acta folio 455 y 456.

¹⁴ Cd folio 454, 43:47, acta folio 455 y 456.

Por su parte, HOLMAN RICARDO LEON MARTINEZ¹⁵, director de operaciones de la demandada, indicó que conoció de la participación activa del trabajador en el cese de actividades por cuanto el deponente era el encargado de negociar con estas personas. Asegura haber visto al demandante parado al frente de la portería y la tolva por donde ingresan a la mina con todo el grupo, e incluso lo vio igualmente en los videos que hizo el jefe de seguridad. También comentó que todos los trabajadores suscribieron listas de asistencias y participación. Refirió que en este tipo de compañías, para paralizar la operación basta con obstaculizar o impedir la entrada a la mina, y eso fue lo que hicieron.

Así las cosas, en consonancia con la prueba analizada, a juicio de esta Sala los hechos atribuidos al demandante como causal de terminación del contrato de trabajo se encuentran acreditados, pues lo que acaeció en el sub lite, de participar en un cese de actividades que fuera declarado ilegal por la jurisdicción ordinaria, permitió al empleador hacer uso de la facultad prevista en el artículo 450 del C.S.T ya citado, sin necesidad de agotar un procedimiento previo al despido, pues quedó claro que el actor el promovió, dirigió, orientó el cese de actividades declarado ilegal, situación que además, constituye una violación grave a las prohibiciones del trabajador, especialmente la contenida en el numeral 5 del artículo 60 del C.S.T, esto es, *“disminuir intencionalmente el ritmo de ejecución del trabajo, suspender labores, promover suspensiones intempestivas del trabajo o excitar a su declaración o mantenimiento, sea que participe o no en ellas”* lo que a su vez, se enmarca dentro de la justa causa a la que alude el numeral 6 del artículo 62 del C.S.T.¹⁶, como lo refirió la encartada en la carta de despido (folio 184), gravedad de la falta que se erige no solo en la participación en un cese de actividades calificado como ilegal por las autoridades judiciales de esta jurisdicción, sino también por cuanto el mismo conllevó a la cesación de la prestación personal del servicio por parte del trabajador -que constituye uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo-, impidió la ejecución de las actividades de otros trabajadores y paralizó las actividades de la empresa en perjuicio de esta. En suma, las razones expuestas permiten concluir que el despido del que fue objeto el demandante se dio por una justa causa.

¹⁵ Cd folio 454, 01:02:05, acta folio 455 y 456

¹⁶ *“Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos (...)”*

Corolario de lo anterior, la protección de la referida Ley 361 de 1997, esto es, la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud del extrabajador, estaría desvanecida por cuanto la demandada logró acreditar que el fenecimiento de la relación laboral obedeció a la configuración de una causal objetiva (numeral 2 del artículo 450 del C.S.T en armonía con el numeral 6 del artículo 62 del C.S.T.), fundada en la participación activa del actor en el cese de actividades que fuera declarado ilegal por el Tribunal Superior de Cundinamarca y confirmada por la Corte Suprema de Justicia, que conllevó a la violación grave de una prohibición del trabajador.

De lo que sigue que no puede concluirse que el fenecimiento de la relación laboral corresponde a un acto discriminatorio por su estado de salud, razón por la cual se revocará la decisión de primer grado en cuanto dispuso el reintegro del trabajador y el pago de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentes, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia en sus numerales PRIMERO, SEGUNDO, CUARTO Y QUINTO, para en su lugar declarar probadas las excepciones de improcedencia del reintegro, terminación del contrato en ejercicio de una facultad legítima, improcedencia de solicitar autorización para el despido y eficacia de la terminación laboral propuestas por la demandada, y absolver a la compañía llamada a juicio de las pretensiones incoadas en su contra.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera se revocan y se imponen a cargo del demandante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales PRIMERO, SEGUNDO, CUARTO y QUINTO de la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito de

Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En su lugar, se **DECLARAN PROBADAS** las excepciones de improcedencia del reintegro, terminación del contrato en ejercicio de una facultad legítima, improcedencia de solicitar autorización para el despido y eficacia de la terminación laboral propuestas por la demandada, y se **ABSUELVE** a la sociedad COLUMBIA COAL COMPANY S.A. de las pretensiones incoadas en su contra por MANUEL GUERRERO HERNÁNDEZ.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera correrán a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Rafael Moreno Vargas

RAFAEL MORENO VARGAS

Diego Fernando Guerrero Osejo

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA LUCÍA
CONDE MARTÍNEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (RAD. 02 2018 00438 01).**

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada JACQUELINNE RODRÍGUEZ ROJAS, como apoderada de la demandada PORVENIR, en los términos y para los efectos conferidos como representante legal judicial de esa sociedad, según consta en el certificado de existencia y representación legal (folio 155).

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de

febrero de 2020 (Cd a folio 133, récord: 01:10:37, acta a folios 134 a 136), en la que se resolvió:

“DECLARAR la nulidad de afiliación y traslado de la demandante MARTHA LUCIA CONDE MARTÍNEZ, identificada con cédula de ciudadanía 35.469.758, del Régimen de Ahorro Individual, realizada el 1 de julio del 99, a PORVENIR S.A., conforme lo dicho en la parte motiva de la presente audiencia que se da en oralidad.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante MARTHA LUCIA CONDE MARTÍNEZ, identificada con cédula de ciudadanía 35.469.758, y que hubiere recibido producto de la afiliación de la demandante a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubiesen causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, sin haya lugar a que dicha suma se realicen descuentos con ocasión a los gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES representada legalmente por su presidente o quien haga sus veces, a recibir los aportes de la accionante MARTHA LUCIA CONDE MARTÍNEZ, identificada con cédula de ciudadanía 35.469.758, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por esa entidad, proceda a corregir y actualizar su historia laboral y tener entre sus afiliados a la demandante como si nunca se hubiese trasladado en virtud del regreso automático.

CUARTO: dadas las resultas del juicio no se DECLARAN probadas las excepciones propuestas por las convocadas a juicio.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV.

SEXTO: si no fuere apelado **CONSÚLTESE** con el superior.”

Inconforme con la decisión, los apoderados de la demandada interpusieron recurso de apelación. Inicialmente la apoderada de PORVENIR, solicita la revocatoria integral de la sentencia, argumentando que dio cumplimiento al deber legal de información, en tanto ilustró de manera clara, precisa, expresa, oportuna, veraz y suficiente a la afiliada. Resalta, las aseveraciones de la demandante en su interrogatorio dan cuenta que si recibió información que concluyó con la suscripción del formulario de afiliación al fondo, recordando únicamente lo que le interesa.

De otro lado, indica, no es posible dar efectos retroactivos al deber de doble asesoría y buen consejo, sin que fuera posible exigir en ese momento histórico la realización de una proyección pensional, la que en todo caso hubiera sido desacertada dadas las variaciones presentadas en los ingresos de cotización de la

actora. Refiere, el hecho de que no se cumplan las expectativas en el régimen, no significa *per se* la ausencia de información.

Finalmente, con relación a los gastos de administración, advierte ambos regímenes prevén el cobro de dicho concepto, que corresponden precisamente a la retribución por la gestión de la cuenta de ahorro individual, con el fin de que produzca rendimientos. De reiterarse tal condena, dice, deben devolverse los rendimientos que se encuentran acreditados en la cuenta de ahorro individual¹ (Cd a folio 133, récord: 01:12:39, acta a folios 134 a 136).

¹ “Gracias Señora Juez, frente a la decisión que se acaba de proferir interpongo el recurso de apelación, para que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial, la revoque íntegramente y paso a sustentarla de la siguiente manera:

Respecto a la falta del deber de información que se le indilga a mi representada debe tenerse en cuenta, como bien lo dice la Juez a quo que hay una información para el momento histórico del traslado y es efectivamente que para ese momento histórico del traslado, estaba vigente la Ley 100 de 1993, donde el deber de información va hasta la Ley 1328 de 2009, incumplimiento de ese deber legal la administradora que represento dio información clara y precisa, expresa, oportuna, veraz y suficiente a la afiliada, donde efectivamente la afiliada manifiesta en su interrogatorio, ella no niega que no se le dio información, ella lo que está diciendo es que no recuerda si efectivamente no lo niega queda abierta posibilidad de que efectivamente si la administradora que represento dio una información tendiente y que concluyó fue con la suscripción del formulario de afiliación al Fondo, lo cual, quiere decir según su interrogatorio manifestó que ella solo le prestó atención a lo que le interesaba.

En ese orden de ideas, efectivamente no está negando que no se le dio información simplemente ella dice, no recuerdo nada, solamente lo que me interesa. En ese orden de ideas, la administradora efectivamente si dio una información que concluyó con la afiliación del formulario.

Estos asuntos de nulidades han tenido un desarrollo en cuanto a la asesoría y buen consejo y la doble asesoría, estas etapas efectivamente para la administradora que represento pues no se le pueden dar retroactividad al momento histórico del traslado porque como efectivamente lo digo la administradora si cumplió con este deber de información.

Que no se le hicieron proyecciones de la mesada pensional, ha de tenerse en cuenta, que el hacer una proyección de una mesada pensional en ese momento histórico del traslado, es una proyección desacertada si tenemos en cuenta el histórico de afiliaciones de la accionante, donde podemos encontrar que ella tiene unos altibajos en sus cotizaciones de \$800.000, si miramos el año 2003, salta en el mes de marzo a abril a \$1.700.000, y vuelve en el mes de enero de 2004 a \$896.000, es un ejemplo, de que efectivamente hacer una proyección en ese momento histórico no era una proyección acertada.

Que no se cumplan las expectativas pues efectivamente el RAIS, es un régimen de capitalización y el hecho de que una expectativa no se cumpla, no quiere decir que el afiliado, la administradora, no haya dado una información clara, oportuna y suficiente que concluyó fue efectivamente con un formulario de suscripción que de manera libre y voluntaria ella firmó.

En ese orden de ideas, igualmente, de manera expresa solicito a los Señores Magistrados de la Sala Laboral, que tengan en cuenta la condena respecto de los gastos de administración, ha de tenerse en cuenta que según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, tanto en el RAIS, como en el RPM, se cobran unos gastos de administración, en el RPM, el 3% del IBC se destina a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivencia, y en el RAIS, el mismo 3% se destina a financiar los gastos de administración, la prima de seguros, el FOGAFIN, etc., lo que dice el artículo, lo cual, quiere decir que el hecho de que se le obligue a la administradora o que se le confirme trasladar los gastos de administración, pues efectivamente estos gastos de administración son gastos que se cobran por la gestión para que en la cuenta de ahorro individual se incremente con unos rendimientos.

Y si lo que se pretende es que las cosas vuelvan a su estado natural, como si nunca hubiese habido una afiliación pues en ese orden de ideas, solicitamos respetuosamente que si se confirma el pago de los gastos de

A su turno, COLPENSIONES refirió que el deber de información debió valorarse conforme la normatividad vigente al momento de la suscripción del formulario o la materialización del traslado. Ello por cuanto el traslado se realizó en el año 1999, y para ese año y hasta el 2016, lo único que se exigía era el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para acreditar la aceptación del afiliado, razón por la cual, a su juicio, imponer cargas adicionales a las previstas en la ley vigente a la data de traslado, es un imposible. Dice además, los afiliados también tienen obligaciones dentro del sistema, para lo cual se remite al artículo 4 del Decreto 2241 de 2010.

Por otra parte, con relación a la carga de la prueba, indica que le corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que alega, no siendo posible su inversión, en este caso, en cabeza de la AFP, eximiendo a la demandante de aportar soportes con los que se acredite la existencia de algún vicio, fuerza o dolo al momento de su afiliación.

En todo caso, arguye, no es dable que las fallas de un tercero deba asumirlas Colpensiones como entidad que tiene la carga pensional de todos los afiliados a prima media² (Cd a folio 133, récord: 01:17:15, acta a folios 134 a 136).

administración, pues que efectivamente se haga una devolución por parte de la afiliada de los rendimientos que se encuentran acreditados en su cuenta de ahorra individual.

En ese orden de ideas solicito respetuosamente a los Señores Magistrados, revocar íntegramente la sentencia. Muchas gracias.”

² “Si su señoría, me permito presentar recurso de apelación, en los siguientes términos:

Esta Juzgadora realizó un recuento normativo frente a las normas aplicables en materia pensional, frente a la asesoría del afiliado, por lo anterior, del análisis de la información suministrada por la AFP y por el alcance de las asesorías que se debieron brindar al momento de la afiliación, debieron ser valoradas bajo la normatividad vigente al momento de la suscripción del formulario o de la materialización del traslado.

Teniendo como cierto que el traslado de régimen se realizó en el año 1999 y solo hasta el año 2016 los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las Leyes que surgieron desde el año 94 a 2016, no se exigía nada diferente al documento de afiliación.

Así que imponer cargas adicionales a las previstas en las Leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible, es así, que en el Decreto 2241 del 2010, señalo en su artículo 4 los deberes de los afiliados, en el que señaló:

- “1. Informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones.*
- 2. Aprovechar los mecanismos de divulgación de información y de capacitación para conocer el funcionamiento del Sistema General de Pensiones.*
- 3. Emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones, como son entre otras, la afiliación, el traslado de administradora o de régimen, la selección de modalidad de pensión, esta decisión por parte del consumidor financiero deberá contener la manifestación expresa de haber recibido la capacitación e información requerida para entender las consecuencias de la misma.*

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora MARTHA LUCÍA CONDE MARTINEZ, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 14 y 15, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folio 1 a 3, aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado realizado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. En consecuencia, sea retornada a COLPENSIONES como administradora del RPM, y se disponga a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la nulidad del traslado realizado al RAIS por la demandante, tras considerar que la AFP PORVENIR, no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que la voluntad de la actora estuvo viciada por falta de ilustración.**

4. Leer y revisar los términos y condiciones de los formatos de afiliación, así como diligenciar y firmar los mismos y cualquier otro documento que se requiera dentro del Sistema General de Pensiones". Ahora bien, respecto de la carga de la prueba conforme al artículo 167 del CGP, corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo a las particularidades del caso, el Juez, puede invertir la carga de la prueba exigiendo por probar determinado hecho a la parte que se encuentra en situación más favorable para aportar las evidencias.

Por ende, y en el caso en concreto no se entendió la situación particular del presente asunto pues se invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo y exime a la demandante a aportar soporte alguno que demuestre la existencia de algún vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, pues tal y como se demostró en el interrogatorio de parte la demandante señaló afiliarse de manera voluntaria, señaló que no se acercó a la AFP privada para preguntar lo relacionado con sus extractos, tampoco se acercó al ISS, para informarse si era verdad que se iba a liquidar.

No se acordaba realmente qué le informaron en dicha afiliación pues incluso manifestó afiliarse en el año 1994, cuando ello sucedió en el año 1999, es decir, que solo presenta demanda cuando ve que su cuantía en la mesada pensional no es lo que quisiera mas no porque en efecto se le haya hecho incurrir en un vicio de fuerza y dolo.

En conclusión con lo manifestado hasta ahora, la carga dinámica de la prueba no puede verse de forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado, concluyendo así, que no es dable que las fallas de un tercero debe asumirla Colpensiones quien es la entidad quien tiene la carga pensional de todos los afiliados del régimen pensional.

Por lo que solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, se nieguen las pretensiones de la demanda acogiéndome para tal efecto a las anteriormente razones alegadas por la defensa. Muchas gracias."

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 20 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 20 de noviembre de 1960, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 8 de junio de 2018 (folio 21 a 25) y a PORVENIR por petición de esa misma fecha (folios 28 y 29), es decir, cuando contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 57 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 425.43 semanas de cotización (folio 81 vto. y 101), equivalentes a 8.15 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 19 de mayo de 1999 (folio 32, 74, 72 y 79) específicamente, conforme la información consignada en el formulario

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “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”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

de afiliación, lo reportado en el SIAFP expedido por ASOFONDOS y la historia para liquidación de bono pensional.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia, las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro, y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata

de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

*“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
“(...).*

“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.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

***“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.
(…)***

“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión (...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues frente a este solo adujo que en una reunión colectiva el asesor de PORVENIR le informó que podrían pensionarse en cualquier momento y en un monto muy alto; además que el ISS se iba a acabar.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 32, 74), plasmado en el

⁵ Cd fl. 133, record 14:30.

formulario de afiliación a PORVENIR, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (19 de mayo de 1999, folio 32), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó la *a quo*, de tal manera se prohiará la decisión de primer grado en este punto.

De igual forma, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo

que conlleva que retornar al régimen de prima medica con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Asimismo, es menester precisar, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁶ (fl. 97), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión de primer grado en su numeral primero para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL 12136 de 2014, confirmando en lo demás de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

⁶ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto 6 de noviembre de 2019 (fol. 118)

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito de Bogotá en numeral PRIMERO para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL 12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

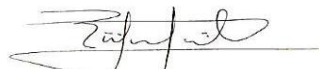
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS

(ACLARA VOTO)



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

(ACLARA VOTO)

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS ALEJANDRO GOMEZ CASTILLO CONTRA COLPENSIONES y la AFP PORVENIR (RAD. 04 2019 00145 01).

Bogotá D.C. seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante y Colpensiones, guardando silencio la AFP Porvenir, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR, así como también el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Cuarta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de febrero de 2020 (Cd a folio 142, record: 30:46, acta a folios 143 a 145), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la afiliación que hiciera el demandante ***LUIS ALEJANDRO GOMEZ CASTILLO***, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que en su caso administra ***PORVENIR S.A.***, para tenerlo como válidamente afiliado a la ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES***.

SEGUNDO: CONDENAR a ***PORVENIR***, a trasladar a ***COLPENSIONES*** el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, con todos sus frutos, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a ***COLPENSIONES*** a aceptar el traslado del demandante al Régimen de Prima Media.

CUARTO: COSTAS a cargo de ***PORVENIR***, se fija como agencias en derecho la suma de 1 Salario Mínimo.

QUINTO: ENVÍESE al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, en Grado Jurisdiccional de Consulta de la presente decisión.”

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas recurrieron la decisión, inicialmente la apoderada de COLPENSIONES aduciendo que el demandante se encuentra incurso en la prohibición del traslado del artículo 2 de la Ley 797 y que además se deben tener en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera, así mismo señaló que el actor no tuvo un acercamiento ni siquiera por parte del asesor del Fondo Privado, por lo que en estos casos no habría lugar al traslado de la nulidad o ineficacia de la afiliación.¹ (Cd. fl. 142, record: 31:38)

La AFP PORVENIR por su parte apela la decisión, manifestando no compartir el hecho que se haga una aplicación directa y tajante de la línea jurisprudencial, cuando no se trata de los mismos aspectos facticos en tanto la Sala Laboral en todas las sentencias que ha emitido ha sido respecto de personas que tienen o son beneficiarias de un régimen de transición y tienen constituidos unos derechos incluso ya adquiridos, precisando en el presente asunto el demandante no es beneficiario de un régimen de transición y en ese ordena asegura no puede hacerse un traslado de la carga dinámica de la prueba de manera automática, asegurando su representado cumplió y avaló con lo que en el momento la Ley exigía y era acreditar y allegar al despacho el formulario de vinculación, que era lo único que en su momento se exigía de manera documental para acreditar el traslado de régimen.

Por otro lado, expresa que resulta claramente ilegal, condenar a una devolución de gastos de administración, cuando la misma Ley 100 de 1993, facultó la existencia de dos regímenes pensionales, y dentro de ellos el RAIS, donde en su artículo 20, decretó el cobro de unos gastos de administración que se prevén para cubrir la prima de seguros frente a las contingencias de invalidez y muerte en las que estuvo todo este tiempo cobijado o cubierto el demandante, el fondo de solidaridad y la generación también de unos rendimientos financieros que solamente se vio beneficiado por pertenecer al RAIS, por ende indica generar la

¹ “Gracias Señora Juez. De manera respetuosa me permito interponer el recurso de apelación contra la decisión que se acaba de proferir, solicitándole de manera respetuosa también a los Señores Magistrados del Tribunal se acojan entre otros los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión como es la prohibición del traslado del artículo 2 de la Ley 797, el principio de la relatividad de los negocios jurídicos, el principio de la sostenibilidad financiera, y en especial el que en el caso concreto, como lo manifestó también la señora Juez, esta parte entendió que el Señor demandante, no tuvo un acercamiento ni siquiera por parte del asesor del Fondo Privado, por lo que en estos casos no habría lugar al traslado de la nulidad o ineficacia de la afiliación. Por lo que solicito de manera respetuosa se revoque la decisión de instancia. Muchas gracias.”

devolución de tales gastos, claramente perjudica a su representada y genera un enriquecimiento sin justa causa al respecto. (Cd. fl. 142, record: 32:38²)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

² “Su señoría, de manera respetuosa me permito interponer el recurso de apelación, en contra de la decisión emitida por el despacho, teniendo en cuenta, los siguientes aspectos:

Al momento de adoptar la decisión la falladora de instancia, tiene en cuenta, pues la línea jurisprudencial que ha trazado la Sala Laboral de la CSJ, como parámetro principal para adoptar la decisión.

Y en ese sentido, pues este apoderado no comparte que se haga una aplicación directa y tajante de la línea jurisprudencial, porque, pues si bien se tiene en cuenta, que es la misma pretensión que se ha analizado referente a casos de nulidad e ineficacia del traslado, no es loable aplicar una línea cuando no se trata de los mismos aspectos facticos y dentro de la línea jurisprudencial que ha trazado la Sala Laboral, todas las sentencias que se han emitido ha sido desde un aspecto factico con personas que tienen o son beneficiarias de un régimen de transición, tienen constituidos unos derechos incluso ya adquiridos frente a su situación pensional o ostentan (Sic) pues unas expectativas legítimas.

Teniendo en cuenta esto, y bajo pues también aclaraciones de voto que Magistrados como Rigoberto Echeverry ha hecho al leer dentro pues de este tipo de sentencias, encaja pues de que no deja de lado que cada caso se analiza de una manera particular y como es referente pues él mismo viendo que el demandante no es beneficiario de un régimen de transición si vale la pena realizar o pues haberse mirado el caso desde un aspecto particular, en el cual, no pueda hacerse un traslado de la carga dinámica de la prueba de manera automática, frente a este referente jurisprudencial.

Teniendo en cuenta, que pues para la dicha época no podía considerarse un perjuicio o que el demandante se le haya generado una afectación a realizar el traslado de régimen, es más, frente al contexto en el que, él mismo menciona en su interrogatorio de parte, referente a la crisis que estaba sufriendo el Seguro Social, podría considerarse incluso una situación pues objetiva a realizar un traslado de régimen hacia Porvenir y frente a que su inconformidad es actualmente el monto de su mesada pensional, es una situación que no generaba afectación al momento del traslado de régimen, pues para el momento de constituir el monto de su mesada pensional, esto se iba a configurar por aspectos que con el lapso del tiempo se fueron construyendo como el IBC, y aspectos adicionales que son propios del RAIS, diferentes al RPM.

En ese sentido y frente a esa carga de la prueba, considera este apoderado que mi representada cumplió y la avaló pues con lo que en el momento la Ley exigía y era acreditar y allegar al despacho el formulario de vinculación que ningún momento pues tacho de falso la parte demandante, y que era lo único pues que en su momento se exigía de manera documental para acreditar el traslado de régimen, más aun, cuando las mismas administradoras de pensiones, no están pues permitido el hecho de negar una afiliación por parte de algún ciudadano o posible afiliado, tanto del RAIS como el mismo RPM, conforme lo previó la Ley 100 de 1993.

Por otro lado, me permito también pues manifestar que resulta pues claramente ilegal, condenar a mi representada a hacer una devolución de gastos de administración, más aun, cuando fue un aspecto que no fue centrado en la fijación del litigio y cuando pues la misma Ley 100 de 1993, facultó la existencia de dos regímenes pensionales, y dentro de ellos el RAIS, en su artículo 20, decretar pues el cobro de unos gastos de administración que se prevén para cubrir la prima de seguros frente a las contingencias de invalidez y muerte que estuvo todo este tiempo cobijado o cubierto el demandante, el fondo de solidaridad y la generación también de unos rendimientos financieros que solamente se vio beneficiado por pertenecer al RAIS.

Por ende, generar pues la devolución de tales gastos, claramente perjudica a mi representada y genera un enriquecimiento sin justa causa al respecto.

Por lo anterior, solicito a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, revocar en su integridad la decisión emitida por el despacho y en su lugar absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda. Gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor LUIS ALEJANDRO GOMEZ CASTILLO, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 6 y 7, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 3 a 6, aspirando de manera principal se declare nula e ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual, como también que se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación pensional y en consecuencia se condene a Porvenir a trasladar a Colpensiones todo el capital de su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a lo que hubiera lugar, así mismo ordenar a Colpensiones a activar la afiliación y a recibir la totalidad de los aportes, derechos ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones,** por cuanto se declaró la nulidad del traslado realizado al RAIS, tras considerar que la AFP PORVENIR no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación del actor suministró la información suficiente y completa de la decisión que estaba tomando.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 15 milita copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 6 de enero de 1959, por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar la nulidad de su traslado mediante peticiones elevadas ante las

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “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”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

demandadas, lo días 23 y 30 de octubre del 2018 (fls. 33 y 34), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con tan solo 640,43 semanas de cotización (fl. 113 vto) equivalentes a 12 años, 5 meses y 13 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como lo afirma Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad el 18 de marzo de 1999 (fl. 21), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dieron la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del demandante a la AFP demandada PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…)”

“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el promotor del litigio recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al señor LUIS ALEJANDRO GOMEZ CASTILLO en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional. Destacando, que las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el actor⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto únicamente refirió no haber recibido ningún tipo de asesoría por parte de la AFP, pues lo único que hizo fue firmar el formulario que ya se encontraba diligenciado.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 21), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esta AFP demandada.

De igual forma, y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES y PORVENIR, relacionadas con la sostenibilidad del sistema y la devolución de los gastos de administración, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima medica con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Además, es menester precisar, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es

⁵ Cd fl. 142, record: 4:45

procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del accionante a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (18 de marzo de 1999 fl. 21), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 del 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, modificándose en este punto la decisión de primer grado.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones y respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta (fl. 61⁶), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las

⁶ Por auto del 29 de agosto del 2019 se tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones (fl. 89)

motivaciones que preceden, se modificará la decisión en los términos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por la Juez 4° Laboral del Circuito de Bogotá en su numeral **PRIMERO** para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino únicamente en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL 12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Rafael Moreno Vargas

RAFAEL MORENO VARGAS
Aclara Voto

Diego Fernando Guerrero Osejo

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Aclara Voto

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARÍA CONSUELO ALVAREZ ÁLVAREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (RAD. 07 2018 00478 01).

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de por las partes, con excepción de COLFONDOS y PORVENIR, quienes guardaron silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de diciembre de 2019 (Cd a folio 396, record: 01:02:44, acta a folios 393 a 395), únicamente respecto del proceso con radicación 07 2018 00478 01 promovido por MARIA CONSUELO ALVAREZ ALVAREZ¹, en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el Señor demandante, EDUARDO FLORENCIO GÁLVEZ ARGOTE, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 6 de mayo de 2003, tramitado por la AFP SANTANDER, hoy PROTECCIÓN, y consecuentemente a las posteriores afiliaciones que hizo el demandante a los Fondos privados, SKANDIA, el 22 de julio del 2005, PROTECCIÓN, del 4 de mayo de 2006, ESCANDIA, hoy OLD MUTUAL

¹ Aclaración que se realiza debido que el Juez 7° Laboral acumuló en la decisión varios procesos.

PENSIONES Y CESANTÍAS, el 30 de marzo del 2007, y PORVENIR, el 22 de enero del 2008, contenido en el formulario 12514192.

De la Señora demandante, BLANCA NELLY SIERRA MORERO, con el Fondo PORVENIR, el 17 de marzo de 1999, contenido en el formulario 01159983, y consecuentemente, la posterior afiliación que realizó a SKANDIA, hoy OLD MUTUAL, el 22 de agosto de 2006, con el formulario 352867, SANTANDER, hoy PROTECCIÓN, de fecha 31 de mayo de 2007, con el formulario 7728266, a OLD MUTUAL, el 30 de mayo de 2008, a ING el 31 de mayo de 2012, con el formulario 9287593, y finalmente a OLD MUTUAL, el 3 de octubre del 2014.

De la Señora ANA MARÍA VARGAS WILLS, con el Fondo PORVENIR, el 30 de diciembre de 1998, contenido en el formulario 01123574, y consecuentemente, las posteriores afiliaciones que hizo a PROTECCIÓN S.A., el 18 de febrero de 2002, contenido en el formulario 6192092, a SKANDIA, el 1 de marzo de 2005, contenido en el formulario 72349.

De la Señora MARÍA CONSUELO ÁLVAREZ ÁLVAREZ, con el Fondo COLMENA, el 31 de julio de 1995, contenido en el formulario 01010148043, y consecuentemente, las posteriores afiliaciones que hizo la demandante a HORIZONTE, hoy PORVENIR, de fecha 20 de julio de 2000, contenida en el formulario 1001053, y SKANDIA, hoy OLD MUTUAL, del 14 de octubre de 2011, contenida en el formulario 569666.

SEGUNDO: se le **ORDENA** a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que son titulares las demandantes, BLANCA NELLY SIERRA MORERO, ANA MARÍA VARGAS WILLS y MARÍA CONSUELO ÁLVAREZ ÁLVAREZ, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES.

Se **ORDENA** igualmente a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el demandante EDUARDO FLORENCIO GÁLVEZ ARGOTE, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: se **ORDENA** a COLPENSIONES, a recibir como sus afiliados sin solución de continuidad desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media a través de COLPENSIONES, o a través del ISS, o CAJANAL a los demandantes.

CUARTO: se **DECLARA** no probadas las excepciones propuestas por los Fondos demandados en sus contestaciones.

QUINTO: las **CONDENAS** en **COSTAS** son a favor de los demandantes, y a cargo de los Fondos demandados. Las agencias en derecho se tasan en 2 SMLMV, al momento del pago y a favor de cada uno de los demandantes.

QUINTO (Sic): **ORDÉNESE** la Consulta de esta sentencia ante el superior a favor de COLPENSIONES, como entidad garantizada por la NACIÓN, y a fin se revise la legalidad de lo decidido.”

Inconforme con la decisión, las apoderadas de PORVENIR y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación. Inicialmente la representante judicial de Colpensiones solicitó la revocatoria de la providencia pues, considera, el traslado

realizado por la demandante el 31 de julio de 1995 fue libre y voluntario, por lo tanto, tiene plena validez. Al respecto, señala, las obligaciones son recíprocas entre las partes, por lo que le correspondía a la demandante leer el formulario de afiliación y mostrar interés por indagar respecto a sus temas pensionales, máxime cuando hubo varios traslados dentro del régimen y pese a las oportunidades, nunca regresó al ISS.

Por otra parte, aduce, la actora no está amparada por el régimen de transición, y su traslado al RPM no es posible realizarlo en cualquier tiempo, solo podía hacerse cuando le faltare menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad, pero la demandante ya se encuentra incurso en la prohibición legal; también refiere que al momento del traslado al RAIS, sólo contaba con una mera expectativa, pues para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no cumplía con el requisito de 15 años de servicios, situación que le impide retornar al RPM en cualquier tiempo.

De otro lado, indica, no se presentan vicios en el consentimiento como el error, la fuerza y el dolo, en tanto estos no fueron acreditados por la convocante quien tenía la carga de demostrarlos; asimismo, aunque no se aportó prueba escrita de la asesoría proporcionada, lo cierto es, según lo adujo la demandante, ésta se suministró de manera verbal.

Apunta, las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando entre los particulares se suscriben diferentes negocios jurídicos en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes preste su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionan alguna clase de perjuicios, y menos, para dejar constancia de haber recibido información que no le fue suministrada.

Menciona, considerando el tiempo transcurrido, la demandante no recuerda los temas respecto de los cuales se le asesoró en su momento, y sólo hasta cuando quería definir su derecho pensional y determinar si el monto le era o no favorable, alude a la falta de información. En todo caso, advierte, en cualquiera de los regímenes la pensión se define al cumplir los requisitos y no al realizar la afiliación.

Pide se tenga en cuenta la sostenibilidad financiera en tanto la demandante no aportó ni apoyó la parte financiera, ni se generaron gastos de administración y eso causa un detrimento patrimonial en caso de que se permita el retorno de la demandante al RPM.

Finalmente, pide se le absuelva de las costas procesales, pues los recursos de la entidad no pueden ser empleados para fines diferentes a la prestación del servicio público de la seguridad social² (Cd a folio 396, récord: 01:14:22, acta a folios 393 a 395).

² “Gracias Señor Juez. Estando dentro del término me permito presentar recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, respecto de los procesos 2018-423 de Ana María Vargas Wil, y 2018-478 de María Consuelo Álvarez.

Solicito se tenga en cuenta, se absuelva a mi representada de cada uno de los ítems mencionados anteriormente, y se tenga en cuenta que los traslados realizados por la Señora Vargas Wil, en el año de 1998 y por María Consuelo Álvarez, el 31 de julio de 1995, lo realizó de manera libre y voluntaria, por lo cual, se tendría plena validez.

Se tenga en cuenta, que si bien es cierto, se tienen obligaciones por parte de los demandados, también tienen deberes por parte de los demandantes, y esto es, leer el formulario de afiliación y mostrar interés de indagar respecto a sus temas pensionales. Se tenga en cuenta que la Señora Vargas Wil, se trasladó en varios fondos privados, en un principio en la AFP Porvenir y terminó en la AFP Old Mutual, la Señora María Consuelo Álvarez, estuvo en principio en la AFP Protección, posteriormente estuvo en la AFP Old Mutual y se trasladaron en diferentes Fondos privados, teniendo la oportunidad de volver al ISS, pero no lo realizaron en ningún momento.

Igualmente señor Juez, solicito se tenga en cuenta, que las demandantes no están pues amparadas por el régimen de transición, pues al momento de trasladarse lo perdieron y por tanto, no pueden regresar al RPM, en cualquier tiempo, esto lo debieron hacer cuando les faltare menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad, para adquirir su derecho de pensión, pero como lo podemos ver la Señora Vargas Wil, elevó su solicitud a Colpensiones, en el año 2018, esto es cuando tenía 55 años de edad, por lo cual, ya se encontraba dentro de la prohibición legal, e igualmente la Señora María Consuelo Álvarez, la elevó en el año 2014, cuando tenía 54 años de edad, por lo cual, también se encontraba dentro de la prohibición legal. Se tenga en cuenta, señor Juez, al momento del traslado de cada uno de los demandantes al RAIS, se encontraban frente a una mera expectativa, pues tal y como se desprende de los hechos y de las pruebas documentales, para la entrada en vigencia de la Ley 100, es decir, al 1 de abril de 1994, no contaban con el requisito de las semanas, es decir, con los 15 años de servicios. Por lo cual, ninguna estaría amparada por el régimen de transición, no podrían regresar al RPM, en cualquier tiempo.

Se tenga en cuenta igualmente Señor Juez, que no se presentan vicios del consentimiento, son tales como el error, la fuerza y el dolo, puesto que no fueron demostrados, esto de acuerdo al artículo 167 en la que la parte que la alega deberá demostrar los vicios que alega tener la parte demandada al momento de su asesoría. Igualmente, Señor Juez, solicito se tenga en cuenta, que si bien es cierto, no se aportó prueba escrita de la asesoría proporcionada a cada una de las demandantes, es de anotar, que lo expuesto por las propias demandantes si se permite señalar que si se le entrego una asesoría a cada una de ellas, por lo que el carácter de ser verbal no le quita la categoría de ser una asesoría.

En este punto, es bueno traer a colación y constatar y recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica, indica que cuando entre los particulares se suscriben diferentes negocios jurídicos en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes preste su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, o que “dejen constancia de la información recibida sin que así haya sido lo que descarte de la demandada, no hubiera recibido ninguna clase de información” (Sic).

Respecto del cambio de régimen pensional y al aplicar las reglas de la sana crítica, en el presente caso se encuentra que dado con el paso del tiempo la demandante no recuerda sobre todos los temas que se le asesoró en su momento y que solamente al momento de definir su derecho pensional, y como es el monto si le

A su turno, la apoderada de PORVENIR, alega, el traslado de la demandante se hizo conforme las normas existentes en el momento (Ley 100 de 1993), empero ninguna de ellas exigía a la administradora de pensiones dejar constancia por escrito de la asesoría brindada, por lo que no puede entenderse que dicha sociedad no agotó todos los requisitos para dar una información completa y clara, para que la actora pudiera tomar la mejor decisión de su futuro pensional, sin que mediara vicio alguno como error, fuerza o dolo, que hubiere quedado demostrado.

Por otra parte, dice, aunque la demandante expresa que el monto de su mesada pensional no es la razón por la que se incoa el proceso, quedó acreditado dentro del trámite que esa es su única inconformidad, pero no debe olvidarse que la pensión en el régimen de ahorro individual es el resultado de los ahorros del afiliado, lo que no implica una actuación de mala fe por parte de la sociedad administradora de fondos de pensiones.

Por último, pide sea absuelta de las costas impuestas, aludiendo que su actuación dentro del trámite ha sido de buena fe y no existen presupuestos de hecho o de derecho para fulminar condena en su contra³ (Cd a folio 396, récord: 01:20:53, acta a folios 393 a 395)

es favorable o no, aduce la falta de información total sobre temas que le cubrían en ese momento, y es de anotar, que el monto de la pensión, en cualquiera de los regímenes se define al momento de cumplir los requisitos de la pensión y no al momento de su afiliación.

Igualmente solicito Señor Juez, se tenga en cuenta, el tema de la sostenibilidad financiera, respecto a Colpensiones y se tenga en cuenta que tanto la demandante Vargas Wil, que se trasladó en el año de 1998, y la Señora María Consuelo Álvarez, que se trasladó en el año de 1995, es decir, que han transcurrido más de 20 años, en una 19 y en la otra 20 años, al momento del traslado del RAIS al RPM, en los cuales, no aportaron y no apoyaron a la parte financiera para apoyar a otras pensiones, ni se cobraron por parte de la entidad gastos de administración, y esto va en contra del detrimento patrimonial, en caso de que el demandante, regrese al RPM.

En la actualidad, las decisiones tomadas por los despachos judiciales de declarar la nulidad o ineficacia de traslado de afiliación, quebranta el principio de la sostenibilidad financiera, este consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, generando una situación caótica, que desvertebra la planeación y pago de futuras pensiones.

Igualmente solicito Señor Juez, se absuelva a mi representada respecto a las costas procesales, y se tenga en cuenta, el artículo 48 de la Constitución Política, en la cual, en su inciso 4, la seguridad social es un servicio público, y por lo cual, no se podrán destinar recursos de mi representada para fines diferentes a ella, por lo cual, el pago de costas y agencias en derecho serian contrarias a esta perspectiva constitucional.

Teniendo en cuenta, lo expuesto anteriormente, solicito sea absuelta mi representada de cada una de las condenas impuestas por este juzgador. Gracias.”

³ *“Su señoría, estando dentro del término legal, interpongo recurso de apelación entre los siguientes expedientes: el expediente de la Señora Vargas Wil, el expediente de la Señora María Consuelo Álvarez Álvarez, y el expediente de la Señora Blanca Nelly Sierra Moreno, por las siguientes consideraciones:*

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora MARIA CONSUELO ALVAREZ ALVAREZ, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito demandatorio de folios (3 y vto.) y la reforma al mismo (folios 288 a 290), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 3 vto. a 5 y 291 a 294, aspirando de manera principal se declare la nulidad, y como subsidiaria la ineficacia, del traslado realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad el 31 de julio de 1995. En consecuencia, se ordene a OLD MUTUAL trasladarla a COLPENSIONES junto con los aportes rendimientos y semanas acreditadas en su cuenta de ahorro individual con solidaridad y se disponga a COLPENSIONES, aceptar el traslado. En subsidio de lo anterior, pide se ordene su traslado de OLD MUTUAL a PROTECCIÓN, condenando a esta última a reconocerle la pensión de vejez a la edad de 57 años, en las mismas condiciones en que hubiera tenido derecho en el régimen de prima media con prestación definida, administrado por

Si bien su señoría, se evidencia que no se encuentra el acto libre y voluntario del traslado de RPM y RAIS, realizado por las demandantes, porque con ello no se incurrió en ninguna prohibición legal que lo impidiera, en el momento en que las demandantes efectuaron su traslado se hizo conforme a las normas existentes para ese momento, esto es la Ley 100 de 1993, Decreto reglamentario del año 1994. No existe su señoría, en ninguna Ley, ninguna norma, que imponga a las Administradoras de Pensiones, a dejar por escrito la afiliación que se daba para ese momento, eso no es óbice para entender su señoría, que mi representada no agoto todos los requisitos para dar una información completa, clara y exigible en la simetría que las demandantes pudieran tomar la mejor decisión respecto a su futuro pensional.

Tanto es así su señoría, que las demandantes tomaron la decisión de trasladarse al RAIS, no mediando vicio en el consentimiento, error, fuerza o dolo, que pudiera probarse durante el plenario, sino que lo hicieron en ese momento, convencidas de que era la mejor decisión para su futuro pensional.

Su señoría, no es de recibo que la Ley 100 de 1993, ha establecido dos regímenes pensionales por un lado el RPM y el RAIS, por otro lado, si bien su señoría, ambos obedecen a liquidaciones de mesadas pensionales diferentes y aunque las demandantes aquí propuestas manifiestan que el monto de la mesada pensional no es la razón por la cual se instaura este proceso, pues si bien su señoría, se ha demostrado que esa es la única inconformidad, no es precisamente el momento tal de la información sino la inconformidad de la mesada pensional que ahora se proyecta en el RAIS, pero no debe olvidarse su señoría que esa mesada pensional es el resultado de los ahorros del afiliado durante toda su vida en el RAIS, y no por ello su señoría significa que mi representada haya actuado de mala fe o haya engañado al posible afiliado, que podía pensionarse de una forma anticipada porque muy bien se establece en la Ley 100 de 1993, que esa es una de sus características o posibilidades en el RAIS.

También su señoría, le ruego absolver a mi representada en la condena en costas, toda vez que mi representada desde el momento de la presentación de la demanda, hasta entonces ha actuado de buena fe y no existe en este entonces, presupuestos de hecho o de derecho para fulminar en su contra esta condena. Por lo anterior, le ruego al Honorable Tribunal, revocar las sentencias proferidas dentro de los expedientes ya mencionados, y en su lugar, absolver a mi representada de las pretensiones incoadas en su contra.”

COLPENSIONES. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS de la demandante, tras considerar que Protección (antes COLMENA) no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que declarada la ineficacia condenó a la AFP OLD MUTUAL a retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

Así las cosas, a folio 19 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 13 de junio de 1960, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante el Colpensiones el 2 de octubre de 2014 (folio 32), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional - tenía 54 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 89.85 semanas de cotización (folio 177, 23 y 189), equivalentes a 1,74 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

⁴ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “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”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta que se encontró acreditada la calidad de servidora pública de la demandante (folio 23, 177 a 151), es menester precisar, en atención a que lo pretendido en autos es la nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia, empero, ante una eventual reclamación de reconocimiento del derecho pensional, la demandante, de así considerarlo, deberá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 31 de julio de 1995 (folios 22, 233, y 283) específicamente conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLMENA (hoy PROTECCIÓN) y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Así las cosas, debe precisarse, frente a la ineficacia o nulidad del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado COLMENA hoy PROTECCIÓN.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁵ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).
“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues frente al mismo adujo que lo único que se le indicó fue que su pensión resultaría mucho más favorable en el fondo privado.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 22), plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA hoy PORVENIR, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN (antes COLMENA) omitió en el momento del traslado de régimen (31 de julio de 1995, folio 22), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo

⁶ Cd fl. 387, récord. 08:06, acta folio 386.

régimen de ahorro individual (folios 25, 26, 170, 227, 228, 233, 283), situación que por demás no es, ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁷.

De otra parte, frente al hecho de que la actora antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a CAJANAL como se puede leer a folio 23, basta con indicar, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende, siendo la actora afiliada a dicha Caja de Previsión Social, continuo después de la vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993), afiliada al régimen de prima media con prestación definida, pues nótese que sus aportes en pensiones se realizaron a tal caja hasta noviembre de 1995 (fl. 23) destacando, incluso con posterioridad en el Decreto 2196 de 2009, mediante el cual se dispuso la liquidación de Cajanal, se estableció de forma expresa en su artículo 4⁸ que los afiliados cotizantes, debían ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, es decir, siendo Colpensiones la única administradora del régimen de prima media, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación de la demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen, máxime teniendo en cuenta, la UGPP conforme el artículo 3⁹ de la misma disposición normativa, al liquidarse Cajanal, únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, mas no la afiliación de los cotizantes.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales

⁷ “(...) Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales (...)”.

⁸ “ARTÍCULO 4o. DEL TRASLADO DE AFILIADOS. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS. Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado.”

⁹ “(...) de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente Cajanal, EICE, en liquidación continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, creada por la Ley 1151 de 2007 (...)”.

circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

De igual forma, y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Además, es menester precisar, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó el *a quo*, de tal manera se prohiará la decisión de primer grado en este punto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción¹⁰ (fl. 248), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado

¹⁰ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 30 de abril de 2019 (fol. 301).

jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

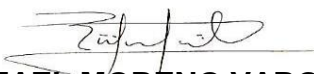
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso con radicado No. 2018 00478 cuya demandante es MARÍA CONSUELO ALVAREZ ÁLVAREZ de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS

(ACLARA VOTO)



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

(ACLARA VOTO)

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTA D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUAN MANUEL URIBE
DIAZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES (RAD. 11 2019 00610 01).**

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada BELCY BAUTISTA FONSECA, como apoderada sustituto de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos de los poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, como representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. (folio 108).

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de marzo de 2020 (Cd folio 96, récord 20:35, acta a folio 97 y vto.), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el ciudadano JUAN MANUEL URIBE DIAZ identificado con la cédula de ciudadanía 19.293.863, le asiste derecho al reconocimiento y pago de una prestación económica por el riesgo de vejez, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 del año 2003, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la presente sentencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a favor del ciudadano JUAN MANUEL URIBE DIAZ a partir del 01 de junio de 2018, en cuantía inicial de \$4.502.542.96, por 13 mensualidades anuales, más los incrementos de ley, de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante señor JUAN MANUEL URIBE DIAZ los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 26 de mayo de 2018 y hasta la fecha en que sea incluido en nómina.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por la pasiva, particularmente la de prescripción de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR a la demandada al pago de las costas del proceso. Líquidense por secretaría fijase la suma de \$1.500.000, como valor en que se estiman las agencias en derecho, de conformidad a lo esbozado en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: REMITIR la presente decisión a la sala de decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala Laboral, en caso de no ser apelada oportunamente por la parte demandante, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta sentencia”

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia y, en su lugar, se absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra. Como sustento de ello, refiere, el demandante no cumple con los requisitos previstos en la Ley 797 de 2003, particularmente lo atinente a las semanas de cotización, por cuanto en su historia laboral solo se refleja un total de 1285 semanas, advirtiendo, no pueden ser tenidos en cuenta los tiempos laborados no cotizados por el empleador, del que no tuvo conocimiento la entidad por no haberse reportado afiliación alguna.

Sobre este último punto, enfatiza, Colpensiones solo puede reconocer pensiones con los tiempos efectivamente cotizados, y en esa medida, debió vincularse al

empleador para hacerle extensiva la orden de pago¹ (Cd folio 96, récord 22:52, acta a folio 97 y vto.)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del actor en este proceso, las pretensiones relacionadas a folio 4, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folio 4 y 5, solicitando se declare que prestó sus servicios efectivamente entre el 15 de febrero de 1983 hasta el 31 de julio de 1986 a la Asociación Colombiana de Oficiales en retiro de las Fuerzas Militares; que cuenta con 1.303 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, incluyendo el tiempo de servicio a la Asociación Colombiana de Oficiales en retiro de las Fuerzas Militares. En consecuencia, se condene a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez a partir del 1 de junio de 2018, bajo los parámetros y condiciones de la Ley 797 de 2003, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación, las costas y los derechos ultra y extra petita. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones por cuanto se**

¹ “*Muchísimas gracias su señoría, muy respetuosamente me permito interponer el recurso de apelación para la sentencia proferida en esta instancia para que sea respuesta por el honorable Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, para que desde dicha órgano colegiado, se revoque en su totalidad la decisión que se profirió el día de hoy bajo los siguientes argumentos.*

Si bien se reconoce una pensión de vejez, bajo la Ley 100 de 1993 con unos requisitos, requisitos que realmente el demandante no cumplía pues si se mira la historia laboral del demandante el mismo cuenta con un total de 1285 semanas cotizadas que están dentro de su historia laboral y que se encuentran en poder de Colpensiones.

Si bien un punto que se encontraba en discusión en el presente asunto eran las cotizaciones que no fueron o que no fueron, valga la redundancia, cotizadas por el empleador, y que si fueran computadas en la historia laboral estas mismas podrían ascender a 1300 semanas para poder lograr tener el derecho a la prestación solicitada y que hoy se reconoce, pues para esto es de tener en cuenta que yerra el juzgador de primera instancia al tenerlas o al sumarlas para reconocer la prestación económica, toda vez que mi representada nunca tuvo conocimiento de la relación laboral que hubo entre el patrono moroso porque este mismo nunca afilio a su empleador (sic) al sistema general de pensiones, por lo tal, no había una afiliación, por lo tal era menester vincular al empleador para hacerle extensiva la orden de pago, previa expedición del cálculo actuarial y previo pago al mismo poder sumarlas o cargarlas a la historia laboral, para así que Colpensiones pudiera toda vez como lo dice o lo manifiesta el legislador, pues Colpensiones solo pues reconocer pensiones con base a las cotizaciones que tiene bajo su poder y que hayan sido cotizadas en esta administradora por lo anterior Colpensiones no le resulta imposible acceder al cobro coactivo pues nunca hubo una afiliación al sistema por parte de dicho empleador.

Por las anteriores consideraciones pues resulta a todas luces viable pues que se revoque la decisión proferida en primera instancia, toda vez que el demandante no cumple con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 que modificó la ley 797 del 2003, y por lo anterior le solicito a los honorables magistrados que integran la sala se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Muchas gracias.”

reconoció la pensión de vejez reclamada a partir del 1 de junio de 2018, en cuantía de \$4.502.542.96, por 13 anualidades al año, más los incrementos de ley y dispuso el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio.

Así las cosas, habrá de determinarse si al demandante le asiste el derecho a acceder al derecho pensional solicitado con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993² modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, disposición que exige para el caso de los hombres, haber alcanzado la edad de 62 años -a partir del 2014-, y cotizaciones en total de 1.000 semanas las cuales se incrementarán a partir del 1° de enero del año 2005 en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Al efecto, se encuentra a folio 9 copia del documento de identidad del demandante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 6 de mayo de 1955, por lo que acreditó la edad exigida, de 62 años, el mismo día y mes del año 2017; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización, preliminarmente, corresponde a la Sala establecer si es procedente la inclusión de los periodos a pensión que no se encuentran incluidos en la historia laboral del accionante, esto es el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 1983 y el 31 de julio de 1986, laborados al servicio de la Asociación Colombiana de Oficiales en retiro de las Fuerzas Militares (pretensión 1, folio 4).

² **Artículo 33.** *Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”.

En este orden de ideas, y procediendo al estudio del objeto de la Litis, resulta que de conformidad con la última historia laboral allegada al plenario por la encartada visible a folios 72 a 86, la empleadora atrás citada, no registra afiliación alguna al Sistema de Seguridad Social en Pensiones para el mes de febrero de 1983, data en la cual, según la certificación de folio 23 expedida por el Director del Departamento Administrativo y Financiero de la Asociación Colombiana de Oficiales en retiro de las Fuerzas Militares inició la relación laboral con el actor, y en esa medida es claro que Colpensiones no podía ejercer acciones de cobro por los lapsos que en el reporte de semanas no figuran, pues sin existir afiliación no se podía establecer que el accionante era un trabajador, por ende es claro que la falencia en la contabilización de estas semanas en la historia laboral de la promotora del litigio, en manera alguna puede entenderse como una omisión de Colpensiones, situación que no se puede enmendar con la certificación que da cuenta de la existencia del vínculo en los periodos reseñados en la demanda (folio 23).

Sobre este punto, recuérdese que los **periodos en que no hubo afiliación NO** pueden ser asimilados a aquellos en que si hay afiliación pero existe mora o pago tardío de los aportes, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias diferentes para el empleador y para la entidad de pensiones, y en este caso no se demandó el pago calculo actuarial.

En los segundos, esto es, en los que se presenta mora patronal, se tiene establecido que es obligación de la administradora tenerlos en cuenta si no ejerció las correspondientes acciones de cobro (artículos 23 y 24 Ley 100 de 1993), pero, en el segundo, cuando no hubo afiliación, caso que se presenta en autos, la entidad solamente puede tener en cuenta el tiempo siempre y cuando el empleador traslade el valor del cálculo actuarial a satisfacción, (literal d, parágrafo 1º, artículo 33 de la Ley 100 de 1993), situación que no es la que se está peticionando a través de ésta demanda. Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182³.

³ **2. Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.**

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos

Ahora bien, teniendo en cuenta lo antedicho, no es posible incluir dentro de la historia laboral del actor los ciclos de 15 de febrero de 1983 al 31 de julio de 1986 (folio 23).

Precisado lo anterior, de conformidad con el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por Colpensiones (folios 72 a 86), el demandante acredita un total de **1255.86 semanas** (folios 75) entre tiempos públicos y privados debidamente contabilizados en la historia laboral, por lo que no alcanza la densidad de semanas exigida en la Ley 100 de 1993, para acceder al reconocimiento pensional a voces de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 797 de 2003, pues para el 2017 (año en que cumplió la edad) debía acumular una densidad de 1300 semanas.

En este punto es importante anotar, en el expediente no obran más elementos de prueba de los que puedan extraerse tiempos de servicios o semanas de cotización que puedan adicionarse a la historia laboral, advirtiendo, tampoco se evidencian errores en la contabilización de las semanas efectuado por Colpensiones en el detalle expedido (folios 72 a 75) y ningún yerro se le atribuyó a la misma en el curso del trámite procesal.

En ese orden de ideas, al no haberse encontrado acreditados los requisitos para acceder al derecho pensional a la luz de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, habrá de revocarse la sentencia apelada por haber dispuesto el reconocimiento y pago de la prestación económica derivada del riesgo de vejez, para en su lugar absolver a la encartada de las pretensiones incoadas en su contra.

fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro. (...)

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.” (Subrayas fuera de texto)

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juez 11 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, **ABSOLVER** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ZULDERY RAMÍREZ SANCHEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y la tercera ad excludendum MARIA DEL CARMEN MARIN DE NAVAS (RAD. 12 2017 00460 01).

Bogotá D.C. seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado y habiendo las partes guardado silencio frente a los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de septiembre de 2019 (Cd a fl. 83, record 24:16, audio 1, acta a fl. 85), en la que se resolvió:

***“EN PRIMER LUGAR: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, y a la señora MARÍA DEL CÁRMEN MARÍN DE NAVAS, de todas y cada una de las suplicas incoadas por la demandante ZULDERI RAMÍREZ SÁNCHEZ, con base en lo anotado de la parte motiva de la presente decisión.*

***EN SEGUNDO LUGAR: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia del derecho de la obligación, relevándose el despacho de cualquier otro estudio o análisis susceptible adicional.*

***EN TERCER LUGAR: SIN CONDENAS** en COSTAS, en la instancia.*

***EN CUARTO LUGAR:** en caso de no ser apelada el presente fallo, súrtase el Grado Jurisdiccional de Consulta, para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. ”*

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandante interpone recurso de apelación, manifestando que si bien es cierto se le da valor probatorio a las direcciones que en vida aportó el demandante en las diversas solicitudes que hizo al seguro social, también lo es que este despacho, preguntó que el último domicilio cual era, y pues lógicamente la testigo contesta el último domicilio donde ellos vivieron, pero de ello no se puede concluir que ese domicilio que él haya mencionado estando en vida, no sea un domicilio que no haya compartido con la señora Zuldery Ramírez Sánchez, razón por la cual solicita se sirva nuevamente valorar los testimonios aquí rendidos donde se puede observar claramente que ni si quiera hubo duda entre un testigo y otro¹ (Cd a folio 83, record: 24:55).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ZULDERY RAMÍREZ SÁNCHEZ, las pretensiones que relacionó a folios 2 y 3, las cuales encuentran sustento en los hechos consignados a folios 3 y 4, aspirando principalmente se condene a la demandada a reconocer y pagar la sustitución pensional en calidad de compañera permanente de Luis Fernando Navas Rodríguez (q.e.p.d), junto con el retroactivo correspondiente a partir del 21 de junio de 2008, mesadas adicionales, reajustes legales, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, gastos procesales y agencias en derecho, derechos *ultra y extra petita*. Obteniendo sentencia adversa a sus pretensiones, pues se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas, en su contra, tras considerarse que

¹ *“Gracias su señoría. Me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir su despacho, solicitándole al Honorable Tribunal, el del Distrito, en su Sala Laboral, se sirva revocar totalmente la sentencia apelada y en su lugar, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, solicitada por la señora Zuldery Ramírez Sánchez, recurso que sustento de la siguiente manera:*

Si bien es cierto, y con toda autonomía le da valor probatorio a las direcciones que en vida aportó el demandante, en las diversas solicitudes que hizo al seguro social, también lo es que este despacho, preguntó que el último domicilio, cual era, y pues lógicamente la testigo contesta el último domicilio donde ellos vivieron, pero de ello no se puede concluir que ese domicilio que el haya mencionado estando en vida, no sea un domicilio que haya compartido con la señora Zuldery Ramírez Sánchez, entonces, frente a eso si solicito al Tribunal, se sirva nuevamente valorar los testimonios aquí rendidos donde se puede observar claramente que ni si quiera hubo duda entre un testigo y otro, entonces creer que solamente en un formulario de afiliación aparece una dirección y al preguntar y a las reclamaciones posteriores, encontrar otra dirección, creer que por eso ella no convivía, pues no comparto ese pronunciamiento del despacho. Por eso solicito, revocar la sentencia.”

la demandante no acreditó la convivencia con el causante dentro de los 5 años anteriores a su deceso.

Previo a dilucidar el debate planteado, es menester precisar, no es objeto del litigio que el señor LUIS FERNANDO NAVAS RODRÍGUEZ falleció el 21 de junio del 2008, tal y como se constata con la copia del registro civil de defunción visible a folio 88, tampoco existe controversia en que éste se encontraba pensionado desde el 5 de septiembre del 2005 con una mesada pensional inicial de \$395.678, conforme lo indica la Resolución No. 004309 del 6 de febrero del 2006 (fls. 91 a 93) y que dicha prestación fue sustituida a MALLERLY NAVAS RAMIREZ en calidad de hija del causante en un 50% por acto administrativo No. 54049 del 23 de noviembre del 2009 (fls. 15 a 17) y el otro 50% a la señora MARÍA DEL CARMEN MARIN URIBE por ser la cónyuge del de cujus (ver fls. 95 a 103)

En este orden de ideas, habida cuenta de la fecha de la muerte del causante, la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual se encontraba vigente para el 21 de junio del 2008 (fl. 88), y que en sus partes pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes 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 edad²; señala el literal a) del artículo 47 citado que, 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 muerte³.

En ese orden, sostiene la demandante haber ostentado la calidad de compañera permanente del causante conviviendo con este por más de 15 años, hasta la fecha en que se produjo su deceso (hechos No. 2 y 3 fl. 3).

² La demandante para el 21 de junio del 2008, contaba con 48 años de edad, pues nació el 9 de junio de 1960 (ver fl. 13).

³ *Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.*

Así las cosas, para resolver las inconformidades presentadas por la promotora del recurso, consistentes en que la convivencia de la accionante con el pensionado fallecido se encuentra acreditada, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos, así:

Dentro de las documentales aportadas al proceso y en lo que interesa al objeto de la litis, se destacan las siguientes copias⁴:

- Declaración extra proceso rendida por el señor LUIS FERNANDO NAVAS RODRIGUEZ (q.e.p.d.) y ZULDERY RAMÍREZ SANCHEZ el día 12 de enero del 2007, en las que señalaron que convivían en unión libre bajo el mismo techo hace 12 años. (fl. 14).
- Formulario de afiliación al sistema de salud del ISS, donde se anota como beneficiaria a Zuldery Sánchez Ramírez, no obstante éste no cuenta no fecha ni sello de radicación ante la autoridad correspondiente (fl. 25).
- Formulario de afiliación del de cujus a la EPS CRUZ BLANCA el 28 de julio del 2004 cuando ingresó a laboral a COOTRASMUNDIAL sin registrar beneficiarios a su nombre (fl. 89)

Así mismo, dentro del trámite procesal se recaudaron los testimonios de MELBA LUCÍA CASAS CARDENAS⁵ y CESAR AUGUSTO ROJAS ROA⁶, amigos y vecinos de la demandante, los cuales manifestaron conocer a la pareja conformada por ZULDERY RAMÍREZ y LUIS FERNANDO NAVAS desde el año 1993, asegurando desde esa fecha y hasta el 2008 cuando falleció el señor Navas Rodríguez convivieron juntos,

La testigo Melba Lucía Casas Cárdenas aseguro que los compañeros siempre vivieron en la localidad de Kennedy en la dirección Transversal 73 # 42-23, ya que hace 40 años son vecinos y que los gastos del sepelio del pensionado fueron asumidos por la familia de éste.

⁴ La documental de folios 88 a 104 fue impresa para mayor claridad del expediente administrativo aportado en medio magnético por Colpensiones a folio 56.

⁵ Cd. fl. 83, audio 2, record 4:28

⁶ Cd. fl. 83, audio 2 record 10:56

En este orden de ideas, valorando todas las pruebas en su integridad y en especial la testimonial, advierte la Sala que los dichos de los testigos no generan certeza acerca de la convivencia real y efectiva exigida por Ley para el reconocimiento de la prestación pensional, nótese que nada refirieron respecto de situaciones que den lugar a entender que la accionante y el pensionado tenían un proyecto de vida como pareja, forjado en el apoyo y socorro mutuos, razones por las cuales es claro que los dichos de estos testigos en nada aportan al esclarecimiento del objeto del litigio, pues se limitaron a expresar que la convivencia de éstos inició en el año 1993 tal como se afirmó en el hecho 2 de la demanda, como tampoco describieron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la citada convivencia de la pareja.

Aunado a lo anterior, conforme a la documental del folios 89 y 90, se tiene que el señor NAVAS RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), siempre refería como dirección de su domicilio la Calle 35 sur # 51 -32 barrio Alquería, mientras que la deponente MELBA LUCÍA CASAS afirmó que éste y la demandante siempre residieron en el sector de Kennedy en la dirección Transversal 73 # 42 – 23 porque toda la vida fueron vecinos, razón por la cual el argumento de la apelante no puede ser tenido en cuenta pues en manera alguna esta declarante se refirió al último domicilio de la pareja sino al que era permanente, domicilio que no concuerda con las direcciones que registraba el de cujus en vida para diferentes tramites y por ende no generan convicción ni credibilidad las afirmaciones de ésta testigo.

Ahora y si bien se deben tener en cuenta las declaraciones dadas por el de cujus ante Notario Público en el año 2007 (fl. 14), lo cierto es que atendiendo las propias afirmaciones del fallecido tan solo se acreditaría una convivencia hasta el 12 de enero del 2007, desconociendo ésta Corporación lo sucedido del 13 de enero de esa anualidad hasta el 21 de junio del 2008 fecha en que el declarante falleció, no probándose así la convivencia continua e ininterrumpida por lo menos del 2003 al 2008 (5 años anteriores al deceso del pensionado).

Advirtiéndolo la Sala en este punto, si bien la Ley no exige que la convivencia se de en un mismo techo si se debe demostrar la intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y efectivo y un acompañamiento espiritual permanente, lo cual en autos no se acreditó pues ni tan siquiera se logró probar la existencia de un proyecto de vida en común.

Recuérdese que conforme lo ha establecido la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL1399, Radicación No. 45779 del 25 de abril del 2018 la convivencia 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”*, precisando la misma Corporación que *“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”* excluyendo de ésta *“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.”*

Conforme a todo lo anterior, para esta Sala de decisión, tal y como lo indicó el Juez a quo, en autos no hay certeza de que la convivencia entre la demandante y el causante se haya dado dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento del señor LUIS FERNANDO NAVAS RODRÍGUEZ (2003-2008), sin que se puedan atender de manera favorable los argumentos expuestos en la apelación dirigidos a atacar la valoración de las pruebas, pues es de estas que se extrae justamente, conforme a lo establecido en el artículo 61 del C.P.L., que el de cujus si bien pudo tener una relación sentimental con la demandante no tuvo el ánimo de crear una comunidad de vida con ella dirigida a un destino común, pues ni tan siquiera que se logra establecer el lugar de residencia del mismo.

Por todo lo anterior, se concluye la orfandad probatoria por parte de la promotora del litigio dirigida a acreditar que convivió con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, no encontrándose demostrado por tanto el supuesto de hecho sobre el cual se funda su pretensión, destacando en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la misma señora ZULDERY RAMÍREZ SANCHEZ, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba"*.

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, para la Sala no se acreditó el requisito de la convivencia exigido por la normatividad aplicable y en ese orden habiéndose arribado las mismas conclusiones del Juez a *quo* lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO 12 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. el 3 de septiembre del 2019.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Rafael Moreno Vargas

RAFAEL MORENO VARGAS
Salva Voto

Diego Fernando Guerrero Osejo

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

EXP. No. 12 2017 00460 01 ZULDERY RAMÍREZ SANCHEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y la tercera ad excludendum MARIA DEL CARMEN MARIN DE NAVAS

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, a cargo de la demandante, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ MARINA PINZON LOPEZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (RAD. 12 2017 00590 01)

Bogotá D.C. seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado y habiendo presentando únicamente la parte demandante los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de del recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR, contra la sentencia proferida por la Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de noviembre de 2019 (Cd. fl. 190, record 1:08:38 acta a folio 191), en la que se resolvió:

“EN PRIMER LUGAR: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, a efectuar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la demandante LUZ MARINA PINZÓN LÓPEZ, a partir del día 24 de noviembre de 2015, en cuantía inicial de \$969.110,51 sobre 13 mesadas pensionales al año sobre sus correspondientes ajustes.

EN SEGUNDO LUGAR: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, a efectuar el reconocimiento y pago a favor de la demandante el retroactivo pensional desde el 24 de noviembre de 2015 y hasta el día 28 de febrero de 2018, autorizando los descuentos en salud a que hubiere lugar, este retroactivo debidamente indexado.

EN TERCER LUGAR: ABSOLVER a PORVENIR de las demás suplicas de la demanda.

EN CUARTO LUGAR: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por PORVENIR S.A.

EN QUINTO LUGAR: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR, se señala como agencias en derecho la suma de \$1.800.000, a favor de la parte actora.”.+

Inconforme con la decisión, la apoderada de PORVENIR recurre la decisión manifestando que el despacho realmente no observó que la disparidad de los salarios hubiese afectado de manera tal la emisión del bono pensional, pues cualquier aspecto que haga variar la historia laboral influye para ello, precisando la historia laboral, sufre una variación ya sea por los tiempos laborados o por los salarios y en el caso de la demandante, lo que no permitió consolidar esta historia laboral y que se emitiera el bono y pudiese obtenerse la redención y el pago al momento en que la Ley lo determina, esto es cuando cumplió los 60 años, obedeció precisamente a tal situación.

Asegurando dentro del expediente, se encuentran todos los comprobantes sobre los cuales se hizo el cambio a la historia laboral, que fueron notificados por parte de Porvenir, aduciendo la misma norma es la que establece que es Colpensiones la que efectúa ese cargue del historial masivo, lo que significa que Porvenir no puede ni cambiar, ni modificar, ni anular, ningún tipo de valor o de la información que consigna Colpensiones en el aplicativo de la OBP, para que pueda obtener una emisión del bono pensional.

Por otro lado expresa, a través del oficio del 24 de agosto de 2012, Porvenir, solicito a la coordinación del grupo de archivo del Ministerio de Defensa Nacional, entidad que es cuota partista del bono pensional de la demandante, que procediera a solicitar hacer la marcación en el aplicativo de la OBP de las historias o consolidación de esa historia laboral, y allí se puede leer con destino a la emisión del bono pensional tipo A de la demandante, con lo cual se está probando por parte de su representada que se iniciaron las gestiones antes de que la demandante cumpliera los 57 años y antes de que la demandante radicara la reclamación pensional que fue presentada el 7 de julio de 2014, por lo que estima la condena no concuerda con todas las pruebas que obran en el expediente porque la obligación de los Fondos de Pensiones de acuerdo con el Decreto 1748 de 1995, es una obligación que tienen para ser el intermediario entre el afiliado y las entidades que deben concurrir a la consolidación de la historia laboral y lograr la emisión del bono, considerando las gestiones que por Ley debe hacerse, en este caso se encuentran probadas, y son gestiones que se iniciaron antes que la demandante cumpliera los 57 años y aun después de que cumple los años como también se certifica, se consiguen las emisiones del bono pensional, para lo cual la demandante firmó esa historia laboral con las variaciones que si son

significativas y que sí cambian el valor de un bono pensional, lo cual expresa ocurrió el 8 de enero de 2016 y del 18 de octubre de 2016.

Razones por las cuales argumenta la recurrente la condena impuesta no se ajusta a las pruebas documentales, solicitando se revoque en su integridad el fallo proferido o en caso contrario solicita dicho reconocimiento pensional no proceda a partir del 24 de noviembre de 2015, sino que proceda a partir del año 2017, porque dentro de este régimen se reconoce la pensión con el saldo en la cuenta, y si la demandante como en efecto ocurrió en este asunto, cuando cumplió los 57 años no tenía consolidado ese capital porque existían errores en la consolidación de la historia laboral, pues no tenía el capital y si no tenía el capital, no significa que se esté violando algún tipo de derecho porque el saldo no le va a permitir financiar el valor de su mesada pensional y tampoco se podría hacer un reconocimiento teniendo en cuenta el valor de un bono pensional que no se encuentra emitido, y por lo tanto, del que se desconoce aún su valor bruto, reiterando en caso de proceder una condena la fecha en que debe reconocerse la pensión, es a partir en que la demandante cumple los 60 años según la Ley 100 de 1993, el Decreto 1748 de 1995 y todos los Decretos posteriores¹ (CD. fl. 236, record 37:18).

¹ “Frente a la decisión adoptada presento recurso de apelación solicitándole Señor Juez, que me lo conceda y a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de este Distrito en su Sala Laboral, que revoquen en su integridad el fallo proferido en primera instancia, teniendo en cuenta los siguientes fundamentos:

Se indica en la parte considerativa del fallo que se ataca que el despacho realmente no observa que la disparidad de los salarios hubiese afectado de manera tal la emisión del bono pensional, frente a este punto Honorables Magistrados, yo les pido tener en cuenta, que al igual como se indicó en los alegatos de conclusión en el RAIS, si influye cualquier aspecto que haga variar la historia laboral.

La historia laboral, sufre una variación ya sea por los tiempos laborados o por los salarios, en el caso de la demandante, lo que no permitió consolidar esta historia laboral y que se emitiera el bono y pudiese obtenerse la redención y el pago al momento en que la Ley lo determina, esto es cuando ella cumplió los 60 años, obedeció precisamente a lo que el despacho considera que no era una disparidad suficiente con la condición determinante para que pudiera afectar la emisión de dicho título, y por lo tanto, incurre en un error, el cual, se puede comprobar con todos los documentos anexos.

Igualmente, se considera que dentro del mismo fallo que todos los comprobantes sobre los cuales se hizo el cambio, esto es, haciendo referencia a la historia laboral, fueron por parte de Porvenir y que en ese mismo sentido, se comprobaba que el Ministerio de Hacienda por medio de la Resolución 5521 de 2014, había reconocido un cupón de cuota parte.

Sin embargo, si se hace una lectura minuciosa de todas estas documentales que obran en la foliatura, se puede ver que contrario a lo que se indica por el fallador de primera instancia

Porvenir no tiene ninguna incidencia como lo ha determinado en los comprobantes sobre los cuales se hizo el cambio.

Por qué, porque es que la misma norma es la que dice que es Colpensiones la que efectúa ese cargue del historial masivo, eso significa, que Porvenir no puede ni cambiar, ni modificar, ni anular, ni cambiar ningún tipo de valor o de la información que consigna Colpensiones en el aplicativo de la OBP, para que pueda obtener una emisión del bono pensional, y por lo tanto, Honorables Magistrados, decide el fallo condenar a mi representada al reconocimiento de la pensión desde el año 2015, pasando por alto como también se puede ver concretamente en los documentos que se allegaron con la contestación de la demanda cuando el despacho indica que debe entenderse que según lo establecido por el Decreto 1748 de 1995, frente al deber de los Fondos de Pensiones, que debe entenderse, que el deber de las administradoras de adelantar la gestión del bono debe dársele el entendimiento a que no puede haber ninguna afectación frente al afiliado y que esto incluye la temporalidad para decir que la demora en la emisión, redención y pago del bono pensional de la actora, es única y exclusivamente imputable a mi representada pero, no observa lo que al respecto se señaló igualmente en los alegatos de instancia cuando se puede leer que en el oficio del 24 de agosto de 2012, Porvenir, solicito a la coordinación del grupo de archivo del Ministerio de Defensa Nacional, entidad que es cuota partista del bono pensional de la demandante que procediera a solicitar hacer la marcación en el aplicativo de la OBP de las historias o consolidación de esa historia laboral, y allí se puede leer con destino a la emisión del bono pensional tipo A de nuestra afiliada.

Allí se solicita toda la información y al respecto se dice, como ustedes lo pueden observar que para los efectos de facilitar la expedición del certificado de la entidad se adjunta un formato e instrucciones sugeridos por la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para su diligenciamiento, significa ello que cuando el despacho condena y accede a las pretensiones de la demanda indicando que esta disparidad de estos salarios es una responsabilidad achacable a Porvenir y que el cambio que se hizo en el aplicativo de la OBP, que es como lo indiqué un cambio que únicamente efectúa Colpensiones, esto no significaba ninguna circunstancia y tampoco daba alguna afectación para consolidar esta historia laboral y lograr la emisión del bono, cuando efectivamente se está probando por parte de mi representada que se iniciaron las gestiones antes de que la demandante cumpliera los 57 años, antes de que la demandante radicara la reclamación pensional que fue presentada el 7 de julio de 2014, ello significa que la condena no concuerda con todas las pruebas que obran en el expediente por qué, porque es que la obligación de los Fondos de Pensiones de acuerdo con el Decreto 1748 de 1995, es una obligación que tienen para ser el intermediario entre el afiliado y las entidades que deben concurrir a la consolidación de la historia laboral y lograr la emisión del bono.

Y como consecuencia el despacho decide condenar, inobservando estas pruebas y aduciendo que la complicación del trámite ocurrió en la consolidación de la historia laboral, y que mi representada asumió un rol pasivo pese a que el silencio de las entidades daba veracidad, y que por lo tanto, estas dilaciones injustificadas por falta del cumplimiento legal de sus obligaciones permite que se condene en tal sentido.

Pero que es lo que pasa, es que el despacho dice que son dilaciones injustificadas y que a la luz del Decreto 656 de 1994, debe entrar a reconocer la pensión desde el momento en que fue condenada, sin embargo, las gestiones que por Ley debe hacerse en este caso se encuentran probadas, y son gestiones que como se indicaron se iniciaron antes que la demandante cumpliera los 57 años y aun, después de que cumple los años como también se certifica se consiguen las emisiones del bono pensional.

Ahora, que se varié la historia laboral, la historia laboral por la Ley como ustedes bien conocen es una historia que carga Colpensiones, en la cual, ningún fondo tiene incidencia, ni ningún Fondo puede cambiar o puede certificar, las solicitudes se hacen y por ello es que en el caso de la actora se puede ver en los múltiples oficios que se allegan con la contestación de la demanda, que se solicitó al Ministerio de Defensa que procediera a hacer la marcación y a certificar según los formatos que para el efecto tiene dispuesto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Y de ahí, Honorables Magistrados, es que también se encuentra acreditado en el expediente que se consiguieron dos emisiones del bono pensional y que la demandante firmó esa historia laboral con las variaciones que si son significativas que si cambian el valor de un bono pensional.

Firmas de historias laborales, fechadas del 8 de enero de 2016 y del 18 de octubre de 2016, cuál es la relevancia o contrario a lo que se indica en la parte considerativa del despacho, que esta disparidad en los salarios no afecto el valor del bono, por qué, cuando exista una variación en la historia laboral, hace que al haber cuota partistas del bono que en el caso de la demandante es Colpensiones y el Ministerio de Hacienda, cambie los porcentajes, esos porcentajes pueden sufrir una variación y así, un cuota partista puede pasar de cumplir un porcentaje inicial con la emisión de un primer bono a pasar a cumplir con un porcentaje menor, en la segunda modificación de la historia laboral, y por ende, todas las cuota partes sufren una variación que inclusive pueden llegar a sufrir una variación del salario.

Sin embargo, en las consideraciones del despacho no se hizo pronunciamiento frente al escrito o al oficio que he señalado, fechado el 24 de agosto de 2012, para entrar a decir que en efecto Porvenir si inicio unas gestiones conforme lo dice la Ley para obtener dicha emisión del bono pensional.

Ello significa, Honorables Magistrados que la condena impuesta a mi representada no se ajusta a las pruebas documentales ni a lo explicado por parte de la declaración que se escuchó en esta misma audiencia, con ello, solicito que se revoque en su integridad el fallo proferido, en caso contrario le solicito a la Sala que en caso de no revocar esta decisión como quiera que la condena obligó a reconocer el pago de la pensión a partir del 24 de noviembre de 2015, según lo que se puede escuchar en las consideraciones del despacho según o a partir del momento en el cual la demandante presenta una solicitud ante mi representada en el sentido que si se halla que mi representada no cumplió o que alguno de los tramites del bono pensional debieron adelantarse y que esa variación en la historia laboral, únicamente imputable a Colpensiones, que debe hacer la actualización del archivo historial masivo, dicho reconocimiento pensional no procedería en el caso de una condena a partir del 24 de noviembre de 2015, sino que procedería a partir de octubre (sic) del año 2017, por qué, porque en efecto en este régimen la mesada pensional de un afiliado se financia con el saldo en cuenta los rendimientos y el valor del bono pensional, si el afiliado tiene derecho a ello, esto que quiere decir, que conforme a lo que se puede leer en el artículo 64 y 68 de la Ley 100 de 1993, dentro de este régimen se reconoce la pensión con el saldo en cuenta, y si la demandante como en efecto ocurrió en este asunto, cuando cumplió los 57 años no tenía consolidado ese capital porque existían errores en la consolidación de la historia laboral, quiere decir, que conforme a la norma que además se encuentra plenamente probado, pues no tenía el capital y si no tenía el capital, no significa que se esté violando algún tipo de derecho de igualdad, porque se llega a los 57 años y no se tenga derecho, no, simplemente es que conforme a estos dos artículos pues simplemente no va a tener un derecho exigible porque el saldo no le va a permitir financiar el valor de su mesada pensional y tampoco se podría hacer un reconocimiento teniendo en cuenta el valor de un bono pensional que no se encuentra emitido, y por lo tanto, del que se desconoce aún su valor bruto, esto que significa, que en caso de proceder una condena y que no se revoque

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, las pretensiones elevadas a folios 3y 4, las cuales encuentran sustentó fáctico en los hechos narrados a folios 1 a 3, solicitando principalmente se declare tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 29 de junio del 2014, con los correspondientes reajustes legales, las mesadas adicionales de junio y diciembre, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 28 de octubre del 2014 o en subsidio la indexación, costas y agencias del proceso, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones** pues se dispuso el reconocimiento y pago de la pensión vejez a cargo del RAIS a partir del 24 de noviembre del 2015, en cuantía de \$969.110,51, junto con 13 mesadas al año, disponiendo el pago del retroactivo hasta el 28 de febrero del 2018 fecha en la cual Porvenir reconoció la prestación pensional; tras considerar que fue desde tal fecha que se solicitó ante Porvenir se levantara la detención que presentaba su bono pensional y por ende aseguro los trámites administrativos entre las entidades encargadas de ese bono pensional no podían ser achacadas a la afiliada, toda vez que la demandante acreditó los requisitos para ser acreedora de la pensión de vejez.

o que se pueda estudiar la fecha en que en efecto debe reconocerse la pensión, es a partir en que la demandante cumple los 60 años según la Ley 100 de 1993, el Decreto 1748 de 1995 y todos los Decretos posteriores.

Porque conforme a la fecha de nacimiento de la demandante que el 29 de junio de 1957, y si se exigiera a mi representada la obligación legal de obtener la emisión del bono pensional cuando cumple los 60 años, es el 29 de junio de 2017, esto significa que únicamente en caso de proceder una condena, sería a partir de tal momento, teniendo en cuenta estas fechas en que realmente procedería una condena o el reconocimiento de la pensión de vejez hasta el momento en que se contrata la renta vitalicia, por lo tanto, una condena ajustada a todas las pruebas documentales que se aportaron a las normas anteriormente señaladas en este recurso de apelación, procedería únicamente a partir del momento en que la demandante cumple los 60 años, por la obligación y el cumplimiento que ha hecho mi representada en cuanto a la solicitud de la emisión del bono pensional de la demandante, hasta que se contrata la renta vitalicia.

Y en este mismo sentido es que esta condena no podría efectuarse aún, porque como se indicó en la cuenta de la demandante no reposa saldo alguno con ocasión a la suscripción del contrato de renta vitalicia con el cual, disfruta hoy la mesada de vejez. En ese sentido dejo sustentado mi recurso de apelación.”

Sea lo primero indicar, no es objeto de discusión en esta instancia que la demandante cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de vejez pues así lo determinó el *a quo* conforme al debate jurídico probatorio surtido y no fue objeto de reparo por parte de la AFP accionada, en tanto durante el trámite del presente litigio le fue reconocido el derecho (fls. 97 a 99 y 176) en la modalidad de renta vitalicia con la Compañía de Seguros de Vida Alfa en cuantía de \$1.112.811 (fl. 177), decisiones comunicadas a la actora el 20 de febrero del 2018 (fl. 176).

En esta dirección, se procede entonces a estudiar la condena impuesta a la AFP PORVENIR esto es, el pago de la prestación pensional a partir del 24 de noviembre del 2015, para lo cual debe la Sala precisar en el presente asunto se trata del reconocimiento de una pensión de vejez, financiada con un bono pensional.

Para lo cual se permite esta Corporación recordar, los Bonos Pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación de un capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados del Sistema General de Pensiones tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual, el tipo A es el que se emite para las personas que se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y cuya modalidad 2 se expide en favor de trabajadores cuya primera vinculación laboral se inició antes del 1° de julio de 1992, como ocurre en el presente caso, en tanto la señora PINZÓN LOPEZ inició su vida laboral el 1° de junio de 1980 de acuerdo a la Historia Laboral Consolidada expedida por PORVENIR visible a folios 47 y 48 y se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al RAIS el 28 de octubre de 1998 (ver SIAFP fl. 75).

En esta dirección se tiene entonces, la demandante una vez cumplió los 57 años de edad (29 de junio del 2014) pues nació ese mismo día y mes de 1957 (fl. 15), elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez el 7 de julio del 2014 (fl. 102), petición a la cual se le anexó una liquidación de Bono Pensional (fls.104 a 106), autorizando la emisión del bono pensional por valor de \$39.899.083 con fecha de corte 1° de diciembre de 1998 data en la cual inició la efectividad de su traslado al RAIS (ver fl. 75 y 110), no obstante lo anterior señala PORVENIR en su defensa para esta data (07/07/2014) la demandante no contaba con el capital necesario para el financiamiento de su derecho pensional (ver fl. 66), sin embargo

se evidencia con la documental aportada la AFP procedió a iniciar los trámites correspondientes para su reconocimiento.

Téngase en cuenta en este punto para adquirir el derecho a la pensión en el RAIS el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 señala dos condiciones: i) La edad escogida por el afiliado para pensionar y ii) Un capital acumulado en su cuenta de ahorro individual con el cual pueda obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, de modo que en este régimen a diferencia del RPM no solo basta con cumplir con una edad y semanas específicas, sino que el requisito *sine quo non* es contar con el capital suficiente para financiar la prestación, estableciendo el citado artículo 64 que para el cálculo de ese 110% se debe tener en cuenta el valor del bono pensional si a éste hubiere lugar, como ocurre en el caso de autos, pues la actora tenía derecho al bono pensional tipo A modalidad 2 como inicialmente se señaló.

En este orden de ideas, como la pensión de vejez de la accionante debía financiarse además del dinero con el que contaba en su cuenta de ahorro individual con el valor del bono pensional tal como lo señala el artículo 68 *ibídem*, para resolver el problema jurídico en esta instancia se debe acudir a las normas que regulan este tema, iniciando con el Decreto 510 del 2003 el cual en su artículo 7 señala:

“Para los efectos del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, la obligación de los fondos encargados de reconocer la pensión, dentro del término legal establecido, procederá una vez se presente la solicitud de reconocimiento junto con la documentación requerida para acreditar el derecho, a través de la cual se prueben los presupuestos de hecho y de derecho de la norma que confiere la respectiva prestación de vejez, de invalidez o de sobrevivientes.

Cuando la pensión se financie a través de bono pensional o cuota parte de bono pensional no se requiere que estos hayan sido expedidos, pero será necesario que el bono pensional o cuota parte de bono pensional **hayan sido emitidos** conforme a lo señalado por el artículo 1° del Decreto 1513 de 1998.”

A su vez el Decreto 1513 de 1998 indica en su artículo 1° indica:

"Emisión de bono. Se entiende por tal el momento en que se confirma o certifica la información contenida en la liquidación provisional, en el caso de emisores privados, o el **momento en que queda en firme el acto administrativo que reconoce el derecho al bono pensional**, en el caso de emisores públicos."

Conforme lo anterior para el presente asunto el reconocimiento de la pensión de vejez de la demandante al ser financiada con un bono pensional dependía de la emisión de ese bono, esto es, únicamente se podía proceder a su reconocimiento a partir del momento en que quedo en firme el acto administrativo que reconoció el derecho al bono pensional, dado que se trataba de un emisor público, aclarando los emisores son las entidades obligadas a liquidar, emitir y expedir el Bono Pensional y en el presente caso el emisor fue la Nación que reconoce las cotizaciones que se efectuaron al Instituto de Seguro Social – ISS hasta marzo 31 de 1994 (Art. 16 Decreto 1299 de 1994).²

Así las cosas, se procede a verificar las circunstancias acaecidas frente al reconociendo de la pensión de la actora, citando al efecto la documental adosada a este ordinario de la siguiente manera:

- Fls. 119 y 120 24 de agosto del 2012 solicitud elevada al Ministerio de Defensa Nacional por parte de Porvenir, en la que se solicita certificado de información laboral con destino a la emisión del Bono Pensional tipo A de la accionante.
- Fl.121 22 de agosto del 2014 solicitud de Porvenir al Ministerio de Defensa dirigida a que *“la resolución de reconocimiento proferida por su entidad se ajuste a lo establecido en el artículo 65 del Decreto 1748 de 1995 (...) con el fin de que el bono pueda ser emitido en los términos legales”*.

² **ARTICULO 16. BONOS PENSIONALES Y CUOTAS PARTES A CARGO DE LA NACION.** La Nación emitirá el bono pensional a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidad del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel nacional y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades.

Los bonos a cargo de la Nación se emitirán con relación a los afiliados de las entidades anteriormente citadas que estuviesen vinculados con anterioridad al 1o. de abril de 1994.

El valor correspondiente a la deuda imputable por concepto de bonos pensionales o cuotas partes de bono, a partir del 1o. de abril de 1994 y hasta la fecha del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, estará a cargo del ISS en los casos que le corresponda, quien deberá contribuir a la Nación con la cuota parte financiera respectiva. En todo caso la Nación expedirá el bono pensional por la totalidad de su valor.

La cuota parte financiera a que hace referencia el inciso anterior, se calculará restando al valor de emisión del bono pensional con cargo a la Nación, el monto correspondiente al valor del bono calculado al 1o de abril de 1994, actualizado a la fecha de su emisión con la tasa de interés DTF pensional.

PARAGRAFO. En cada vigencia fiscal se incluirá en la ley anual de presupuesto los recursos necesarios para cancelar el valor de los bonos pensionales a cargo de la Nación que sean redimibles durante ese período y de las cuotas partes a cargo de esta.

- Fl. 135 22 de abril del 2015 la demandada solicita al Ministerio de Defensa *“confirmar y enviar los formatos correspondientes a la OBO esto con el fin de que se levante detención que presenta el bono pensional de la afiliada de la referencia, esta detención impide que la nación emita el bono pensional (...)”*.
- Fl. 144 y 145 Resolución No. 5367 del 14 de diciembre del 2015 por la cual el Ministerio de Defensa anula un cupón de cuota parte de bono pensional tipo A en favor de la actora, por cuanto Porvenir le informó que *“después del reconocimiento por parte de este Ministerio la liquidación del bono presento cambios en la historia laboral por las constantes actualizaciones de Colpensiones ante la OBP. Que por lo anterior deben proceder de nuevo a solicitar la emisión del bono pensional...”*
- Fl. 36 30 de diciembre del 2015 Porvenir informa a la demandante: *“En el desarrollo del trámite de su bono pensional y como respuesta a nuestra solicitud de liquidación de sus vínculos laborales en el régimen de prima media, la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público nos envía una nueva liquidación de la Historia Laboral. La Historia Laboral oficial es un documento fundamental y requisito esencial para solicitar la emisión del bono pensional e igualmente para poder definir las prestaciones pensionales, por ello es importante contar con su presencia (...), para la revisión y firma de la autorización de la emisión, en caso tal que usted manifieste conformidad con la información laboral, con la cual iniciaremos las gestiones correspondientes para que el emisor del bono pensional proceda a su reconocimiento.*
- Fl. 37 4 de enero del 2016 demandante autoriza la emisión del bono pensional por valor de \$38.421.596 con fecha de corte 01/12/1998.
- Fls. 140 y 141 19 de enero del 2016 Porvenir solicita al Ministerio de Defensa Nacional la emisión y expedición del bono pensional tipo A modalidad 2 al que tiene derecho la demandante.
- Fl. 38 15 de marzo del 2016 solicitud de anulación de emisión de bono pensional elevada por la actora a Porvenir *“Por cuanto la información de los vínculos laborales con aportes para IVM (...) que fueron utilizados en la liquidación cambio por proceso masivo del Instituto de Seguros Sociales”*.

- Fl. 33 correo de julio del 2016 en el cual Porvenir le indica a la actora: “(...) *su bono pensional se encuentra en proceso de emisión, sin embargo, al efectuar una nueva liquidación del mismo a través del Sistema Interactivo de la Oficinas de Bonos Pensionales, encontramos que aun continua la disminución en las semanas registradas en su historia laboral oficial, por lo que esta administradora procedió a reportar su caso particular ante Colpensiones, con el fin que dicha entidad proceda a efectuar las respectivas actualizaciones y así continuar con el proceso de emisión del mismo*”.
- Fl. 149 4 de agosto de 2016 Porvenir solicita a Ministerio de Defensa verificación de información laboral utilizada para la liquidación, emisión y/o reconocimiento del bono pensional a favor de la accionante, aduciendo la OBP tiene investigación activa sobre tal certificación de tiempos laborados.
- Fl. 41 30 de septiembre de 2016 Porvenir informa a la actora “*En el desarrollo del trámite de su bono pensional y como respuesta a nuestra solicitud de liquidación de sus vínculos laborales en el régimen de prima media, la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público nos envía una nueva liquidación de la Historia Laboral. La Historia Laboral oficial es un documento fundamental y requisito esencial para solicitar la emisión del bono pensional e igualmente para poder definir las prestaciones pensionales, por ello es importante contar con su presencia (...), para la revisión y firma de la autorización de la emisión, en caso tal que usted manifieste conformidad con la información laboral, con la cual iniciaremos las gestiones correspondientes para que el emisor del bono pensional proceda a su reconocimiento.*”
- Fl. 42 10 de octubre del 2016 demandante autoriza a Porvenir para tramitar la emisión y/o expedición del Bono Pensional.
- Fl.155 26 de octubre del 2016 solicitud de Porvenir al Ministerio de Defensa dirigida a que “*la resolución de reconocimiento proferida por sus entidad se ajuste a lo establecido en el artículo 65 del Decreto 1748 de 1995 (...) con el fin de que el bono pueda ser emitido en los términos legales*”.
- Fl. 45 7 de abril del 2017 Porvenir informa a la señora Luz Pinzón que “*...ha venido adelantando las gestiones pertinentes a su Bono Pensional, (...). Así*

las cosas, solicitamos al Ministerio de Defensa, confirmar historia laboral ante la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que realice el trámite requerido.”

- Fl. 167 28 de agosto de 2017 misiva por medio de la cual Porvenir le expone al Ministerio de Defensa: “...expidió la certificación de información laboral (...) sin embargo, la confirmación entregada (...) a la oficina de bonos pensionales no concuerda con la información ya certificada anteriormente”
- Fl. 164 26 de octubre del 2017 petición de Porvenir al Ministerio de Defensa dirigida al reconocimiento y pago del cupón a su cargo y a favor de la actora.
- Fls. 161 a 163 Resolución No. 4476 del 17 de noviembre del 2017 a través de la cual el Ministerio de Defensa reconoce y ordena pagar la suma de \$29.185.000 a Porvenir por concepto de bono tipo A causado por los servicios prestados por la accionantes.
- Fl. 170 14 de diciembre del 2017 comunicación de la demandada a la demandante donde se le explica: “Con fecha del 5 de diciembre de 2017 el Ministerio de Defensa realizó el pago de la cuota parte que estaba a su cargo, pago que realizaron por valor total de \$29.185.000, sin embargo nos encontramos a la espera que dicha entidad marque el reconocimiento y pago ante la Oficina de Bonos Pensionales (OBP), sin embargo aún se encuentra pendiente el pago y reconocimiento de la cuota parte que se encuentra a cargo de Colpensiones y la Nación, siendo así una vez estas dos últimas entidades realicen el pago podremos definir su situación pensional”.
- Fls. 113 a 118 Resolución No. 17447 del 21 de diciembre del 2017 por medio de la cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emite y ordena el pago del cupón a cargo de la Nación, donde se encuentra la accionante (fl. 116).
- Fls. 77 a 79 15 de febrero del 2018 liquidación de bono pensional con los siguientes valores: \$38.627.828 (valor fecha corte), \$185.250.000 (valor emisión) y \$214.435.000 (valor redención).

- Fls.95 a 102 20 de febrero del 2018 correo electrónico en el que Porvenir le informa a la accionante que la solicitud de pensión fue aprobada en la modalidad de renta vitalicia.

Del anterior recuento, se tiene entonces las certificaciones de tiempo que debían emitir tanto Colpensiones como el Ministerio de Defensa Nacional tuvieron variaciones o correcciones, que impidieron la EMISION del bono pensional de la actora por parte de la Nación para el momento en que se solicitó la pensión de vejez, situaciones de las cuales se extrae la oportuna diligencia de la AFP demandada como intermediaria entre el emisor y los contribuyentes del bono pensional y en ese orden de ideas contrario a lo considerado en primer grado, considera esta Sala de decisión tal como la norma lo estableció (art. 7 Decreto 510 del 2003) el reconocimiento de la pensión de la señora LUZ MARINA PINZON LOPEZ solo se podía dar una vez se emitiera el correspondiente bono pensional, lo cual en efecto ocurrió solo hasta el 21 de diciembre del año 2017 con la expedición de la Resolución No. 17447 del 21 de diciembre del 2017 por medio de la cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emite y ordena el pago del cupón a cargo de la Nación, donde se encuentra la accionante (fl. 116).

Razones por las cuales la actuación de PORVENIR en cuanto a la obligación de reconocer la pensión a favor de la demandante, dentro del término legal establecido (4 meses art. 33 Ley 100 modificada por Ley 797 del 2003 art. 9), se encuentra satisfecha y ajustada a derecho, pues como ya se explicó solo podía hacer ello una vez quedó en firme el acto administrativo que emite el bono pensional de la actora, lo cual se itera acaeció con la expedición la Resolución No. 17447 del 21 de diciembre del 2017, procediendo al reconocimiento dentro de los 4 meses siguientes (febrero del 2018) por ende no pueden hallar prosperidad las pretensiones de la actora dirigidas a que la pensión sea reconocida a partir del 29 de junio del 2014, pues como ya se dijo para esa calenda si bien existía una liquidación del bono pensional no se había emitido por parte de la Nación.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primer grado se revocan y se imponen cargo de la parte actora.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones anteriormente expuestas, y en su lugar, se dispone **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por LUZ MARINA PINZON LOPEZ.

SEGUNDO: SIN COSTAS de esta instancia. Las de primera se revocan y se imponen a cargo de la parte actora.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA CLEMENCIA URQUIJO ESTRADA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (RAD. 17 2018 00103 01).

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la sociedad MEJÍA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S, representada legalmente por MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, como apoderada principal, y a DIANA MARCELA CONTRERAS SUPELANO, como sustituta, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, en los términos y para los efectos de los poderes conferidos, respectivamente (folios 215 y 216 a 218). Así mismo, se reconoce personería adjetiva a la abogada JACQUELINNE RODRÍGUEZ ROJAS, como apoderada de la demandada PORVENIR, en los términos y para los efectos conferidos como representante legal judicial de esa sociedad, según consta en el certificado de existencia y representación legal (folio 224.).

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes, con excepción de COLFONDOS quien guardó silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de diciembre de 2019 (Cd a folio 184, récord: 01:21:25, acta a folios 203 a 205), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la Señora MARÍA CLEMENCIA URQUIJO ESTRADA, identificada con la cédula de ciudadanía 51.611.691, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, administrados por las entidades PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A., fue ineficaz y por consiguiente, no produjo efectos jurídicos.

DECLARAR (SIC) que la Señora URQUIJO ESTRADA, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar la vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO (SIC): ORDENAR a las ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES CODEMANDADAS COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, frutos e intereses, traslados de dinero que hubiesen efectuado las otras las administradoras, etc., rendimientos financieros causados, lo anterior según las razones expuestas.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de Fondos a favor de la demandante que efectúen las ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES CODEMANDADAS, y convalidarlos en su historia laboral.

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de la pretensión alusiva a los intereses de mora, por las razones expuestas.

SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas, por secretaria practíquese la liquidación incluyendo como agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$800.000.

OCTAVO: se dispone la **CONSULTA** a favor de COLPENSIONES, **REMÍTASE** el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de este Distrito Judicial.”

Inconforme con la decisión, los apoderados de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación. Inicialmente el apoderado de PORVENIR refiere que, en su sentir, el acto de traslado de la demandante fue

libre y voluntario, con el conocimiento de las características de ambos regímenes pensionales. Adicionalmente, pide se tenga en cuenta la solidaridad del sistema, advirtiendo que conceder el traslado de la demandante contribuye a la desfinanciación de este, pues ello conllevaría al reconocimiento de una prestación en un régimen en el que la actora no ha cotizado en gran parte de su vida laboral.

De otro lado, en lo atinente a los gastos de administración, alude, estos no son cobrados por capricho de los fondos, por lo que disponer la devolución de tales dineros constituye un perjuicio a la sociedad administradora y configura un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, en razón a que estos fueron empleados para la contratación de la aseguradora que cubre los riesgos de invalidez y sobrevivientes y para realizar los movimientos de su cuenta de ahorro individual que a su vez generan los rendimientos reflejados, cumpliendo con su obligación contractual de administración¹ (Cd a folio 184, récord: 01:23:49, acta a folios 203 a 205).

A su turno, COLPENSIONES solicitó se revoque la condena en costas que le fuera impuesta, debido a que no tuvo injerencia ni conocimiento de las

¹ *“Señoría en la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación contra la decisión proferida por este despacho el día de hoy, por las siguientes consideraciones:*

En primer lugar para Porvenir, el acto de traslado de la demandante fue un acto libre y voluntario, conocía las características del RAIS, y tenía conocimiento básico de las características del RPM, así mismo, ruego al Honorable Tribunal tenga en cuenta, que el RPM, se basa en la solidaridad del sistema y conceder el traslado de la demandante contribuye a la desfinanciación del mismo, teniendo en cuenta, que el traslado de la demandante desembocaría en el reconocimiento de una prestación en un régimen en el cual, la demandante no ha cotizado gran parte de su vida laboral.

En cuanto a los gastos de administración, ruego al Honorable Tribunal tenga en cuenta, que estos gastos no son cobrados a capricho de los Fondos Privados, tienen precisamente sustento jurídico en la Ley 100 del 93, al devolver estos gastos estaría causando perjuicio a causa de mi representada, toda vez que, dichos descuentos comprenden en un amplio porcentaje como lo son las prestaciones de invalidez, sobreviviente y este porcentaje ya no se encuentra en cabeza de hoy Porvenir, toda vez que, se encuentra depositado en la respectiva aseguradora.

Por lo tanto, sería un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante, y además, estos gastos de administración también son utilizados para realizar los movimientos diferentes que se hacen con la cuenta de ahorro individual de la demandante para el sostenimiento de la misma, que a su vez generan unos rendimientos que nunca hubiesen sido generados en el RPM, además, Porvenir ha cumplido con su obligación contractual de administrar dichos recursos.

Estos aportes de sus afiliados, estos hoy se encuentran en su cuenta de ahorro individual más los rendimientos que nosotros nos comprometimos a generar en el momento en que se suscribió la solicitud de vinculación con Porvenir.

De esta manera dejo sustentado mi recurso. Gracias.”

circunstancias de hecho y de derecho alrededor de la afiliación realizada por la demandante al RAIS². (Cd a folio 184, récord: 01:25:59, acta a folios 203 a 205).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora MARIA CLEMENCIA URQUIJO ESTRADA, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 4 y 5, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 5 a 7, aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado realizado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado en abril de 1998 con la afiliación a COLFONDOS S.A. y consecuentemente, se declare la nulidad de los traslados realizados dentro del RAIS a PORVENIR y COLPATRIA, retrotrayendo las cosas a su estado anterior, ordenando a Colpensiones tenerla como afiliada en el RPM como si nunca hubiera operado el tránsito de régimen y se reconozca el pago de intereses moratorios causados por la demora injustificada en la no autorización del traslado del RAIS al RPM. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS por la demandante, tras considerar que la AFP COLFONDOS, no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que la voluntad de la actora estuvo viciada por falta de ilustración.**

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de

² *“Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial Sala Laboral, solicitándole se revoque el fallo proferido en esta instancia parcialmente. Teniendo en cuenta la condena en costas impuesta en esta instancia a mi representada, teniendo en cuenta que esta no tuvo injerencia alguna, no tuvo conocimiento en las circunstancias de hecho y de derecho que tuvieron que ver con la afiliación de la aquí demandante en el RAIS, por lo que, se considera que es improcedente la condena en costas y agencias en derecho a mi representada.*

De esa manera le solicito al Honorable Tribunal que de dicho concepto sea absuelta mi representada. Muchas gracias.”

trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 13 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 31 de enero de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 29 de noviembre de 2017 (folio 19), es decir, cuando contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 57 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 362.43 semanas de cotización (folio 171), equivalentes a 7.04 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 1 de abril de 1998 (folio 134 y 165) específicamente, conforme la información reportada en el SIAFP expedido por ASOFONDOS, **precisando** en este punto que en autos el acto de afiliación no fue objeto de debate pues las mismas demandada desde la contestación de la demanda aceptaron que la demandante se trasladó mediante afiliación realizada en abril de 1998 a COLFONDOS (al pronunciarse sobre el hecho primero, folios 81, 127, 147,) sin que para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito, el cual aunque fue aportado a las diligencias (folio 15) resulta

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “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”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

completamente ilegible, constituya un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente; imponiéndose entonces a COLFONDOS acreditar el consentimiento informado, y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia conforme los argumentos expuestos en la alzada.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia, las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro, y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe

presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado COLFONDOS.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto

conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

*“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
“(...).*

“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.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen

“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(...)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues frente a este solo adujo que en una reunión colectiva el asesor de COLFONDOS les informó que podrían pensionarse en cualquier momento y en un monto muy alto; además que el ISS se iba a acabar.

⁵ Cd fl. 184, record 19:32.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 15), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (1 de abril de 1998, folio 134), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la actora hubiese efectuado varios traslados entre AFP no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que, si bien se trató de traslados, los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual (folios 16 y 17, 134 y 165), situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó la *a quo*, de tal manera se prohiará la decisión de primer grado en este punto.

De igual forma, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima medica con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Asimismo, es menester precisar, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁶ (fl. 89), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

⁶ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto 24 de enero de 2019 (fol. 173)

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 17 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS

(ACLARA VOTO)



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

(ACLARA VOTO)

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SEGUNDO MISAEL
BLANCO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTIAS PORVENIR S.A. (RAD. 20 2018 00708 01).**

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada LAURA ROCIO MARTÍNEZ LIZARAZO como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder de sustitución otorgado por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S (folio 178).

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes, con excepción de PORVENIR quien guardó silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

El Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de diciembre de 2019 (Cd a folio 169, audio 2, récord: 37:34, acta a folios 171 a 173 y 174), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia y/o nulidad de la afiliación o traslado de Régimen Pensional de Prima Media con Prestación Definida, al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el Señor SEGUNDO MISAEL BLANCO APARICIO, a PORVENIR S.A., realizado el 6 de octubre de 1998, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como Aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensión, de SEGUNDO MISAEL BLANCO APARICIO, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES, y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** a las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, a favor del Señor SEGUNDO MISAEL BLANCO APARICIO, tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho el equivalente a 2 SMLMV, a cuota parte.”

Inconforme con la decisión, los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES, respectivamente, interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente, PORVENIR, solicita se revoque en su integridad el fallo impugnado y, en su lugar, se absuelva a esa sociedad de las pretensiones incoadas por la parte actora, argumentando, existe diferencia entre nulidad e ineficacia. Así con relación a la primera, indica, esta supone la existencia de alguno de los vicios del consentimiento, los que no se hayan demostrados en el plenario en tanto no hubo dolo, ni fuerza según lo confesó el propio actor al absolver el interrogatorio, y frente al error, dice, no se aplica cuando se trata de órdenes legales como son las condiciones de afiliación y pensiones pues estas se encuentran reguladas en la Ley 100 de 1993 y no son capricho de la entidad privada. Bajo tal supuesto, estima, no se puede entender que se engañó al demandante, advirtiendo, este suscribió el formulario que tiene plena validez por estar avalado por la Superintendencia Financiera.

Frente a la ineficacia, hace referencia al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, para significar que esta procede cuando hay dolo al impedir la afiliación del

demandante o el traslado del mismo, situación que, a su juicio, no se presenta en el caso de autos en tanto se firmó el formulario de afiliación y se efectuaron aportes por más de 20 años, es decir si se materializó la afiliación.

De otro lado señala, las reglas del deber de información para el 6 de octubre de 1998, cuando se realizó el traslado del actor, eran diferentes a las que se han venido imponiendo a las AFP, y en consideración a ello, supone, no se puede hablar de nulidad o ineficacia por no suministrar información completa cuando para esa época no había la rigurosidad que hoy se predica sobre la materia.

Recuerda, en cumplimiento a lo previsto en la Ley 797 de 2003, procedieron a la publicación de avisos de prensa, que obran en el expediente, donde se indicó al público en general la posibilidad de trasladarse al régimen de prima media, si así lo consideraban, dentro del año de gracia previsto en esa disposición.

Con todo, discurre, no es cierto que no haya cumplido con la carga de la prueba, y por el contrario, la parte demandante no acreditó que se hubiera dado una información errada, no elevó reclamación sino hasta el 2018 cuando solicitó la pensión y se dio cuenta que no era viable, con lo que considera se ratificó su voluntad de afiliación.

De otro lado, dista de la afirmación del juez *a quo*, respecto a la falta de demostración de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se produjo la afiliación, pues las mismas fueron informadas por el demandante al absolver el interrogatorio.

Con relación a los aportes, manifiesta la imposibilidad de devolverlos completos en tanto las cuotas de administración no se transfieren a la cuenta individual del demandante, por no ser dineros del afiliado sino de las administradoras precisamente como contraprestación por el manejo de los recursos.

Finalmente, pide se adicione la sentencia con relación a la tacha del testigo, pues aunque no fue tenido en cuenta por el sentenciador de primer grado, se debió

pronunciar sobre la misma por haber sido presentada en tiempo¹ (Cd a folio 169, audio 2, récord: 39:21, acta a folios 171 a 173 y 174).

¹ “Gracias Dr., en representación de Porvenir, presento recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir, y por supuesto, en contra de todas y cada una de las condenas y órdenes impartidas en la sentencia.

Sea lo primero señalar que existe por supuesto una diferencia entre nulidad e ineficacia, situación que fue advertida en el momento en que se fijó el litigio, no obstante, y en atención a que en la sentencia, en la parte motiva se hizo alusión a estas dos figuras jurídicas, para llegar al resuelve de la sentencia, es importante que el Tribunal tenga en cuenta las siguientes consideraciones, que por supuesto argumentan el descontento de mi representada:

Y es que la nulidad supone que existe alguno de los vicios del consentimiento, ya sea fuerza, dolo o error. El dolo, no se dio en este caso, la fuerza tampoco, de hecho dentro del interrogatorio de parte, en la confesión que obtuvimos del interrogatorio de parte del Señor Segundo, se tiene que el demandante no fue forzado ni física ni mentalmente para suscribir el documento.

Y con relación al error, pues este vicio tampoco se da por las siguientes razones:

El error no puede aplicar en estos casos cuando hablamos de órdenes legales, es decir, las condiciones de afiliación y de pensiones, digámosle en general, son normas de orden público, provienen de la Ley. Esto no se trata de la voluntad privada, ni de las condiciones que haya establecido mi representada como entidad privada, con el demandante como particular, sino, del particular con unas normas de orden público, contenidas en su momento en la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, no se puede entender que se engañe al demandante o alguien general, con las condiciones que establece la Ley, como ya indiqué, repito, las condiciones son públicas, son normas, son de orden público, y pues estas no se pueden cambiar ni pueden ser modificadas por las partes. Con relación a esto en el formulario que obra en el expediente el cual no fue tachado por las partes y tiene plena validez, pues la parte demandante, pues el Señor Segundo, suscribió el mismo, este formulario valga la pena indicarle al Tribunal que se trata de un documento público y por ser un documento público, pues se presume auténtico. Así mismo, que dicho documento se encuentra avalado por la Superintendencia Financiera, no se trata de un documento que haya creado o fabricado mi representada para que el demandante suscriba de manera automática, sino, se trata de un documento que ha sido avalado por la Superintendencia Financiera, quien es el ente que vigila, controla a mi representada, en ese orden de ideas, a mi representada y a todas las AFP.

De manera que también es una norma de orden público, que las partes suscriban dicho documento, pero esto no supone, que el demandante no haya leído el documento. Destaco la condición del demandante, de gerente general de una empresa para 1998, situación que por supuesto le da una calidad digamos de por lo menos entender o cuestionarse de lo que puede tener un documento. Un gerente general, por lo regular firma documentos y toma decisiones al interior de la empresa, fue una pregunta que quise hacer al momento del interrogatorio de parte, pero el despacho no me lo permitió, en todo caso, digamos que trabajamos acá con relación a los supuestos, un gerente general, toma decisiones, cómo es posible que luego de 20 años le manifieste a la administración de justicia, que no leyó un documento y sobre todo con tanta importancia que es el futuro pensional.

Con relación a la ineficacia, entonces, ya digamos trayendo la otra figura jurídica a la que hizo alusión el despacho, y por supuesto el propio artículo al que hizo alusión el despacho que es el 271, la ineficacia, solamente digamos que se entiende como, o que se dé el presupuesto del vicio del dolo, pero el dolo, para impedir la afiliación, entonces aquí estamos en el escenario del 271 de la Ley 100, que indica: “sanciones para el empleador. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho al trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor”, de una de las sanciones, luego aquí dice, listo.

En el escenario de este artículo, habla del escenario en que se impida la afiliación del demandante, es decir, el dolo, es que se haya impedido la afiliación del demandante, o el traslado del mismo, o la escogencia o selección del régimen, y fíjese que por el contrario existe una prueba que contrarresta dicha afirmación, y es que, el formulario de afiliación y los 20 años de aportes al Sistema de Seguridad Social, que obran en el expediente, en donde, pues el demandante estuvo afiliado, es decir, si se materializó esa afiliación, no se impidió en ningún momento que el demandante haya elegido o haya escogido dicho documento, destacando y reiterando que el formulario es un documento público y segundo que no se tachó, entonces tiene plena validez. En ese sentido, entendemos que no se da tampoco el presupuesto de la ineficacia contenida en el 271. Ahora bien, es importante tener en cuenta, que la afiliación del demandante fue el 6 de octubre de 1998, y las reglas para ese momento de información, eran totalmente distintas a las que se han venido impuesto a las AFP, en el caso del tiempo, entonces no podemos hablar de una nulidad o de una ineficacia, por no haberle dado la información completa al demandante, cuando para 1998, no existía esa rigurosidad en el tema, hoy en día, si existe la obligación de asesorar al régimen saliente, tanto el saliente, como el entrante, e indicar las proyecciones que existan pero esto en 1994 y 1998 no existía.

Recordemos que la Ley 797 de 2003, hizo unos cambios importantes con relación a estos temas, pero esto fue pues por supuesto a partir del 2003. Igualmente, es importante tener en cuenta que, una vez se publica esta norma 797 de 2003, se dio un año de gracia a las personas que ya se encontraban afiliadas, o eran usuarios

de las AFP, precisamente por ese cambio con relación a digamos a la prohibición de trasladarse si le faltaban menos de 10 años para pensionarse.

Existió un año de gracia, y por eso, se publicaron varios avisos en la prensa, en el Tiempo, y este documento también obra en el expediente, en donde, se le indica y se le indico pues al público en general, que dentro de ese año de gracia podía trasladarse al RPM, si así lo consideraba, pues situación que tampoco el demandante logro acreditar.

Entonces, bajo todos estos supuestos se tiene pues que no es cierto, que mi representada haya cumplido con la carga de la prueba (Sic), porque si cumplió con la carga de la prueba, por el contrario, la parte demandante se le da, digamos un valor a unas pruebas que sinceramente y con todo respeto, le ruego al Tribunal tener en consideración que faltaron, brillaron por su ausencia por parte de la demandante.

Primero, no acreditó que se le haya dado una información errada, y pues como lo indicaba anteriormente una cosa es dar una información errada y otra cosa es que no le hayan dicho nada y que le hayan impedido la afiliación, entonces, si le dieron una información errada, pues debe probarlo, aquí lo que dijo por el contrario, es que si asistió a una reunión y que tenía toda la capacidad física y mental para suscribir el documento, y esto obra como confesión prueba independiente, que pues se debe valorar en conjunto, pero digo como prueba que se haya obtenido dentro del interrogatorio de parte.

No presento ninguna reclamación, solo hasta el 2018, por el contrario, solicitó la pensión de vejez, y esto lo que da cuenta es que el demandante era conocedor de los beneficios económicos con los que cuenta el RPM, lo que a su vez, ratifica su afiliación y cuando hablamos de ratificación, en el escenario y en gracia de discusión que estuviéramos en una nulidad relativa de los vicios del consentimiento, dolo o fuerza, en este caso error, que es el que básicamente el despacho argumentó, el error, esta nulidad relativa puede ser saneada y fue saneada por el demandante, 20 años aportando al Sistema de Seguridad Social, sin reparo alguno, como también la ratifico y como la saneó, solicitando la pensión de vejez, solo que cuando ya se da cuenta que le parece a su modo de ver en su momento, no era viable, pues decide cambiarse de régimen, pero el hecho que en su momento no satisfaga las condiciones de vida, eso no supone que el señor haya sido engañado en 1998, y eso son situaciones totalmente distintas.

Volviendo a las exigencias de 1998, no puede exigírsele aquí a mi representada, situaciones o exigencias de asesoría que no existían en su momento, por el contrario, vuelvo y repito, lo que indica el formulario de afiliación es claro que el demandante de manera libre y espontánea e informada, de manera general, conocía las condiciones al régimen que se trasladaba.

Igualmente, reprochamos con todo respeto la afirmación del despacho relacionada con que no se probó las circunstancias de tiempo, modo y lugar, relacionadas con la asesoría al demandante, el demandante si manifestó en su interrogatorio le indicó al despacho que había estado en una reunión con unos asesores, de hecho que había citado por un personal del Banco de Bogotá y que se fijó un día en específico y que se miraron unas quince personas alrededor de esa reunión, y allí decidieron y tomaron la decisión libre de trasladarse de manera que si hay una circunstancia de tiempo, modo y lugar, que es precisamente el 6 de octubre de 1998, que fue cuando suscribió el traslado.

Respecto a los aportes, esto también pues en gracia de discusión, en el evento pues que no se acogieran mis argumentos relacionados con el pago de los aportes, pues no se puede pagar la totalidad de los mismos, ni trasladarse la totalidad de los mismos a Colpensiones, en la medida que el artículo 113 prevé, que las cuotas de administración no se transfieren a la cuenta individual del demandante, estas cuotas de administración, pues como su nombre lo indica, es por administración de los recursos, y al no trasladarse a ese Fondo privado, pues no entraron jamás al Fondo del demandante, esta plata no es del afiliado, entonces no debe trasladarse en su totalidad o es materialmente imposible, y legalmente imposible, en la medida en que el artículo 113 Ley 100, pues le indica a las Administradoras que descuenten este monto para administración.

Finalmente, le ruego al Tribunal que de conformidad en lo previsto en el artículo 287 del CGP: “El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado”, con relación a este artículo, evidencio que existió una omisión por parte del despacho y es con relación a la tacha del testigo, si bien él mismo, pues fue digámosle que desacreditado o no tenido en cuenta por el despacho, en todo caso debió haberse resuelto la tacha, en la medida que se presentó en la oportunidad procesal pertinente, y se argumentaron las razones por la cuales el Señor Hugo, en su declaración estaba viciada de parcialidad.

De manera que ruego, pues al Tribunal en virtud a este artículo se resuelva y pues en gracia de discusión pues no se tenga para ningunos de los efectos, y finalmente, con relación a este artículo, relacionado con la adición le solicito al Tribunal que adicione la sentencia, con relación a lo que hablaba hace un momento y es como se concluye una sentencia, o como se le exigen unas exigencias, valga la redundancia, relacionado con la asesoría a cambio de régimen que para 1994 a 1998 no exigía, máxime cuando en la parte motiva, se hicieron alusión a norma posteriores y a sentencias desde el 2008 hasta 2019, años posteriores a la afiliación.

En ese orden de ideas, le ruego al Tribunal revoque la sentencia, absuelva a mi representada de todas las condenas impuestas.”

A su turno, el apoderado de COLPENSIONES, solicitó igualmente revocar en su integridad el fallo gravado, argumentando, en el asunto no es posible acoger la línea jurisprudencial empleada por el Juzgado en tanto esta solo puede ser adoptada en casos similares o respecto de circunstancias afines, las cuales en este caso no se corroboran por cuanto el actor no tenía expectativas legítimas, ni un derecho consolidado, no estaba próximo a pensionarse u ostentaba la condición de pensionado, al momento del traslado, así como tampoco se configuró un daño grave o irremediable al derecho que ostentaba como afiliado al Fondo o a Colpensiones.

En ese orden, considera, no era posible invertir la carga de la prueba, debiendo revisarse el acervo probatorio para establecer que en el asunto existió un vicio en el consentimiento al momento de firmar la afiliación.

Adicionalmente, advierte al Tribunal, para la fecha de traslado no había exigencia alguna a las AFP de guardar documentalmente las asesorías brindadas, lo que no quiere decir que no se haya dado la misma o que esta haya sido insuficiente, no estando obligadas a lo imposible² (Cd a folio 169, audio 2, récord: 52:32, acta a folios 171 a 173 y 174).

² *“Siendo esta la oportunidad pertinente, le solicito al Juez, me sea concedido el recurso de apelación para que sea resuelto por los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en la Sala Laboral, con la finalidad de que se revoque de manera total el fallo proferido en esta instancia, por encontrar inconformidad con la tesis del despacho y más que todo con el acogimiento con la línea jurisprudencial, con la que se sirvió de base, para la imposición de las condenas a cargo de la AFP, y de mi representada.*

Pues básicamente, porque esta línea jurisprudencial, solamente puede ser acogida en casos similares, circunstancias muy afines de los afiliados y cual es aquí no están aquí comprobadas dado que el aquí demandante, no tenía ningunas expectativas legítimas, no tenía ningún derecho consolidado, no estaba próximo o había cumplido los requisitos para la prestación y no se configuro ningún daño grave o irremediable al derecho que ostentaba como afiliado al Fondo o a Colpensiones.

De tal suerte que como no se puede llegar a coger esta línea jurisprudencial, tampoco se puede reinvertir la carga de la prueba y tendría que revisarse este acervo probatorio que reposa tanto en el expediente como en el interrogatorio de parte y el testimonio surtido en audiencia, para verificar que en ningún momento se llega a comprobar por parte del demandante, que acaeció algún vicio del consentimiento para el momento en que se firmó la afiliación.

También, hacerles mención a los Honorables Magistrados que para la fecha pues no había ninguna exigencia a las AFP, de guardar documentalmente las asesorías brindadas, mas sin embargo eso no quiere decir, del hecho de que no haya un documento respecto de esa asesoría, no quiere decir que no se haya brindado la misma, y que haya sido suficiente.

Y también, que es muy difícil y hago pues alusión a que nadie es obligado a lo imposible, comprobar una asesoría realizada del año 1998, es muy complicado para la AFP, comprobar que efectivamente los asesores si estaban calificados, que los asesores si dieron esa información de esa manera más completa, y diciendo no solamente los beneficios sino también las circunstancias que desmejorarían el futuro pensional del posible afiliado o de la persona que iba a cambiarse de régimen.

Siendo de esta manera, y conforme a las pruebas que se han venido surtiendo, pues no se puede llegar a decir que efectivamente tiene razón el demandante y que hubo una falta de información. Situación por la que le solicito a los Honorables Magistrados no se acoja la tesis del Juzgado de primera instancia y se dé como no probada justamente esta circunstancia de la nulidad del traslado o de la ineficacia de la afiliación, dándose también por probadas de las excepciones que se han venido proponiendo tanto de la AFP como de mi representada Colpensiones.

Dejo de esta manera sustento mi recurso de apelación señor Juez.”

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor SEGUNDO MISAEL BLANCO, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 3, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folio 4, aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado realizado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1 de noviembre de 1998. En consecuencia, se establezca que está válidamente vinculado al RPM administrado por Colpensiones y se condene a PORVENIR a trasladar todos los aportes realizados, y a Colpensiones, a contabilizar las semanas cotizadas por el actor en el RAIS. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado al RAIS por el demandante, tras considerar que la AFP PORVENIR, no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que la voluntad del actor estuvo viciada por falta de ilustración.

Previo a abordar el tema que nos ocupa, y en virtud de la tacha formulada por la apoderada de PORVENIR respecto al testigo JOSE HUGO BETANCOURT, la que sustentó en el vínculo de afinidad del deponente con el actor, respecto de la cual no se pronunció el juez de primer grado, advierte la Sala que la misma no prosperará en tanto, es el juzgador, quien en la íntima relación que tenga con la prueba valore si existió sesgo, o si la espontaneidad de sus dichos fueron afectados por intereses personales o familiares.

Al respecto debe recordarse además lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C – 790 de 2006 en la que dijo:

“En cuanto al artículo 217 del C.P.C. –hoy artículo 211 del C.G.P.-, éste lo que hace es definir como sospechosos a aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, de sus antecedentes personales u otras causas que determine el juzgador; ello por cuanto si bien la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de una de las partes, no conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente falten a la verdad, “...la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que

al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha.”[16], lo que permite concluir que dicha norma no es más que una especificación de las reglas de la sana crítica aplicadas al proceso civil. (...)”

Por lo dicho, se admitirá como prueba la declaración reseñada e integrará el haz probatorio, susceptible de valoración, adicionando la sentencia de primer grado en este punto.

Ahora bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 18 milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 8 de junio de 1957, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 09 de octubre de 2018 (folios 28 a 34), a PORVENIR por petición de esa misma fecha (folios 35 a 40), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 61 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 690.14 semanas de cotización (folio 94 y 142 vto.), equivalentes a 13.23 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “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”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 06 de octubre de 1998 (folios 44, 129, 130 y 141) específicamente, conforme a la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR, el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y liquidación de bono pensional.

Frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe

presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los

Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

*“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
“(...).*

“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.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría

“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(...)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues frente al realizado en el año 1998 adujo que en una reunión el asesor de PORVENIR les informó que podrían pensionarse antes y con una mesada mucho mayor a la que obtendría en el ISS; así como tampoco, deviene

⁵ Cd fl. 169 (1) record 14:33.

del testimonio vertido por JOSE HUGO BETANCOURT⁶, cuñado del demandante, quien no se encontraba presente el día en que el actor suscribió el traslado y en esa medida, no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el mismo.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 129), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 145, 145 vto. y 146, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (06 de octubre de 1998, folio 129), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede

⁶ Cd fl. 169 (1) record 24:37.

consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó la *a quo*, de tal manera se prohijará la decisión de primer grado en este punto.

De igual forma, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima medica con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Además, es menester precisar, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁷ (fl. 91), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

⁷ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 27 de marzo de 2019 (fol. 107)

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral QUINTO a la sentencia proferida por el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá, para **NEGAR** la tacha formulada por PORVENIR, respecto del testigo JOSE HUGO BETANCOURT

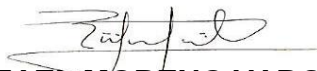
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS

(ACLARA VOTO)



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

(ACLARA VOTO)

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EUDIS DANIEL MEJIA OÑATE CONTRA LIMPIEZA METROPOLITANA SA. ESP- LIME SA ESP Y PRADOS Y RIEGOS SERVICIOS INTEGRALES LTDA. (RAD. 21 2018 00071 01).

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por el demandante, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida la Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de marzo de 2020 (Cd. folio 289, récord 16:46, acta a folio 290), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor *EUDIS DANIEL OÑATE (sic)* y la sociedad *PRADOS Y RIEGOS SERVICIOS INTEGRALES* existieron 5 contratos a término fijo de la siguiente manera:

- a. *Del 2 de mayo al 23 de diciembre de 2013*
- b. *Del 2 de enero hasta el 29 de diciembre de 2014*
- c. *Del 1 de enero e 2015 hasta el 15 de diciembre de 2015*
- d. *Del 1 de enero al 15 de diciembre de 2016*
- e. *Del 1 de enero hasta el 17 de agosto de 2017.*

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de cobro de lo no debido pago y transacción, propuestas por *PRADOS Y RIESGOS SERVICIOS INTEGRALES*

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda frente a *PRADOS Y RIEGOS SERVICIOS INTEGRALES* y *LIMPIEZA METROPOLITA S.A. ESP*

CUARTO: CONDÉNSE en costas a la parte demandante y a favor de la parte demandada, fijando como agencias en derecho la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS (\$200.000)

QUINTO: CONSÚLTESE esta decisión con el superior en caso de no ser apelada.

Notifico la decisión en estrados”

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la providencia y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

En sustento de lo anterior, considera, la sentencia apelada no hizo una correcta “*apreciación y ponderación probatoria documental y testimonial*” en tanto no se logró demostrar que la fecha de iniciación del contrato fuera distinta a la que consta en el documento expedido por la AFP, esto es, mayo de 2013. Adicionalmente, dice, aunque la demandada asegura que el contrato finalizaba el 31 de diciembre de cada anualidad, el reporte de la AFP denota que no hubo desafiliación, y las consignaciones de folios 57 a 84, dan cuenta que el contrato se liquidaba el 10 de febrero de cada periodo contractual y el nuevo contrato iniciaba el 11 siguiente. Alude que la demandada, en uso de su poder subordinante, obligaba el demandante a suscribir documentos como requisito para el pago de sus acreencias, de los que nunca entregó copia al actor.

De otra parte, refiere, los pagos realizados por el empleador por concepto de prestaciones sociales no contemplaron la totalidad de lo realmente devengado por el trabajador, lo que se corrobora de la documental de folios 57 a 84, en los cuales se puede observar que los pagos realizados a la cuenta del actor excedían el mínimo legal vigente más la bonificación no constitutiva de salario a la que se refiere el folio 192, advirtiendo que en todo caso este último legajo quedó en entre dicho por la falta de consentimiento del trabajador debido a que no era conocedor de lo que suscribía pues no sabía leer. Cita como ejemplos los pagos realizados en marzo de 2014, mayo de 2015, mayo y noviembre de 2016, indicando debe darse prevalencia a la realidad sobre las formalidades ya que tales excedentes denotan que el trabajador laboraba horas extras que no fueron incluidas en sus aportes al sistema de seguridad social, ni en su liquidación.

Con fundamento en lo anterior, estima, resulta clara la intención defraudatoria del empleador de la que se concluye su mala fe por la realización de prácticas ilegales al no reportar el verdadero salario al sistema de seguridad social y dejar de incluirlo para el pago de prestaciones sociales, así como por el hecho de terminar el contrato estando el trabajador en incapacidad.

De otro lado, arguye, el Despacho dio como ciertas las versiones del empleador respecto a la figura de terminación por mutuo acuerdo, consenso que asegura no existió, por cuanto la voluntad del demandante no fue libre dada la coacción ejercida por el poder subordinante de su patrono para firmar el documento con el cual terminó ilegalmente su contrato, estando en medio de una incapacidad, liquidándolo cuando se encontraba el actor en estabilidad laboral reforzada a través de la suscripción de una transacción que se realizó 47 días antes de que finalizara el periodo de incapacidad, por lo que debe en realidad tenerse como un despido ilegal.

Finalmente, se refiere a la responsabilidad solidaria de LIME, señalando, no se valoró el contrato de prestación de servicios aportado por el demandado y las renovaciones al mismo, al igual que la contestación en la que se expresó que el contrato del trabajador dependía del contrato con LIME, situación que fue ratificada por los participantes en la audiencia, donde además se indicó que el contrato de transacción que hizo firmar el empleador fue asesorado por esa compañía, por lo que en los términos del artículo 34 del C.S.T debe declararse la solidaridad por encontrarse satisfechos los presupuestos para ello¹ (Cd. folio 289, récord 16:46, acta a folio 290).

¹ “Muchas gracias su señoría. Comunico en este momento que hago uso de mi derecho a apelar la decisión frente a las decisiones del Despacho pues el fallo emitido frente a la citadas pretensiones no se encuentra conforme pues a las normas sustanciales, jurisprudenciales y a los cánones constitucionales vinculantes como es la primacía de la realidad sobre las formalidades, a efectos que el superior jerárquico después de un estudio y tomando en cuenta la ley y la jurisprudencia vigente revoque el fallo apelado y le otorguen a mi defendido los derechos laborales que le pertenecen adecuados a derecho, es por eso que sustento el recurso en los siguientes términos:

El fallo materia de la presente apelación frente a las pretensiones ha sido proferido sin tener consideración de las variables en el análisis probatorio en cuanto a la prueba documental expedida por el empleador y aportada en la demanda, así como las declaraciones que se dieron en la misma. Es por este motivo que el valor probatorio de los documentos aportados y las declaraciones tienen la trascendencia en cuanto a se puede evidenciar, que los hechos descritos en la demanda son ciertos.

Por lo descrito en el párrafo precedente, considero que el fallo no se realizó una correcta apreciación y ponderación probatoria documental y testimonial que reposa en el proceso, puesto que no se logró demostrar que la fecha de iniciación del contrato fuera otra que la que se aporta en los documentos expedidos por la AFP, la cual data de mayo de 2013, por este motivo el extremo inicial de la relación laboral sería este. Por

otra parte el contratante expresó, que se terminaba el contrato a 31 de diciembre de la anualidad contratada, pero lo expresado difiere con la prueba de la AFP donde no se denota la desafiliación por parte del empleador pero frente a las consignaciones realizadas por el contratante que reposan a folios 57 a 84 se evidencia la continuidad del contrato y que el mismo se terminaba y se liquidaba exactamente los 10 de febrero de cada periodo contratado y se iniciaba el día 11 de febrero de cada periodo contratado y no como lo hicieron querer parecer, que terminaba el 31 de diciembre pues como se demostró nunca dieron copia del contrato, actuando de mala fe; además, hacían firmar documentos utilizando su poder subordinante como condición para el pago de sus acreencias laborales, hecho que no se puede ignorar dentro de la audiencia realizada el 21 de febrero.

En cuanto a los pagos que indica el empleador se realizaron, no contemplaron la totalidad de lo devengado realmente para efectos del pago de las prestaciones sociales, situación que se evidencia con los pagos realizados en la cuenta del trabajador que reposan a folios 57 a 84, donde se denota que lo pagado excedía el salario mínimo legal mensual vigente, más la bonificación no constitutiva de salario citada por el demandante, la bonificación que cita a folio 192, documento que por de más quedó en entre dicho por la falta de consentimiento por parte del trabajador cuando expresó que el patrono le hacía firmar muchos documentos sin saber qué firmaba por no saber leer y además de eso al patrono no otorgarle copia y pongo por ejemplo entre muchos para no citar todos los pagos realizados, vemos como en el mes de marzo de 2014, el salario más subsidio de transporte, más la bonificación citada, sin restar el aporte obligatorio del trabajador a la seguridad social, debería ser de \$798.000 y se pagaron realmente a la cuenta del trabajador \$924000, la realidad sobre las formas, suma que excede en 16% lo que expresa el contratante. En mayo de 2015, le pagaron \$883.000 suma que también excede, en mayo de 2016 le pagaron \$1.123.000 y en noviembre de 2016 \$1.052.000, pero además de eso es que los dineros los consignaba era la empresa para la cual trabajaba mi cliente, entre otros, dejando en evidencia que el trabajador como lo expresó trabajaba horas extras que no eran incluidas en sus aportes al sistema de seguridad social, como tampoco eran tenidas en cuenta en su liquidación.

Resulta evidente que existían diferentes periodos variación del salario producto de su trabajo suplementario resaltando la evasión de parafiscales en contra del interés del trabajador y con la anuencia del revisor fiscal siendo permisivo con esta situación, al no pagar lo debido y hacerlo con la intención defraudatoria, podemos concluir que existe la mala fe, se puede inferir de manera razonable que el empleador actuó de mala fe e intención defraudatoria, empleando prácticas ilegales en su actuar con el empleado, como se pudo probar mediante la documental aportada y las declaraciones entregadas, puesto que el patrono era conocedor de sus obligaciones como empleador teniendo incluso personal dedicado al tema laboral; sin embargo en una actitud engañosa se sustrajo de sus obligaciones, le deja de pagar las obligaciones laborales durante el contrato al no reportar el verdadero salario que le consignaba a la seguridad social y no incluir los dineros pagados en las prestaciones sociales del trabajador, además de terminar el contrato estando el trabajador en incapacidad cosa que se demostró en este estrado.

No existe explicación alguna que justifique la conducta desplegada por el empleador por ende no puede predicarse que su actuar fue de buena fe. Al respecto de la buena fe tenemos numerosos pronunciamientos por parte de las altas cortes, los cuales sientan jurisprudencia acerca de este tema, entre otros tenemos la sentencia 36678 de febrero de 2011, que nos indica que la mala fe se refleja en un procedimiento falto de sinceridad, con malicia, con engaño con intervención (sic) de obrar en provecho propio y en perjuicio del interés ajeno mientras que la buena fe no es otra cosa que la convicción o conciencia de no perjudicar al otro de no usurpar la ley ni de incumplir los negocios jurídicos, la cual se manifiesta en la actitud de quien procede por error pero con la convicción de no adeudar lo reclamado cosa que no se vio en este proceso.

El despacho dio como ciertas las versiones del empleador en la figura de terminación por mutuo acuerdo, acuerdo de mutuo que no existió pues no fue de libre voluntad, teniendo en cuenta la coacción del poder subordinante para la firma de documentación para terminarle ilegalmente el contrato estando en medio una incapacidad y posteriormente realiza un contrato de transacción con vicios del consentimiento por dolo, aprovechando su posición y engañando al trabajador expresando una renuncia 47 días antes de la terminación de la incapacidad, y lo liquida estando en estabilidad laboral reforzada, siendo esto en realidad un despido ilegal, cosa que tampoco se tuvo en cuenta cuando se dio la documental aportada al proceso se denota que el despido fue estando en incapacidad el trabajador.

Frente a la responsabilidad solidaria de LIME, también no se valoran las pruebas documentales como el contrato de prestación de servicios aportado por el demandado y las renovaciones del mismo, así como la contestación de la demanda donde se expresó que el contrato del trabajador dependía del contrato con LIME. No se tuvo en cuenta las declaraciones de todos los participantes en la audiencia que ratificaron la participación de LIME SA. ESP en la relación laboral con el demandado, es así que hasta el contrato de transacción que hizo firmar el empleador fue asesorado por LIME E.S.P., por eso solicito al tenor del

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor EUDIS DANIEL MEJÍA OÑATE en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda a folios 107 a 113 del respectivo acápite, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 102 a 107, encaminadas principalmente a que se declare que entre este y la demandada PRADOS Y RIEGOS SERVICIOS INTEGRALES LTDA existieron varios contratos de trabajo a saber: entre el 6 de mayo de 2013 y el 10 de febrero de 2014, del 11 de febrero de 2014 al 10 de febrero de 2015, del 11 de febrero de 2015 al 10 de febrero de 2016, del 11 de febrero de 2015 a 10 de febrero de 2017 y que el último debía ser del 11 de febrero de 2017 al 10 de febrero de 2018. Así mismo pide se declare que la demandada terminó de manera unilateral e ilegal el último contrato el 17 de agosto de 2017, cuando se encontraba en debilidad manifiesta, que evadió injustificadamente el pago de aportes a seguridad social e incumplió con el pago correcto de prestaciones sociales, actuando de mala fe. En consecuencia, se condene a la empresa PRADOS Y RIEGOS SERVICIOS INTEGRALES LTDA, y solidariamente a LIME S.A. E.S.P., a pagar las sumas correspondientes a la liquidación final de prestaciones sociales de cada una de las anualidades en que tuvo vinculación junto con la indemnización moratoria. Igualmente se condene al pago de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 correspondiente a 180 días de salario y la indemnización por despido sin justa causa del artículo 64 del C.S.T. En subsidio pide se ordene pagar al fondo de pensiones los aportes faltantes. **Obteniendo sentencia de primera instancia**

artículo 34 del C.S.T. se declare la responsabilidad solidaria entre el contratista y la empresa contratante para el pago de las obligaciones laborales del trabajador que desarrolló una labor que vincula directamente a la empresa contratante, por cumplir los requisitos exigidos por la jurisprudencia laboral como la sentencia T 889 de 2014 de la Corte Constitucional. Es de resaltar que la defensa de LIME a pesar de haberlo solicitado no hizo interrogatorio solicitado en su contestación al demandante para determinar si en su contrato prestaba los servicios indirectamente para LIME E.S.P.

Solicito al Honorable Tribunal, que se estudie el caso en concreto, teniendo en cuenta las pruebas aportadas, los alegatos de conclusión presentados ante el a quo, y se realicen las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda puesto que las pretensiones que se solicitaron dentro de la demanda tienen todo el fundamento documental y en el fallo no se tuvo en cuenta este fundamento, estas pruebas documentales allegadas. Tampoco las erráticas respuestas que dieron los demandados cuando prestaron testimonio. Muchas gracias su señoría."

desfavorable a sus aspiraciones, pues aunque se declaró la existencia 5 contratos de trabajo entre las partes, se declararon probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, pago y transacción propuestas por la demandada PRADOS Y RIEGOS, absolviendo a las demandadas de las peticiones incoadas en su contra y condenando al actor al pago de las costas del proceso. Para arribar a tal conclusión, estimó la juez de primer grado que los extremos de los contratos emanaban con claridad de la prueba documental aportada por la demandada, esto es, de la copia de los contratos de trabajo y la constancia de terminación de cada uno de ellos, suscrita por el demandante.

De otro lado, advirtió no probadas las comisiones a las que se refería el actor en su escrito introductor por lo que estableció que el salario de este correspondía al mínimo legal, enfatizando, aunque el demandante recibía un auxilio de alimentación, se demostró que tal concepto no era constitutivo de salario y, en esa medida, no había lugar a ajustar las liquidaciones canceladas y, por ende, tampoco procedía la sanción moratoria. En ese mismo sentido, al no acreditarse que el convocante recibía un salario variable, consideró igualmente que no había lugar a ordenar el ajuste de los aportes a seguridad social.

Por último, con relación a la terminación del contrato, aunque no desconoció que el demandante estuvo incapacitado hasta el 17 de agosto de 2017 y sufrió un accidente de trabajo, concluyó, que dicha situación no lo relevaba de probar que el finecimiento del vínculo obedeció a la decisión del empleador lo cual no se logró probar ya que, por el contrario, se encontró que el vínculo finalizó por renuncia del trabajador según la transacción suscrita entre las partes, precisando, aunque al absolver el interrogatorio el demandante adujo que fue constreñido para la firma de dicho documento, lo cierto es que no pidió la nulidad de tal negocio jurídico y que, si en gracia de discusión se le restara validez a tal documental, lo cierto es que no estaba acreditado el despido, negando de esta forma las aspiraciones que procuraban el pago de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y la indemnización por despido sin justa causa.

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia que entre el demandante y la empresa PRADOS Y RIEGOS SERVICIOS INTEGRALES S.A.S., existieron varios contratos de trabajo;

sin embargo, precisamente una de las inconformidades a las que se refiere el recurrente, versa sobre los extremos temporales en los que suscitaron las mismas.

En ese orden, revisado el elenco probatorio, se encuentran las siguientes documentales:

- Certificación laboral en la que se hace constar que el señor EUDIS DANIEL MEJIA OÑATE trabajó con la empresa PRADOS Y RIEGOS SERVICIOS INTEGRALES del “13 de enero de 2014 al 17 de agosto de 2017 desempeñando el cargo de *guadañador en el mantenimiento de separadores viales y zonas verdes de Suba en Bogotá*” (folio 50)
- Copia de los contratos individuales de trabajo a término fijo inferior a un año suscritos entre PRADOS Y RIEGOS LTDA y EUDIS DANIEL MEJIA OÑATE así: el 2 de mayo de 2013 (folios 151 y 152), el 2 de enero de 2014 (folio 185 y 186), el 1 de enero de 2015 (folios 190 y 191), el 1 de enero de 2016 (folio 195 y 196) y 1 de enero de 2017 (folios 200 y 201).
- Copia de la renuncia presentada por el demandante el 4 de diciembre de 2013 (folio 154), que sería efectiva a partir del 23 de diciembre de ese mismo año.
- Copia de la liquidación definitiva de prestaciones sociales en la que se consignan como extremos del 2 de mayo a 23 de diciembre de 2013 (folio 155)
- Terminación de mutuo acuerdo del contrato a partir del 19 de diciembre de 2014 (folio 188)
- Liquidación definitiva de prestaciones sociales con extremos 13 de enero a 31 de diciembre de 2014 (folio 189).
- Liquidación definitiva de prestaciones sociales con extremos 1 de enero al 30 de diciembre de 2015.
- Acta de terminación de mutuo acuerdo en la que se pacta finalizar el contrato el 15 de diciembre de 2015 (folio 194)
- Acta de terminación de mutuo acuerdo de contrato de enero de 2016 a partir del 15 de diciembre de 2015 (sic) (folio 198)
- Liquidación definitiva de prestaciones sociales del 1 de enero al 30 de diciembre de 2016.
- Liquidación definitiva de prestaciones sociales del 1 de enero al 17 de agosto de 2017 (folio 203)

- Contrato de transacción suscrito entre las partes el 17 de agosto de 2017, en el que se aceptan y reconocen los contratos de trabajo suscritos entre las partes, advirtiéndose que estos finalizaron por renuncia voluntaria del trabajador. Puntualmente que el 17 de agosto de 2017 el trabajador presentó renuncia. (folios 204 a 206)

De la documental anterior se deben hacer varias precisiones: De una parte, aunque la demandada expidió una certificación (folio 50) en la que consta la existencia de un único contrato de trabajo entre las partes del 13 de enero de 2014 al 17 de agosto de 2017, lo cierto es que tanto el demandante como la sociedad PRADOS Y RIEGOS, han sido consistentes en referir que en dicho interregno entre estas existió más de una relación laboral, y en ese sentido, debe restársele valor probatorio al mentado legajo.

Adicionalmente, se anota, existe inconsistencia entre las fechas consignadas en las actas suscritas por empleador y trabajador por la cual finalizan los contratos de mutuo acuerdo, y las liquidaciones finales de contrato, empero, en virtud de lo previsto en el artículo 61 del C.P.T., se dará mayor valor probatorio a los contratos y actas de terminación, que reflejan el querer de las partes contratantes, en la medida que estos documentos no fueron tachados ni desconocidos por la parte actora a través de los medios de contradicción que prevén las normas procesales, pues aunque alude que no cuenta con copia de los mismos, no niega su rúbrica, advirtiéndose en todo caso, que de tales documentales se infiere que los contratos no iniciaban su ejecución el 11 de febrero y finalizaban el 10 de febrero siguiente, como lo refiere la parte actora tanto en la alzada como en el escrito inicial.

Ahora, con respecto a los extremos procesales, el demandante al absolver su interrogatorio² no aportó ningún dato, pues aseguró no conocer las fechas, y los testigos NUBIA ISABEL MOJICA PACHECO³, directora administrativa y financiera -representante legal suplente- de PRADOS Y RIEGOS y FREDY SABOGAL RICO⁴, ex revisor fiscal demandada, aunque aludieron a la multiplicidad de contratos no fueron específicos en la calenda de inicio y terminación de estos, limitándose a indicar que los instrumentos contractuales normalmente iniciaban en enero y terminaban en diciembre de cada año.

² Cd folio 282, récord 47:28, acta folios 283 y 284

³ Cd folio 282, récord 1:49:02, acta folios 283 y 284

⁴ Cd folio 282, récord 2:26:32, acta folios 283 y 284

En síntesis, del análisis en conjunto de las pruebas concluye la Sala, no es posible establecer como fechas de inicio y terminación de los contratos de trabajo aquellas referidas por el actor en sus pretensiones, pues los medios de convicción apuntan a determinar que los extremos corresponden a aquellos que encontró acreditados la juez de primer grado, esto es, que los contratos tuvieron origen y fenecimiento en las siguientes calendas:

- Del 2 de mayo al 23 de diciembre de 2013.
- Del 2 de enero al 29 de diciembre de 2014.
- Del 1 de enero al 15 de diciembre de 2015.
- Del 1 de enero al 15 de diciembre de 2016.
- Del 1 de enero al 17 de agosto de 2017.

Valga anotar en este punto, la temporalidad de los contratos no debe supeditarse necesariamente a la fecha en que se efectuó el pago la liquidación final de prestaciones, pues lo que importa es constatar en que lapso se prestó efectivamente el servicio y, en esa medida, no se tiene en cuenta para verificar la duración de los contratos el extracto de la cuenta de ahorros de la que es titular el actor (folios 57 a 84). En ese mismo entendido, se precisa, los reportes de pago de aportes pensionales o historias laborales no pueden dar cuenta certera de la prestación personal del servicio con miras a establecer el tiempo de labores, tal como lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia de 10 de marzo de 2005, rad. 24313, reiterada en la SL15929-2017⁵, de allí que no se tome lo consignado en el reporte de semanas de cotización expedido por Colfondos (folios 53 a 55), dada la existencia de otros elementos de convicción con los que se corrobora el periodo laborado por el demandante.

Conforme lo expuesto, habrá de confirmarse la sentencia en este aspecto.

Ahora bien, se duele la parte actora, no se haya tenido en cuenta que los pagos realizados a la cuenta del trabajador superaban el salario mínimo legal mensual

⁵ «[...]Y lo sostenido por el ad quem, en cuanto a que para cierta época aparezca afiliado el actor al ISS, no es suficiente para demostrar la existencia del contrato de trabajo al ser ello apenas un <mero indicio de ese tipo de vinculación>, no resulta un razonamiento equivocado, habida consideración que como lo ha reiterado la Corte de tiempo atrás <...el hecho de la afiliación al seguro social, no demuestra por sí sólo el contrato de trabajo, pues para la estructuración de este, se requiere la coexistencia de los elementos del contrato de trabajo> (Sentencia del 18 de marzo de 1994, radicado 6261)».

vigente que se dijo era su salario, lo que a su juicio, corrobora que al demandante, además del auxilio de alimentación, presentaba variaciones en su salario por concepto de horas extras laborales que no se tuvieron en cuenta como factor salarial para liquidar sus contratos.

Frente a ello, la Sala pone de presente al actor que la discusión no se planteó en esos términos en el juicio, en tanto el demandante fundó lo anterior en el hecho que su salario tenía una porción fija (SMLMV) y variable consistente en comisiones (hecho 5, folio 103) pero en manera alguna se refirió al pago de horas extras, por lo que resolver en los términos expuestos sería contrariar el principio de congruencia y constituiría una trasgresión de los derechos de defensa y contradicción que le asiste a las encartadas.

No obstante, en aras de precisar lo relativo al salario, la Sala advierte que en los contratos de trabajo se pactó como remuneración el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad (folios 151 y 152, 185 y 186, 190 y 191, 195 y 196 y 200 y 201), sin que se avizore en el detalle de pagos efectuado al empleado (folios 210 a 214) ningún otro concepto con carácter salarial como lo son horas extras y recargos a las que se refiere el recurrente, pues adicional al salario pactado, el demandante devengó un auxilio de alimentación que no era constitutivo de salario según el pacto de desalarización suscrito entre las partes (mismo que no fue discutido ni objeto de apelación (folios 187, 192, 197) y cuya desalarización por demás fue avalada por la UGPP (folio 277)), el auxilio de transporte, préstamos y bonificación por mera liberalidad (esta última que no fue objeto de discusión en la presente litis por la cual no se analizó si era o no constitutiva de salario), que justifican las sumas giradas a la cuenta al actor que superan el salario mínimo legal mensual vigente, que se avizoran a folios 57 a 84.

El demandante, como bien lo asentó la juez de primer grado, no acreditó a qué correspondían los pagos que se hacían a su cuenta (folios 57 a 84) y no resulta válido presumir que todo lo que recibe por parte de su empleador es salario, menos aún que constituye la retribución por horas extras como lo pretende hacer ver el recurrente, las cuales valga decir, tampoco fueron acreditadas en el examine.

Así las cosas, del acervo probatorio incorporado a las diligencias no se extracta promedio salarial diferente o que sea consistente con la cifra que alega el demandante, por lo que no hay lugar a reliquidar la liquidación final de prestaciones sociales, vacaciones que fuera pagada por la convocada a juicio, por lo que se confirmará la sentencia de primer grado en este aspecto.

No siendo procedente la reliquidación perseguida, de cuya prosperidad dependía el pago de la sanción moratoria reclamada, no habrá de pronunciarse la Sala sobre tal pedimento, relevándose por tanto del estudio de la buena fe del empleador.

Establecido lo anterior, partirá la Sala por analizar lo relativo a la invocada estabilidad laboral reforzada por salud.

Funda sus aspiraciones el accionante en la Ley 361 de 1997 *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”*, disposición que en su artículo 26, señala: *“Ninguna **persona limitada** puede ser **despedida** o su contrato terminado **por razón de su limitación**, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo”*, conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000.

Nótese que la norma es clara en prohibir el despido o que el contrato sea terminado por razón del estado de salud del trabajador, descartando de contera, aquellos eventos en que la terminación es motivada por el propio trabajador. Para lograr la ineficacia del despido o la terminación del contrato, o la condena al pago de la indemnización, en el transcurso del debate procesal la parte demandante debe demostrar su limitación; mientras que a la parte demandada le corresponde eventualmente acreditar la autorización del Ministerio del Trabajo, en los términos ya citados o acreditar la justa causa del despido en el evento de invocarlo como motivo de terminación⁶.

⁶ Los criterios jurídicos para la aplicación de la norma reclamada por el actor, dictadas por la corporación rectora de la jurisdicción ordinaria, pueden resumirse entre otras, así:

En el caso de marras, ha de señalarse el vínculo laboral entre las partes terminó el 17 de agosto de 2017, empero, no se encuentra probado que la terminación acaeció como consecuencia de la voluntad del empleador, por el contrario, de en la consideración segunda del contrato de transacción que milita a folios 204 a 206, se indicó: “**SEGUNDO:** Que con fecha diez y siete (17) (SIC) de agosto de 2017, finalizó el contrato de trabajo por renuncia voluntaria del trabajador” (folio

a) Radicado 35606 de 2009:

“De acuerdo con la sentencia en precedencia [32532 de 2008] para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

b) Radicado SL 6850 de 2016:

“...En efecto, la censura parece diferenciar entre las causas justas y las razones que pueden acompañar a una decisión de despido. Por eso mismo, a pesar de que reconoce que en este caso no medio una justa causa, dice que la razón del despido fue la escisión de la entidad y no la condición de discapacidad del trabajador. Con fundamento en ello, en últimas, arguye que en el evento en que se propicie un despido unilateral y sin justa causa, en todo caso, el trabajador debe demostrar que la decisión se dio por razón de su discapacidad y no por otros motivos, para que opere la especial garantía de estabilidad.

Una interpretación de esas características no puede ser avalada por la Corte, por las razones que pasan a exponerse:

La interpretación que propone la censura torna totalmente nugatoria la garantía de estabilidad y le resta todo efecto útil a la disposición, pues pone en manos del empleador la facultad de despedir al trabajador discapacitado, libremente, con la sola condición de no motivar su decisión en función de la especial condición de discapacidad.

(...)

Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte...” (Resaltado por la Sala)

c) Radicado 67595 de 2017(...)

...si bien el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, que como ya se dijo no es una prueba solemne de la condición de discapacidad, fue posterior al despido, lo cierto es que se fundamentó en las patologías y en la deficiencia, discapacidad y minusvalía adquiridas por el actor durante el desarrollo del contrato de trabajo, tanto así que la fecha de estructuración se definió en el 29 de febrero de 2008, varios meses antes de que se hubiera efectuado la desvinculación...”

d) Radicado SL 1360 del 11 de abril de 2018:

(...) Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

204); y en el numeral primero de los ACUERDOS se dijo “1. *Las partes aceptan y reconoce que los contratos de trabajo suscritos entre ellos finalizaron por renuncia voluntaria del trabajador*”.

Sobre el particular, resalta la Sala, la validez de dicho negocio jurídico no fue objeto de debate, de hecho, el documento no fue desconocido, tachado u objetado por la parte actora dentro de los términos procesales previstos para ello. Fue solo hasta absolver el interrogatorio de parte que el actor aseguró que fue presionado a suscribir los documentos, pero nada diferente a sus afirmaciones consta en el expediente del que se pueda derivar vicio alguno de su consentimiento, de allí que deba otorgársele validez a la transacción realizada por las partes.

Ahora, aunque se dejaron consignadas dos fechas en el documento -30 de junio de 2017 (folio 204)- y 17 de agosto de 2017 (folio 206), es esta última la que antecede a las firmas de las partes y que, como quedó visto, correspondió efectivamente a la fecha en que feneció el último contrato, por lo que puede entenderse que la consignada al inicio del documento obedeció a un error de proforma.

Las circunstancias antedichas derivan en la inaplicabilidad de la ya mencionada Ley 361 de 1997, de lo que sigue que no puede concluirse que el finiquito de la relación laboral corresponde a un acto discriminatorio por su estado de salud, pues aunque en efecto para el 17 de agosto de 2017 estaba en periodo de incapacidad (folio 48), se trató de una renuncia voluntaria, es decir, la desvinculación se produjo por un acto derivado de la autonomía de la voluntad del trabajador que no se percibe eclipsada por la coacción o presión que eventualmente hubiere podido ejercer su empleador, con la cual se verificara viciada su decisión, por lo que mal haría el demandante aprovecharse de un acto propio para beneficiarse de las consecuencias derivadas de la declaratoria del estado de debilidad manifiesta que ahora invoca, razón por la cual se prohijará la decisión de primer grado en cuanto negó el pago de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Atendiendo idénticas consideraciones, es claro que tampoco resulta viable el pago de la indemnización por despido sin justa causa, pues el contrato terminó por voluntad del trabajador, según se acreditó en autos.

Finalmente, con relación a la solidaridad prevista en el artículo 34 del C.S.T., cuya aplicación se persigue respecto de la demandada LIME S.A. E.S.P., ha de advertirse que como quiera que no se imparte condena alguna contra la convocada principal, inocuo resulta efectuar pronunciamiento alguno sobre este aspecto.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Rafael

RAFAEL MORENO VARGAS

Diego Fernando Guerrero Osejo

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

*Exp. No. 21 2018 00071 01 EUDIS DANIEL MEJIA OÑATE CONTRA LIMPIEZA
METROPOLITANA SA. ESP- LIME SA ESP Y PRADOS Y RIEGOS SERVICIOS INTEGRALES
LTDA.*

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$200.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ MARIA MONTES
DURAN CONTRA COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.
(RAD. 21 2018 00389 01).**

Bogotá D.C. seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

A U T O

Milita escrita pública donde Colpensiones otorga poder general a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. (fl. 174), representada por CLAUDIA LILIANA VELA (fl. 175), a su vez esta profesional del derecho allega escrito de sustitución de poder a la Doctora CINDY JULIETH VILLA NAVARRO (fl. 169) y como quiera que la petición se ajusta a los términos previstos en los artículos 75 y 76 del C.G.P. se reconocerá personería a la nueva apoderada conforme las facultades del poder general otorgado y así mismo a la apoderada sustituta.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: RECONOCER PERSONERIA para actuar en calidad de apoderada judicial de la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con C.C. N° 65.701.747 y T.P. 123.148 y para actuar como apoderada sustituta a la Dra. CINDY JULIETH VILLA NAVARRO, identificada con C.C. N° 1.129.580.577 y T.P. 219.992 en los términos y con las facultades establecidas en el poder otorgado visible a folio 169.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandante y Colpensiones, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PROTECCION y COLPENSIONES, como también el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de ésta, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de febrero de 2020 (Cd a folio 162, record: 44:04, acta a folios 163 y 164), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por la Señora LUZ MARÍA MONTES DURÁN, al Régimen de Ahorro Individual el 12 de enero de 1995, y fecha efectiva el 1 de febrero de 1995, por intermedio de COLMENA CESANTÍAS Y PENSIONES hoy ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, y en consecuencia **DECLARAR** como afiliación válida la del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS, a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna de gastos de administración ni de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual de la Señora LUZ MARÍA MONTES DURÁN a COLPENSIONES, para ello se le concede el término de un mes.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN, a trasladar a COLPENSIONES, con toda la cuenta de ahorro individual de la actora, por concepto de gastos de administración y de traslado para ello también se le concede el término de un mes.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a activar la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y actualizar entonces su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probada las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN, fijando como agencias en derecho la suma de 1.200.000, **SIN COSTAS** a cargo de COLFONDOS y de COLPENSIONES.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE esta decisión con el superior por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la AFP PROTECCIÓN recurre la decisión expresando que su inconformidad radica en la condena por devolución de gastos de administración, aduciendo el soporte de dicha decisión resulta ser una sentencia que analizó supuestos de hechos diferentes a los que nos ocupa, y que se trataba de personas que tenían además de régimen de transición una clara expectativa legítima de adquisición del derecho pensional, situación que no se verifica en el presente caso, advirtiendo la accionante se benefició de los rendimientos que su cuenta de ahorro individual le proporcionó, sin que exista razón alguna para que la demandante se lucre de los rendimientos que si recibió en el RAIS, pues claramente no se hubiesen recibido si estuviera en el RPM.¹ (Cd. fl. 162 record: 45:37)

Por su parte COLPENSIONES solicita se revoquen las condenas interpuestas a su representada de manera total, teniendo en cuenta, que si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, este se debe aplicar de manera objetiva y se debe analizar cada caso en concreto, en especial lo atinente a las expectativas legítimas, pues manifiesta la aquí demandante, no es beneficiaria del régimen de transición no teniendo en este caso, una expectativa real sobre su derecho a la pensión.

Por otra parte, aduce dentro del proceso no se logra demostrar que existió un vicio de consentimiento alegado por error y por el contrario considera, con el interrogatorio de parte y con las pruebas allegadas al plenario se evidencia que la

¹ “Comedidamente me permito presentar recurso de apelación única y exclusivamente en lo relacionado con la orden impartida en sede de primera instancia e indicada en el numeral 3 de la parte resolutive del fallo, teniendo en cuenta, que no existe soporte alguno para ordenar que mi representada en un término de 1 mes, tenga que trasladar los denominados gastos de administración, a Colpensiones, teniendo en cuenta varias situaciones:

Primero, que el soporte de dicha decisión resulta ser una sentencia que analizó supuestos de hechos diferentes a los que nos ocupa, y que se trataba de una persona que tenía adema de régimen de transición una clara expectativa legítima adquisición del derecho pensional, situación que no se verifica en el presente caso.

Adicionalmente a lo anterior, la demandante durante el corto tiempo que estuvo vinculada a Protección y decidió con un fin lucrativo trasladarse a Colfondos, teniendo en cuenta, como lo señalo en su interrogatorio de parte, el musculo financiero que tenía el entonces CITIBANK, se benefició de los rendimientos que su cuenta de ahorro individual le proporcionó tanto así que decide en el RAIS, obteniendo mayores rendimientos en dicho sistema y no existe razón si se retrotrae toda la actuación y se declara la nulidad de la afiliación que la demandante se lucre de los rendimientos que si recibió en el RAIS, específicamente con mi representada y que no deba devolver esos rendimientos que claramente no eran recibidos si hubiese permanecido el RPM.

Adicionalmente el artículo 1746 del Código Civil, es claro en establecer la restituciones mutuas que existen en caso de las declaratorias de nulidades sin que sea válido crear unas inexistentes, ni sanciones no estatuidas en el Régimen, ni legislativo civil, ni legislativo laboral. En este orden de ideas, solicito al Honorable Tribunal revocar dicho inciso. Gracias.”

parte actora firmó el formulario de manera voluntaria, además de ratificar su decisión de permanecer en el RAIS, toda vez que para el año de 1997, en vez de retornar al RPM, decide trasladarse a la AFP Colfondos.

Finalmente asegura, no ser admisible que la demandante, pretenda trasladarse al RPM, y pretenda que el sistema sea solidario con ella, cuando ella no ha sido solidaria con el sistema, por más de 20 años, situación con la cual se quebranta el principio de sostenibilidad financiera².(Cd. fl. 162 record: 47:32)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

² “De manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación, para que así el Tribunal Superior Sala Laboral de Bogotá, revoque las condenas interpuestas a mi representada de manera total, teniendo en cuenta, que si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, tenemos también como lo ha manifestado el Honorable Tribunal, que este se deba aplicar de manera objetiva y que se debe analizar cada caso en concreto, y en especial lo atinente a las expectativas legítimas, pues es de manifestar que la aquí demandante, no es beneficiaria del régimen de transición no teniendo en este caso, una expectativa real sobre su derecho a la pensión.

Por otra parte, dentro del proceso no se logra demostrar que existió un vicio de consentimiento alegado por error, pues no nos encontramos frente a lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, y por el contrario, por el interrogatorio de parte y por las pruebas allegadas al plenario se evidencia que la parte actora firmo el formulario de manera voluntaria. Además, se evidencia que ratifica su decisión de permanecer en el RAIS, toda vez que, para el año de 1997, en vez de retornar al RPM, decide trasladarse a la AFP Colfondos.

Respecto de la carga de la prueba y conforme a la ponencia del Magistrado el Dr., Rafael Moreno Vargas, de fecha 18 de enero de 2018, solo se debe invertir la carga de la prueba por el hecho de que el demandante hubiese cumplido su derecho a adquirir una pensión con el Régimen de Transición, o se encontrara muy cerca a consolidar su derecho pensional para dicho traslado.

Pero en este caso, esta se aplica de manera general y no se estudia el caso en concreto, es decir, se invierte la carga de la prueba en las AFP y se exige a la demandante de probar la existencia de un vicio de consentimiento sin que exista el mayor esfuerzo procesal en cabeza de la parte demandante.

Por otra parte, no es razonable imponer obligaciones o soporte de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado, pues como ya se manifestó, dicho traslados se dieron, el primero para el año de 1995 y el segundo para el año de 1997, por lo que, no existía para la data tal requisito, pues solo nació hasta el año 2014, es manifestar que tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y debido proceso, no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad de interponer recursos sino como lo exige además y lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política, el ajuste de las normas preexistentes.

Por lo que no se aplica para que el caso objeto de estudio, teniendo en cuenta, que se exige soporte de esta información que para la data no eran requisitos fundamentales para el traslado dentro de regímenes.

Y por último, no es admisible que la aquí demandante, pretenda trasladarse al RPM, y pretenda que el sistema sea solidario con ella, cuando ella no ha sido solidaria con el sistema, por más de 20 años, pues esta situación quebranta el principio de sostenibilidad financiera, pues que afecta la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del sistema pensional, es decir, las futuras pensiones de las personas que por el contrario siempre han estado afiliadas y siempre han cotizado, al RPM, en este orden de ideas, solicito al Honorable Tribunal, se revoque el fallo proferido el a quo, y absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas interpuestas en su contra. Gracias”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora LUZ MARIA CORTES DURAN, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 43 y 44 del escrito de subsanación, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 44 a 46 de la misma documental, aspirando de manera principal se declare la nulidad o invalidez de la afiliación a Colmena hoy Protección, disponiéndose que continua afiliada al Régimen de Prima Media, en consecuencia se condene a Colfondos (fondo al que actualmente se encuentra vinculada) a realizar la devolución de los aportes a Colpensiones, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia de la afiliación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, estableciendo que la actora siempre permaneció en el régimen de prima media, ordenando a la AFP COLFONDOS en donde se encuentra afiliada la actora trasladar los aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna de gastos de administración ni de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual de la Señora LUZ MARÍA MONTES DURÁN a COLPENSIONES, y a PROTECCIÓN se le ordenó trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, tras considerar que la demandada Protección, no cumplió con la carga probatoria de demostrar el suministro de la información suficiente a la actora al momento en que se realizó el traslado de régimen, destacando que dicha carga probatoria se impone a ésta AFP demandada en aplicación del criterio sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

³ “En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran

Así las cosas, a folio 13 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 12 de enero de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas ante PROTECCIÓN el 22 de marzo del 2018 (fls. 25 a 27), COLFONDOS marzo 2018 (fls. 28 a 30) y COLPENSIONES en el año 2018 (fls. 31 a 33), es decir cuando ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba apenas con 429,29 semanas de cotización (fl. 120), equivalentes a 8 años, 4 meses y 5 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 12 de enero de 1995 (fls. 24, 119 y 143), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A (fl. 134 rta hecho No. 4 acepta afiliación) y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en

y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “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”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia

debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

*“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
“(...).*

“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 del 3 de abril del 2018, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, pues las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante⁵, no acreditan de manera alguna que la promotora del juicio conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, ya que tan solo aseguró que la información dada fue la relacionada con el hecho de que el ISS se acabaría, que podría pensionarse con un valor mayor y a cualquier edad.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 145, plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.), éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esta demandada.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la AFP PROTECCIÓN omitió en el momento del traslado de régimen (12 de enero de 1995 fl. 145), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado

⁵ Cd fl. 15, audio 1, record: 12:58

vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 del 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, conformándose en este punto la decisión de primer grado.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual (fl. 119 Historial de Vinculaciones - SIAF), situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó la *a quo*, de tal manera se prohijara la decisión de primer grado en este punto.

Ahora, para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por PROTECCIÓN y COLPENSIONES, relacionadas con la devolución de los gastos de administración y la sostenibilidad del sistema conviene precisar, no se está

⁶ “(...) Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales (...)”.

avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Además, es menester precisar, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones⁷ respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta (fl. 79), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

⁷ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 12 de febrero del 2020 (fol. 146).

RESUELVE

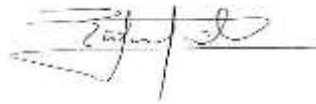
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 21 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS
Aclara Voto



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Aclara Voto

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLAUDIA MARIA
LOPEZ JIMENEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C. seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

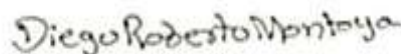
AUTO

Milita a folio 387 escrito de sustitución de poder de la apoderada principal de COLPENSIONES Dra. CLAUDIA LILIANA VELA a la Doctora LINDA VANESA BARRETO SANTA MARIA y como quiera que la petición se ajusta a los términos previstos en los artículos 75 y 76 del C.G.P. se reconocerá personería a la nueva apoderada sustituta conforme las facultades del poder otorgado.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: RECONOCER PERSONERIA para actuar en calidad de apoderada sustituta de la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, a la Dra. LINDA VANESA BARRETO SANTA MARIA, identificada con C.C. N° 1.013.637.319 y T.P. 280300 en los términos y con las facultades establecidas en el poder otorgado visible a folio 387.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por Colpensiones, guardando silencio la parte demandante y la AFP Protección, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la AFP PROTECCIÓN y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de ésta, contra la sentencia proferida por la Juez Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de marzo de 2020 (Cd a folio 376, record: 43:06, acta a folios 377 y 378), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado efectuado por CLAUDIA MARÍA LÓPEZ JIMÉNEZ identificada con cedula de ciudadanía número 30.275.874 al régimen de ahorro individual con solidaridad acaecido el 24 de noviembre de 1999.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. fondo en el que se encuentra afiliada CLAUDIA MARÍA LÓPEZ JIMÉNEZ a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES los valores correspondientes a la cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora conforme quedó explicado en procedencia.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduro la aparente afiliación a ese fondo, conforme quedo explicado precedentemente.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a PROTECCIÓN S.A. a la suma de \$2,000.000.

SEXTO: En caso de no ser apelada la sentencia por parte de COLPENSIONES, CONSULTESE a su favor ante el superior en los términos del artículo 69 del código procesal del trabajo y de la seguridad social.”

Inconforme con la decisión las apoderadas de las demandadas interpusieron recurso de apelación, inicialmente la AFP PROTECCIÓN señaló que cada caso debe ser estudiado de manera particular, precisando frente a la accionante, revisada su historia laboral, se puede evidenciar que la señora López durante

mucho tiempo hace aportes con el salario mínimo, hay unas brechas importantes de tiempo y especialmente es en el año 2013 donde se comienzan a hacer aportes sobre más de 2 o 3 salarios mínimos legales vigentes de la época, razón por la cual considera se debe tener en cuenta que como no era previsible para la señora CLAUDIA MARÍA LÓPEZ JIMÉNEZ dejar de cotizar y trabajar con salarios altos, tampoco era previsible para su representada tener en cuenta la misma situación.

Por otro lado expresa, frente a los gastos de administración, los mismos están estipulados en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, indicando existe un tercero de buena fe que es la aseguradora a la cual se le han hecho unos descuentos para una posible pensión de sobrevivencia o de invalidez de la señora CLAUDIA MARÍA LÓPEZ por lo que indica no se puede tener en cuenta esa devolución de los gastos de administración.¹ (Cd a folio 376, record: 44:51)

¹ “De acuerdo a la oportuna etapa procesal me permito interponer recurso de apelación en cuanto a la totalidad del fallo proferido por este despacho donde solicito a los honorables magistrados tener en cuenta los siguientes aspectos:

Como bien es dicho por la corte suprema de justicia cada caso debe ser estudiado de manera particular como es el caso de la señora CLAUDIA MARÍA LÓPEZ JIMÉNEZ, honorables magistrados, solicito a ustedes por favor revisar el caso particular de la señora CLAUDIA MARÍA LÓPEZ JIMÉNEZ en cuanto a sus historia laboral, toda vez que como se dijo en los alegatos antes de proferirse sentencia, la señora CLAUDIA MARÍA LÓPEZ JIMÉNEZ cuenta en la actualidad con 1068.14 semanas cotizadas, y al revisar la historia laboral de la señora CLAUDIA MARÍA LÓPEZ JIMÉNEZ se puede denotar que la señora López durante mucho tiempo hace aportes con el salario mínimo, hay unas brechas importantes de tiempo tal como lo manifiesta el total de sus semanas cotizadas y especialmente es en el año 2013, para el periodo de mayo donde la señora CLAUDIA MARÍA LÓPEZ JIMÉNEZ comienza a hacer aportes sobre más de 2 o 3 salarios mínimos legales vigentes de la época como lo es hasta la fecha.

Es por ello, honorables magistrados que se debe tener en cuenta que como no era previsible para la señora CLAUDIA MARÍA LÓPEZ JIMÉNEZ dejar de cotizar y trabajar con salarios altos, también no era previsible para mi representada tener en cuenta la misma situación. Si la señora CLAUDIA MARÍA LÓPEZ JIMÉNEZ deseara iniciar su prestación económica con mi representada, tendría todo el aval para hacerle una devolución de saldos junto con todos los aportes, rendimientos hasta la fecha y sería para ella más benéfico el estar afiliada a un fondo privado que trasladarse al régimen de prima media por una indemnización sustitutiva que claramente en aras de la parte económica de la señora Claudia María sería una desfachatez, toda vez que esta indemnización sustitutiva no le daría todo el valor que la señora CLAUDIA MARÍA LÓPEZ tiene en su cuenta individual que aparte los 121 millones que tiene en sus cuenta individual también tiene derecho a un bono pensional”

Por todo lo anterior también se debe tener en cuenta que es discutible el que mi representada en el caso hipotético que ustedes accedan al fallo de este despacho de devolver a la señora CLAUDIA MARÍA LÓPEZ JIMÉNEZ al régimen de prima media, también sería una desfachatez hacer una situación de los gastos de administración toda vez que mi representada aparte de tener los aportes de la señora CLAUDIA MARÍA LÓPEZ, de tener una excelente rentabilidad, los gastos de administración están estipulados en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y existe aquí un tercero de buena fe como lo es la aseguradora a la cual se le han hecho unos descuentos para una posible pensión de sobrevivencia o de invalidez de la señora CLAUDIA MARÍA LÓPEZ lo cual no es a lugar. Considera esta apoderada se tenga en cuenta esa devolución de esos gastos de administración. Por todo lo expuesto dejo y concluyo así mi recurso de apelación, muchas gracias.”

COLPENSIONES en su recurso expresa que la demandante tomó la decisión libre, voluntaria y espontánea de trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual sin que mediara algún vicio o alguna coacción que nublara aquel deseo o aquel acto jurídico de realizar dicho traslado, precisando esta tan solo contaba con una mera expectativa de su derecho pensional y por tanto, en su sentir no se encuentra válido su traslado en cualquier tiempo ya que le faltaba mucho tiempo para cotizar al sistema general de pensiones y satisfacer los requisitos mínimos para cumplir con sus derecho pensional.

Igualmente indica, la demandante manifestó y ratificó tácitamente su deseo de mantenerse dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad al no solicitar información alguna tanto al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES o incluso a la AFP PROTECCIÓN siendo su deber y su derecho solicitar las informaciones que correspondieran para cumplir con sus deseo de su mesada pensional o su derecho pensional eventualmente, como tampoco cumplió con la posibilidad de retornar al régimen de prima media en el 2003 cuando la ley 797 de 2003 brindó un plazo prudencial para trasladarse a quienes se sintieran con alguna vulneración de sus derechos pensionales al régimen de prima media desde el régimen de ahorro individual ni demostró que hubiera existido algún vicio del consentimiento al momento de efectuar el traslado o realmente alguna falta de información, toda vez que como ella lo describió a lo largo de su interrogatorio, conoce las características del régimen de ahorro individual y aun así se mantuvo dentro del régimen a lo largo del tiempo hasta la fecha.² (Cd a folio 376, record: 49:10)

² “Siendo la oportunidad pertinente presento frente al despacho y contra la decisión emitida por el mismo, recurso de apelación solicitándole a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá sala laboral que se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar de absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas, como quiera que la demandante obró conforme a los supuestos fácticos y jurídicos como es por ejemplo tomar la decisión libre, voluntaria y espontánea de trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual sin que mediara algún vicio o alguna coacción que nublara aquel deseo o aquel acto jurídico de realizar dicho traslado, esto conforme lo dispone el artículo número 13 de la ley 100 de 1993.

Aunado a esto tenemos también que la demandante como se evidencia en sus historia laboral contaba solo con una mera expectativa de su derecho pensional y por tanto, no se encuentra válido su traslado en cualquier tiempo ya que le faltaba mucho tiempo para cotizar al sistema general de pensiones para satisfacer los requisitos mínimos para cumplir con sus derecho pensional y por tanto, resultaría improcedente actualmente e incluso en el momento en el que realizaron la afiliación inicial a PROTECCIÓN se le hubiere efectuado una proyección de sus mesada ya que como se ha evidenciado ha habido variaciones en las cotizaciones presentadas por la demandante, las cuales no han sido continuas, por tanto de igual forma debemos tener presente que la demandante manifestó y ratificó tácitamente su deseo de mantenerse dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad al no solicitar información alguna tanto al instituto de seguros sociales hoy COLPENSIONES o incluso a la AFP PROTECCIÓN siendo su deber y su derecho solicitar las informaciones que correspondieran para cumplir con sus deseo de su mesada pensional o su derecho pensional eventualmente.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora CLAUDIA MARIA LOPEZ JIMENEZ, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 194 y 195 las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 190 a 194, aspirando de manera principal se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado efectuado a Colmena hoy Protección, ordenando el traslado y afiliación a Colpensiones y en consecuencia se condene a Protección a devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos, gastos de administración o cualquier otro y en caso de haberse ordenado pensión disponer que sea Protección quien la siga pagando hasta tanto sean trasladados a Colpensiones todos los recursos, costas del proceso que incluyan agencias en derecho, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS por la demandante, tras considerar que la AFP PROTECCIÓN no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente a la actora, para que se diera un consentimiento libre sobre la decisión de su futuro pensional.

Aunado a esto tenemos que tampoco cumplió con la posibilidad de retornar al régimen de prima media en el 2003 cuando la ley 797 de 2003 brindó un plazo prudencial para trasladarse a quienes se sintieran con alguna vulneración de sus derechos pensionales al régimen de prima media desde el régimen de ahorro individual y tampoco se evidenció que la demandante demostrara que hubiera existido algún vicio del consentimiento al momento de efectuar el traslado o realmente alguna falta de información, toda vez que como ella lo describió a lo largo de su interrogatorio, conoce las características del régimen de ahorro individual y aun así se mantuvo dentro del régimen a lo largo del tiempo hasta la fecha.

Por tanto tampoco sería procedente acceder a una rescisión de contrato toda vez que se encuentra fenecida la oportunidad para solicitarlo conforme lo dispone el artículo 1750 del código civil y los artículos 151 y 488 del código sustantivo del trabajo y del código procesal del trabajo, ya que ha transcurrido más del termino trienal o cuatrienal que dan dichas normativas para solicitar dicha rescisión, ineficacia o nulidad del contrato de afiliación son que dicha prescripción vulnera realmente su derecho pensional el cual se encuentra cubierto con su afiliación al régimen e ahorro individual con solidaridad ya que son prescriptibles todos los actos jurídicos sin que haya alguna excepción en este caso.

Por tanto ruego a los honorables magistrados revocar la decisión de primera instancia ya que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual y no se evidencia algún vicio o alguna acción que nos permita inferir alguna nulidad de su afiliación o ineficacia. Muchas gracias”

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 40 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 19 de mayo de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante Colpensiones y Protección el 22 de junio de 2018 (fls. 32 y 35), es decir, cuando ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho de pensión y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba apenas con 488.14 semanas de cotización (fls. 327 y 328), equivalentes a 9 años,. 5 meses y 27 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 24 de noviembre de 1999 (fls. 15, 325 y 330), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLMENA hoy

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “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”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

PROTECCION (acepta afiliación fl. 292 rta hecho No. 2) y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata

de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado PROTECCIÓN.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El error del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

*“(…).
“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.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existe elemento convicción alguno que permita constatar la información suministrada a la parte actora al momento de su traslado, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, advirtiendo que ello no deviene probado del interrogatorio de parte de la demandante (Cd fl. 376, record: 8:00) en razón a que no se obtuvo confesión alguna en ese sentido, pues sus dichos se dirigieron a establecer que la asesora de la AFP únicamente le indicó que si ella fallecía su familia podía reclamar todo el dinero que tuviera en su cuenta, que se podía pensionar a cualquier edad y que le iban a tener en cuenta para la mesada pensional el salario devengado en el último año de cotizaciones.

Por otro lado, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fls. 15 y 325), plasmado en el formulario de afiliación, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada Protección.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la AFP PROTECCIÓN (antes COLMENA) omitió en el momento del traslado de régimen (24 de noviembre de 1999, fls. 15 y 325), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, como ya se dijo la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó la *a quo*, de tal manera se prohijara la decisión de primer grado en este punto.

En esta dirección y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por PROTECCIÓN, conviene precisar, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del

traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la accionante, a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración, y en cuanto a que los aportes de la accionante variaron tanto en su periodicidad como en el IBC reportado en los últimos años de cotizaciones y por ende podría resultarle más favorable una posible devolución de saldos en el RAIS, se tiene que tales argumentos en nada inciden frente al deber de información adecuada y veraz que se le debía dar a la actora al momento de su traslado de régimen.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁵ (fls. 252 a 254) respecto de quien además se surte el grado jurisdiccional de Consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

⁵ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 12 de agosto de 2019 (fol. 368)

RESUELVE

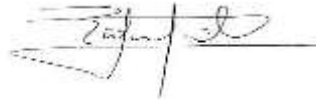
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 22 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS
Aclara Voto



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Aclara Voto

EXP. No 24 2017 00750 01 YENY ELENA MARTÍNEZ SANTODOMINGO CONTRA LA SECRETARÍA DE HACIENDA DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA-FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DE BUCARAMANGA, LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP- y la vinculada como litisconsorte necesario la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR YENY ELENA MARTÍNEZ SANTODOMINGO CONTRA LA SECRETARÍA DE HACIENDA DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA-FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DE BUCARAMANGA-, AFP PROTECCIÓN, AFP PORVENIR, LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP- y la vinculada como litisconsorte necesario la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 24 2017 00750 01).

Bogotá D.C. seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante, Protección, UGPP, Colpensiones y Porvenir, guardando silencio el Fondo Territorial de Pensiones de Bucaramanga, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Porvenir, Protección y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta última, contra la sentencia proferida por la Juez Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de enero de 2020 (Cd a folio 313, récord: 40:02 acta a folio 328), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que hizo JENNY ELENA MARTÍNEZ SANTODOMINGO, identificada con la cédula de ciudadanía número

63.337.594 a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales JENNY ELENA MARTÍNEZ SANTODOMINGO, identificada con la cédula de ciudadanía 63.337.594 nunca se afilío al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en consecuencia debe retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de JENNY ELENA MARTÍNEZ SANTODOMINGO, identificada con la cédula de ciudadanía 63.337.594, como las cotizaciones o aportes que haya realizado junto con los rendimientos que hubiera causado, es decir, lo que tenga la demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual, al momento en que se realice el traslado sin hacer deducción alguna, es decir, se debe trasladar lo correspondiente, también los gastos de administración, conforme a la parte motiva de esta sentencia debiendo PROTECCIÓN, igualmente cancelar a COLPENSIONES lo que haya deducido a la demandante, por concepto de gastos de administración.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, afiliar a JENNY ELENA MARTÍNEZ SANTODOMINGO, identificada con la cédula 63.337.594, actualizar y corregir la historia laboral de la demandante, una vez reciba esos dineros que le debe trasladar la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, y los gastos de administración que le debe remitir PROTECCIÓN.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, y las demás demandadas probada la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por el FONDO DE PENSIONES TERRITORIALES – MUNICIPIO DE BUCARAMANGA.

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas MUNICIPIO DE BUCARAMANGA, SECRETARÍA DE HACIENDA DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA, y a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, conforme a lo motivado.

SEXTO (Sic): SIN CONDENAS en COSTAS en la instancia.

SÉPTIMO: en el evento que no se interponga recurso de apelación contra la presente sentencia por parte de COLPENSIONES, **REMÍTASE** el expediente a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta a su favor. ”

Inconforme con la decisión, los apoderados judiciales de Porvenir, Protección y Colpensiones interpusieron recurso de apelación. Inicialmente el abogado de PROTECCIÓN solicitó se revoque la condena relacionada con la devolución de

los gastos de administración, argumentando que las comisiones de administración son aquellas que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan a las cuentas de ahorro individual de los afiliados y de cada aporte del 16% del IBC que ha realizado la demandante al Sistema General de Pensiones, la AFP ha descontado un 3% para cubrir los gastos de administración, considerando dicho descuento se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 y opera tanto para el RAIS como para el RPM.

Expresando, durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada al Fondo de Pensiones Obligatorio administrado por Protección, su representada administró los dineros de la misma que fueron depositados en su cuenta de ahorro individual, gestión que realizó con la mayor diligencia, por lo tanto, reitera no es procedente que se ordene la devolución de lo que la AFP descontó por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos realizados conforme a la Ley y como contraprestación a una buena gestión de administración como lo es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

En este orden de ideas, solicita se entienda que el contrato de afiliación nunca existió y por ende, Protección nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la actora, advirtiendo de mantenerse tal orden se constituye a favor de la demandante un enriquecimiento sin justa causa, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por una buena administración de su representada, sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada, realizando el Juez una interpretación no acorde a la Constitución y la Ley, en detrimento del patrimonio de la AFP accionada (Cd folio 313, récord 43:10, acta folio 328)¹

¹ *“Encontrándome dentro de la oportunidad pertinente me permito presentar recurso de apelación frente al numeral 3 de la decisión proferida por este Juzgado, en cuanto a que mi representada Protección, debe cancelar a Colpensiones los gastos de administración, teniendo en cuenta lo siguiente:*

Las comisiones de administración son aquellas que cobran las AFP, para administrar los aportes que ingresan a las cuentas de ahorro individual de los afiliados, de cada aporte del 16% del IBC, que ha realizado la demandante al Sistema General de Pensiones, la AFP, ha descontado un 3%, para cubrir los gastos de administración antes mencionados y para pagar el seguro provisional a la compañía de seguros.

La AFP PORVENIR señala en su recurso no estar de acuerdo con la decisión tomada de declarar ineficaz la afiliación realizada por Porvenir así como de cancelar los gastos de administración a Colpensiones y ordenar el traslado de todos los recursos, además considera que el error de derecho no vicia el consentimiento y el error de hecho solo lo vicia cuando se esté hablando del objeto o de la esencia del contrato, manifestando que la voluntad de la actora

Descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, y que opera tanto para el RAIS, como para el RPMPD.

De otro lado, téngase en cuenta que durante el tiempo que la demandante duro afiliada al Fondo de Pensiones Obligatorio administrado por Protección, mi representada administró los dineros de la misma que fueron depositados en su cuenta de ahorro individual, gestión que realizó con la mayor diligencia, por lo tanto, no es procedente que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por comisión de administración, toda vez que, se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos realizados conforme a la Ley y como contraprestación a una buena gestión de administración como lo es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

En este orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia que se ordenó el día de hoy en el proceso que se lleva en este momento, es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende, Protección nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual.

Los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo, el artículo 1746 habla de la restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en esto, debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y/o una nulidad de afiliación y se haga la ficción de que nunca existió el contrato no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual producto de la buena gestión de la AFP, y el fruto o mejora de la AFP, es la comisión de administración, de la cual, debe conservar si efectivamente se hizo rentar el patrimonio afiliado.

Así las cosas, se puede hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y de la Seguridad Social, toda vez que, si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o hubieren recibido, se llegaría a la conclusión que el afiliado debe devolver los rendimientos de su cuenta a la AFP, y esta última a la comisión de administración del afiliado, toda vez que la comisión nunca se debió haber descontado, tampoco que debieron haber existido dichos rendimientos financieros.

Finalmente, que se ordene que mi representada Protección, devuelva los aportes de la demandante, los rendimientos, perdón, que Protección, devuelva a Colpensiones los gastos de administración, gracias, esto genera y se constituye a favor de la demandante un enriquecimiento sin justa causa, a favor de la demandante, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por una buena administración de mi representada, sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada, realizando el Juez una interpretación no acorde a la Constitución y la Ley, en detrimento del patrimonio de mi representada, vulnerándose el derecho a la igualdad y privilegiándose de manera injustificada a una de las partes del contrato que fue declarado nulo o ineficaz, y que fue suscrito de buena fe por mi representada.

Teniendo en cuenta lo anterior, le solicito muy respetuosamente al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, que se revoque el numeral 3, en cuanto a que Protección le deba cancelar a Colpensiones los gastos de administración. Muchas gracias su señoría.”

fue ratificada cuando se trasladó del fondo Protección a Porvenir. (Cd Folio 313, récord 47:16, acta folio 328)²

Por su parte, la apoderada de Colpensiones a través del recurso pretende igualmente se revoque la sentencia y se absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. Considera se debe tener en cuenta que la demandante no estaba y no estuvo afiliada al ISS, hoy en día, Colpensiones, precisando cuando la demandante pretende que se declare una nulidad o ineficacia y retornar nuevamente al RPM, su representada se encontraba totalmente imposibilitada para realizar tal acto, toda vez que, la demandante no se encontraba ni nunca estuvo afiliada con al ISS, aunado a que también se encontraba dentro de una prohibición legal, esto es lo que estipula el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 del 93, que a su tenor reza que los afiliados que estuviesen próximos o que les faltare 10 años para cumplir los requisitos para pensionarse no podían retornar nuevamente al RPM, salvo los afiliados que cumplieren los requisitos para ser beneficiarios del régimen de transición, señalando que en caso de confirmarse la decisión de primer grado no se condene en costas pues la apelación interpuesta no es de forma caprichosa. (Cd folio 313, récord 47:16, acta folio 328)³

² “Señora Juez, dentro del término que me concede la Ley y estando en la oportunidad procesal para ello, presento recurso de apelación en contra de la sentencia, fundamento lo siguiente en concreto:

Presento el recurso de apelación en contra de la decisión del Juzgado de declarar ineficaz la afiliación realizada por Protección, perdón, por Porvenir, a la hoy demandante, así como cancelar los gastos de administración a la Administradora Colombiana de Pensiones y ordenar el traslado de todos los recursos junto con los ejercicios financieros que ha tenido durante todos los años.

Lo anterior, fundamentado en primer lugar, en la sentencia 357 del 2017 de la Corte Constitucional, en la cual, declara que la ineficacia es un término general del cual se desprende la nulidad o las inexistencia de los contratos que en el caso como tal, si se debe acreditar la existencia de un vicio del consentimiento, en ese sentido, la sentencia de primera instancia, desconoce lo contenido en el artículo 1510 del Código Civil, en el cual, establece que el error de derecho, perdón, 1509 del Código Civil, en el cual, establece que el error de derecho, no vicia el consentimiento y el 1510 que el error de hecho, solo vicia el consentimiento cuando se esté hablando del objeto o de la esencia del contrato.

Así mismo desconoce lo establecido en el 1752 sobre el saneamiento de la ratificación cuando se traslada de Fondo de Protección a Porvenir y el 1554, la ratificación tacita de que trata. En ese sentido solicito Señora Juez, solicito se me conceda el recurso de apelación”

³ “Si su señoría, muy respetuosamente y encontrándome dentro del término procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación ante la sentencia proferida por el a quo, ante los Honorable Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, el cual sustento de la siguiente forma:

Rogándoles a ustedes Señores Magistrados de ante mano revocar la sentencia proferida por el a quo, toda vez que si bien es cierto Señores Magistrados, téngase en cuenta que como se expuso en los alegatos de

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora YENY ELENA MARTÍNEZ SANTODOMINGO, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 2, las cuales encuentra fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 1 y 2, aspirando, se declare que no es válido y por ende ineficaz el traslado efectuado el 1° de agosto de 1995 al régimen de ahorro individual administrado por Protección S.A., en consecuencia solicita se declare válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida y por ende se trasladen todos los valores consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional ordenando la devolución de todos los saldos de la actora al Régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES y la activación de su afiliación en dicho régimen, tras considerar que la**

conclusión la hoy demandante primero que todo no estaba y no estuvo afiliada al ISS, hoy en día, Colpensiones, de igual forma téngase en cuenta que cuando la demandante pretende que se declare una nulidad o ineficacia y retornar nuevamente al RPMPD, mi representada se encontraba totalmente imposibilitada para realizar tal acto, toda vez que, como se manifestó la demandante no se encontraba ni nunca estuvo afiliada con mi representada.

De otra parte, Señores Magistrados también tengan en cuenta que a la demandante al solicitar este retorno si bien es cierto al RPMPD, pues también se encontraba dentro de una prohibición legal, esto es lo que estipula el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 del 93, que a su tenor reza que los afiliados que estuviesen próximos, o que les faltare 10 años para cumplir los requisitos para pensionarse no podían retornar nuevamente al régimen de transición, no podían retornar nuevamente al RPMPD, salvo los afiliados que cumplieren los requisitos para ser beneficiarios del régimen de transición.

De esta misma forma, Señores Magistrados, ruego a usted que si se llegase a ratificar la sentencia de primera instancia, mi representada no sea condenada en costas, toda vez que, el recurso no se presenta de forma caprichosa sino lo que se quiere prever es un desfinanciamiento tal cual como lo ha plasmado en reiterados pronunciamientos la Honorable Corte Constitucional, donde expone que si se permiten afiliados que no han cotizado durante toda su vida en el RPMPD, y peor aún, en el caso que nos ocupa, la afiliada o demandante nunca estuvo afiliada al ISS, hoy día Colpensiones, se podría crear un desfinanciamiento en el sistema poniendo en riesgo las pensiones de los afiliados que han estado toda su vida cotizando al RPMPD, los cuales, han sido sometidos a los cálculos actuariales que realiza mi representada para hacer reserva y hacer reconocimiento a las potenciales y posibles prestaciones sociales de pensiones de estos afiliados. De esta forma dejo sustentado mi recurso, muchas gracias.”

demandada PROTECCIÓN no logró demostrar el suministro de la información idónea al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia y en punto a la apelación de PORVENIR, es menester precisar, al tenor de lo previsto en literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, el traslado entre regímenes pensionales podía realizarse cada 3 años, tiempo que fue incrementado con la modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 a 5 años, siempre y cuando al afiliado le faltaran más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

Así las cosas, a folio 13 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 28 de agosto de 1966, de igual forma conforme la documental obrante a folios 14 y 23, se puede establecer que la actora fue empleada pública del orden municipal, por ser funcionaria de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga por lo que la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, de acuerdo con el parágrafo del artículo 151⁵ de ésta ley sería hasta a más tardar el 30 de junio de 1.995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental, data que conforme con la

⁴ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “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”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

⁵ ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma.

PARÁGRAFO. El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1.995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.

documental de folio 14 ítem No. 18, fue establecida por los Bomberos de Bucaramanga para el 1° de abril de 1994, calenda para la cual contaba con 27 años, 7 meses y 3 días de edad, advirtiendo, la edad de 57 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante PORVENIR el 31 de mayo de 2017 (folio 40) y a PROTECCIÓN el 15 de noviembre de 2017 (folio 54), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho de pensión y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos había laborado al servicio de los BOMBEROS DE BUCARAMANGA⁶ 5 años, 10 meses y 20 días (folio 14), razones por las cuales, no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado o afiliación realizada a régimen de ahorro individual con solidaridad el 6 de julio de 1995 (fls. 115 y 156), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN.

Previo a continuar con el estudio correspondiente y para resolver las inconformidades de COLPENSIONES en su apelación, debe advertirse para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994- la carga pensional se encontraba a cargo del FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA, dado que el empleador de la actora para esa época a la CAJA DE PREVISIPON SOCIAL MUNICIPAL de tal ciudad. Sin embargo y aunque según el reporte de folio 14, la actora no realizó ninguna cotización al Instituto de Seguros Sociales, ello no significa que no se encontrara vinculada al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto, que con su afiliación a la AFP PROTECCIÓN, se haya producido un traslado de régimen.

⁶ BOMBEROS DE BUCARAMANGA, forma parte del Departamento de Santander, y su naturaleza jurídica corresponde a la de una entidad descentralizada del orden municipal, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial, creada por el Acuerdo 058 del cinco (5) de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Lo anterior, en razón a que de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993, existen formas diferentes de ingresar al sistema general de pensiones: I) la afiliación y II) la incorporación colectiva, que ocurrió por ejemplo en el caso de los servidores públicos activos quienes, con algunas salvedades estipuladas en la Ley, quedaron automáticamente incorporados en virtud del artículo 1° del Decreto 691 de 1994⁷, con efectos a partir de cuando entró a regir para ellos el sistema.⁸

Con relación a la incorporación automática de los servidores públicos al régimen de prima media, se refirió la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“(…) Por tanto, a partir de la citada fecha (entrada en vigencia de la ley 100 para los servidores públicos), debía entenderse que el régimen previsional quedó incorporado al régimen de prima media con prestación definida, sin perjuicio del respeto de «los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de [la Ley 100 de 1993] hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general», según el artículo 11 de la citada Ley.”⁹

En consonancia con lo anterior, no queda duda que dada su calidad de servidora pública activa, una vez entró a regir la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, dada la ausencia de selección individual de régimen, la actora se

⁷ Art. 1°.- Incorporación de servidores públicos. Incorpórase al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos:

a) Los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o distrital, así como de sus entidades descentralizadas;

b) Los servidores públicos del Congreso de la República, de la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República.

Parágrafo. La incorporación de los servidores públicos de que trata el presente decreto se efectuará sin perjuicio de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, Decreto 314 de 1994 y Decreto 1359 de 1993 y las normas que los modifiquen y adicionen.

⁸ Así lo adocrinó la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Radicación 48031 de 31 de enero de 2012. M.P. JORGE MAURICIO BURGOS. En esa oportunidad dijo esa Corporación: *“(…) aunque en ese momento ellos estaban facultados para hacer una manifestación de voluntad en el sentido de seleccionar el régimen bien el de prima media o el de ahorro individual, y la administradora de pensiones, el hecho de que en ese entonces no lo hubieran hecho en forma individual, no significaba que quedaran por fuera del sistema, pues se itera, su incorporación al mismo se produjo por disposición legal con efectos en las fechas límites establecidas para cada caso, o cuando se produjera el acto administrativo de la respectiva autoridad pública como lo previó el parágrafo del artículo 151 de la Ley 100”.*

⁹ Sentencia SL2817 de 2019.

entendió incorporada automáticamente al régimen de prima media con prestación definida, por ello, con su afiliación a PROTECCIÓN el 6 de julio de 1995 (folio 115) -administradora de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad- se concretó su traslado de régimen de prima media al RAIS.

Por otra parte, se precisa, teniendo en cuenta que se encontró acreditada la calidad de servidora pública de la demandante y como quiera que lo pretendido en autos es la nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia, advirtiendo que la eventual petición encaminada al reconocimiento y pago de una pensión, deberá ser puesta en conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

Ahora bien, frente al tema de la ineficacia o nulidad del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para su estudio, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente

de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PROTECCIÓN.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011¹⁰, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

¹⁰ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está

menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existe elemento convicción alguno que permita constatar la información suministrada a la parte actora al momento de su traslado, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, advirtiendo que ello no deviene probado del interrogatorio de parte de la demandante (Cd fl. 287, record: 24:01) en razón a que no se obtuvo confesión alguna en ese sentido.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 115), plasmado en el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN omitió en el momento del traslado de régimen (6 de julio de 1995, fls. 115 y 156), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al

régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones tal y como lo indicó la juez a quo, de tal manera se prohijará la decisión de primer grado en este punto. Valga anotar, en el caso particular de la demandante, ante la ineficacia de la afiliación al RAIS, debe entenderse que ésta siempre estuvo sujeta al régimen de prima media, pues, como se indicó en precedencia, con la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones, todo el régimen previsional quedó derogado y/o incorporado al último, contexto en el cual, ante la cesación de la obligación pensional de la ex empleadora pública, en los términos del inciso 4° del artículo 4° del Decreto 692 de 1994, «*quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales*».¹¹

En la misma dirección se debe señalar que no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

De igual forma, es menester precisar al apelante de PORVENIR, el hecho de que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual (fl. 156 Historial de Vinculaciones - SIAF), situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la

¹¹ En estos mismos términos concluyó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2817 de 2019.

Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011¹².

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por PROTECCIÓN y PORVENIR, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante¹³.

En lo que atañe a la excepción de prescripción, ésta no será estudiada pues no fue objeto de apelación por las demandadas y además se tuvo por no contestada la demanda de COLPENSIONES (ver auto fl. 280) en virtud de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

Sin COSTAS en esta instancia.

¹² “(...) Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales (...)”.

¹³ “Realiza la Corte la anterior remembranza normativa, porque de ella se colige que, ante la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, debe entenderse que ésta siempre estuvo sujeta al RPMPD, pues, como se indicó en precedencia, con la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones, todo el régimen previsional quedó derogado y/o incorporado al último, contexto en el cual, ante la cesación de la obligación pensional de la ex empleadora pública, en los términos del inciso 4° del artículo 4° del Decreto 692 de 1994, «quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales».

EXP. No 24 2017 00750 01 YENY ELENA MARTÍNEZ SANTODOMINGO CONTRA LA SECRETARÍA DE HACIENDA DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA-FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DE BUCARAMANGA, LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP- y la vinculada como litisconsorte necesario la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 24 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

[Firma manuscrita]

RAFAEL MORENO VARGAS

Aclara Voto

[Firma manuscrita]

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Aclara Voto

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ISMAEL PEÑALOZA
GARCÍA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- e ISMAEL ZIPA PATIÑO (RAD. 25 2017 00770 01).**

Bogotá D.C. seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

A U T O

Milita escrita pública donde Colpensiones otorga poder general a la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S. (fl. 294), representada por JOHANA ANDREA SANDOVAL HIDALGO (fl. 295), a su vez esta profesional del derecho allega escrito de sustitución de poder a la Doctora MARIA MARCELA PEREZ MONTERO (fl. 292) y como quiera que la petición se ajusta a los términos previstos en los artículos 75 y 76 del C.G.P. se reconocerá personería a la nueva apoderada conforme las facultades del poder general otorgado y así mismo a la apoderada sustituta.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: RECONOCER PERSONERIA para actuar en calidad de apoderada judicial de la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, a la Dra. JOHANA ANDREA SANDOVAL HIDALGO, identificada con C.C. N° 38.555.125 y T.P. 158.999 y para actuar como apoderada sustituta a la Dra. MARIA MARCELA PEREZ MONTERO, identificada con C.C. N° 41.750.752 y T.P. 35.497 en los términos y con las facultades establecidas en el poder otorgado visible a folio 292.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por Colpensiones, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso en atención a lo dispuesto por el Acuerdo PCSJA20-11556 del 22 de mayo del 2020 Artículo 9 y en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 21 de febrero de 2020 (Cd. fl. 285, record 24:47, acta a folio 286), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la parte demandada COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante, por lo motivado. **ABSOLVER** a las partes demandadas de todas las peticiones incoadas, así queda clarificado el primero, o sea, a las “dos partes”.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: por ser totalmente adversa a las pretensiones del demandante, en caso de no ser apelada **ENVÍESE** a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta.

CUARTO: GASTOS de la curaduría por la suma de \$200.000, y a favor del curador Dr., **JULIÁN VELANDIA RUÍZ.**”

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte actora recurre la decisión solicitando se revoque en su totalidad y en su lugar se acceda al derecho reclamado como quiera que conforme a la historia laboral aportada al expediente la fecha de afiliación del actor es desde el 28/05/76, y de estas cotizaciones se desprende que el demandado Zipa Patiño, no pagó al actor las correspondientes a los meses de enero a diciembre de 1994, los meses de marzo a diciembre de 1995, enero a diciembre de 1996, los meses de marzo a octubre del 1997 y los correspondientes al año 1998, precisando se apreció erróneamente la lectura del reporte de la historia laboral unificada pues considera el demandante supera las 750 semanas el 25 de julio de 2005, siendo beneficiario del Régimen de Transición.

Advirtiendo con la sola afiliación de un patrono respecto de un empleado se reconoce su condición de trabajador y por ende Colpensiones no dio cumplimiento

al artículo 24 de la Ley 100 de 1993, siendo responsable de la totalidad de cotizaciones del actor¹ (Cd fl. 286, record: 26:05)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante ISMAEL PEÑALOZA GARCIA las pretensiones visibles a folios 115 a 117 del escrito inicial y 159 a 160 de la reforma de la demanda, las cuales tienen sustento fáctico en los hechos narrados a folios 117 a 120 de la demanda y 160 a 162 de la reforma, encaminadas a que se declare tiene cotizadas más de 750 semanas al 25 de julio del 2005, y por ende se le deben contabilizar en la historia laboral los aportes de enero a diciembre de 1994, marzo a julio, noviembre y diciembre de 1995, enero a junio, agosto a diciembre de 1996, marzo a octubre de 1998, en consecuencia se condene al pago de una pensión mensual vitalicia a partir del 27 de julio del 2015

¹ “Gracias señoría, me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia producida en el día de hoy a fin de que se revoque en su totalidad, y en su defecto se acceda a despachar favorablemente las pretensiones iniciales del libelo demandatorio, ya que, se encuentra plenamente probado que la demandada a folio 57 a 60, en su reporte, de manera expresa e inequívoca señala que la fecha de afiliación del actor es del 28/05/76, y de estas cotizaciones se desprende que el demandado Zipa Patiño, no pagó al actor las correspondientes a los meses de enero a diciembre del 94, los meses de marzo a diciembre del 95, enero a diciembre del 96, y los meses de marzo a octubre del 97 y los correspondientes al año 98.

Toda vez que, es dable la decisión del Señor Juez aquí apelada, se denota que apreció erróneamente la lectura del reporte de la historia laboral unificada obrante a folio 6 (sic), donde el protocolo de Colpensiones fija exactamente qué se debe retirar del sistema a través de una letra R, la cual, no está reportada en el documento, en el cual, basa el Señor Juez su decisión.

El a quo, dejó de apreciar que una vez contabilizada las semanas aquí reseñadas a las ya reportadas en cuantía de 641, tal como obra en la Resolución GNR 25486 del 25 de enero del 86, el actor, supera las 750 semanas el 25 de julio de 2005, siendo beneficiario del Régimen de Transición, siendo que de igual manera, Colpensiones elaboró dichas constancias con semanas pagas por el demandado Cipa Patiño y por otros empleadores, tal como ya se mencionó en la mencionada Resolución.

El a quo, erróneamente deduce que la demandada Colpensiones, no debe hacerse responsable del reconocimiento y de la contabilización de semanas impagas por el demandado y empleador particular Zipa Patiño, toda vez que, no se aportó al proceso constancia alguna de contratos de trabajo ya sean definidos o indefinidos o bien de cotizaciones como trabajadores independientes, cuando por el contrario, está previsto que la sola afiliación de un patrono al respecto de un empleado está reconociendo su condición de trabajador, no importa la modalidad, en la cual, se haya contratado, y de igual forma, está probado plenamente que Colpensiones no dio cumplimiento del artículo 24 de la Ley 100 del 94, para haber puesto a disposición del presente proceso los cálculos actuariales a cotización por parte del actor, por tanto, la demandada Colpensiones y el demandado Cipa Patiño, son solidariamente responsables en su totalidad de las cotizaciones a pensión del actor, tal como se peticionó en el libelo demandatorio.

Pruebas de las documentales existentes en el proceso, y por todo lo aquí expuesto ruego a los Señores Magistrados revocar la sentencia aquí apelada y despachar favorablemente las pretensiones de la presente demanda. Gracias.”

debidamente indexada, junto con el retroactivo correspondiente, intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas y agencias del proceso. **Obteniendo sentencia de primera desfavorable a sus aspiraciones**, pues se absolvió de las pretensiones incoadas tras considerar el Juez *a quo* no tener 750 semanas al 29 de julio del 2005, sino tan solo 676,28 incluyendo la mora que se encuentra para los años 1995 y 1996 de 34.28 semanas conforme se extrae de la historia laboral aportada por el demandante, razón por la cual señaló que pese a tener el actor más de 40 años al 1° de abril de 1994 no cumplió los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 al 31 de julio del 2010 ni tampoco extendió el beneficio transicional al 2014.

De esta manera, con ocasión del recurso de apelación promovido por la parte actora, en primer lugar corresponde a la Sala establecer si el demandante es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, beneficio que de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005², tiene dos límites temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo -29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

De tal manera, en el expediente reposa copia de la cédula de ciudadanía del actor (fl. 62) que da cuenta de su fecha de nacimiento el 30 de noviembre de 1947, ello permite concluir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1° de abril de 1994 contaba con 46 años, 5 meses y 1 día de edad, por tanto, en principio sería beneficiario del régimen de transición, por lo menos hasta el 31

² "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen"

de julio de 2010 y, eventualmente, hasta el año 2014, debiendo proceder entonces a la verificación del régimen que le sería aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario.

En cuanto al régimen anterior, se observa que el accionante durante su vida laboral ha efectuado cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida desde el 28 de mayo de 1976 fecha que se consigna en el cuadro de tiempos de servicio establecido por COLPENSIONES a folio 47 en la Resolución GNR 25486 del 25 de enero del 2016, por manera que, **el régimen anterior aplicable a la situación pensional de la demandante lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990**, que en su artículo 12 exige la edad de 60 años para el hombre y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, antes del 31 de julio de 2010.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que el señor ISMAEL PEÑALOZA alcanzó los 60 años de edad el 30 de noviembre del 2007, es decir, en fecha anterior al primer límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, 31 de julio de 2010, por lo que el tiempo anterior a los 20 años anteriores al cumplimiento de la referida edad, son los comprendidos **entre el 30 de noviembre de 1987 y el mismo día y mes del año 2007**, debiendo entonces verificarse el número de semanas cotizadas en dicho lapso.

En ese contexto, se tiene el demandante aduce en su apelación Colpensiones no contabilizó los periodos de enero a diciembre de 1994, marzo a diciembre de 1995, enero a diciembre de 1996, mayo a octubre de 1997 y enero a diciembre de 1998, lo cual también encuentra soporte en los hechos Nos. 1.3 a 1.11 de la reforma de la demanda (fls. 161 y 162)

De esta manera, advierte en primer lugar la Sala, la documental de folios 57 a 60 del expediente en manera alguna puede ser objeto de estudio ya que no se encuentra suscrita por parte de un funcionario de Colpensiones ni contiene alguna insignia que pruebe su autoría, por lo que ello le resta su mérito probatorio, además de no haber sido reconocida de manera expresa ni tácita por la

demandada y tampoco ésta fundó su defensa con apego a ella³, razón por la cual para la verificación de los tiempos aportados al régimen de prima media se tendrá en cuenta lo aceptado por la demanda en la Resolución GNR 25486 del 25 de enero del 2016 (fls. 47 y 47 vto) donde se muestra la entidad en donde laboró el demandante, desde y hasta cuándo y el número de días cotizados.

En este orden de ideas, respecto del año 1994 con el empleador ZIPA ISMAEL no se evidencia ningún tipo de vínculo, pues solo hay cotizaciones del 2 de septiembre de 1993 al 1° de diciembre de ese año con una vinculación posterior pero de enero de 1995 (fl. 47), por lo que al no probarse la prestación personal del accionante a favor del tal empleador durante ese año, que generara el pago de tales aportes, no es viable contabilizar tales semanas.

Ahora, respecto de los restantes periodos encuentra la Sala a folio 44 del plenario una respuesta dada por COLPENSIONES al actor en la cual se indica que para los ciclos de **marzo de 1995 a junio de 1996** con el empleador ISAMEL ZIPA “*no se evidencia pago efectuado por dicho empleador para tales ciclos, razón por la cual no se contabilizan en su historia laboral*”, sin embargo pese a dicha respuesta se tiene que en la citada Resolución GNR 25486 del 25 de enero del 2016 a folio 47 COLPENSIONES incluye y contabiliza el periodo del **1° de febrero de 1995 al 24 de agosto de 1996 para un total de 564 días cotizados**, esto es, ya se encuentra incluido el periodo que se aduce como en mora para los meses de marzo a diciembre de 1995 y enero al mes de agosto de 1996, por ende este no será objeto de corrección.

Aunado a lo anterior también se debe advertir el demandante tiene unas cotizaciones simultaneas en el periodo que aportó con ZIPA ISMAEL, las cuales corresponden a los aportes efectuados por los empleadores GUSTAVO RIVERA C E y 21 PADILLA TRUJILLO Y CIA LTD, que no pueden ser tenidas en cuenta en la sumatoria total del tiempo cotizado, para un total de 52 días discriminados así (ver fl. 47):

- 01/03/1995 a 14/03/1995 = 14 días

- 01/04/1995 a 01/4/1995 = 1 día

-01/07/1995 al 20/07/1995 = 20 días

³Al respecto, pueden consultarse recientes pronunciamiento de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 14236 Radicación No. 46404 del 30 de septiembre de 2015, SL 6557 Radicación No. 48254 del 11 de mayo del 2016 y SL 12019 Radicación No. 48264 del 10 de agosto de 2016.

-01/09/1995 al 13/09/1995 = 13 días

-01/10/1995 al 4/10/1995 = 4 días

Por otro lado resulta, la demandada en el mismo acto administrativo a folio 47 vuelto expresa: "*con el empleador zipa Ismael **presenta vinculación desde 199610 con retiro en el ciclo 199612, nuevamente presenta aportes desde 199801 a 199809, no proceden para cobro, debido a que el empleador ZIPA ISMAEL reportó novedad de retiro 199809 con 2 días cotizados.***", sin embargo pese a señalar la accionada que existe vinculación para tales meses (octubre a diciembre de 1996 y enero a 2 de septiembre de 1998) los mismos no se encuentran relacionados en el cuadro de tiempo de servicios de folios 47 y 47 vto, sin que exista razón para que estos sean desconocidos por la demandada quien incluso refirió no proceder cobro para los mismos, por lo que estos se sumaran a los ya reconocidos por COLPENSIONES.

Así las cosas, las semanas que se deben adicionar a los tiempos de servicio reconocidos por la accionada a folios 47 y 47 vto son:

1. **Del 1° de octubre de 1996 al 31 de diciembre de 1996 = 90 días y**
2. **Del 1° de enero de 1998 al 2 de septiembre de 1998 = 242 días, para un total de 332 días o 47.42 semanas.**

Establecido lo anterior, iterando que el actor cumplió los 60 años edad el 30 de noviembre del 2007 (fl. 62), procede la sala a verificar si cumple con el requisito de semanas de cotización, memorando que la norma aplicable (art. 12 Acuerdo 049 de 1990) exige 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo, y en ese orden, teniendo en cuenta las semanas aquí acreditadas como no tenidas en cuenta por COLPENSIONES (47.42) más las reconocidas por a folios 47 y 47 vto, encuentra la Sala, en el periodo comprendido del **30 de noviembre de 1987 al 30 de noviembre del 2007** (20 años anteriores al cumplimiento de la edad), cuenta con

376.13⁴ semanas de cotización, como quiera que tuvo cotizaciones solo hasta el 13 de agosto del 1987 y nuevamente inició el 7 de abril de 1989, siendo en todo caso la totalidad del tiempo cotizado, esto es, a partir del **28 de mayo de 1976** y

4

SEMANAS EN LOS ULTIMOS 20 AÑOS		
30/11/1987 a 30/11/2007		
Fecha Inicial	Fecha Final	No Días
7/04/1989	27/12/1989	116
1/08/1989	27/12/1989	149
11/01/1990	1/04/1990	81
17/04/1990	1/05/1990	15
28/11/1990	6/02/1991	71
2/09/1993	1/12/1993	91
1/01/1995	5/01/1995	5
1/02/1995	24/08/1996	564
1/01/2000	11/01/2000	11
1/02/2000	1/03/2000	31
1/04/2000	21/04/2000	21
1/05/2000	30/11/2000	210
1/12/2000	1/12/2000	1
1/02/2002	13/02/2002	13
1/03/2002	30/11/2002	270
1/11/2005	30/11/2005	30
1/01/2006	31/05/2006	150
1/07/2006	28/10/2006	118
1/11/2006	29/12/2006	59
1/01/2007	25/03/2007	85
1/05/2007	30/11/2007	210
Total Días		2301
Total semanas		328,71
Semanas octubre 1996 a diciembre 1996 y enero 1998 a 2 septiembre 1998		47,42
TOTAL SEMANAS		376,13

hasta el **31 de julio del 2010** con las salvedades anotadas, **921.56⁵** semanas las cuales incluyen las 47.42 semanas de octubre a diciembre de 1996 y enero a 2 de septiembre de 1998, no cumpliendo así los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990.

5

1000 SEMANAS EN CUALQUIER EPOCA		
Fecha Inicial	Fecha Final	No Días
28/05/1976	31/12/1979	1313
8/09/1981	15/01/1982	130
1/02/1982	30/07/1982	180
3/09/1982	20/11/1982	79
22/11/1982	12/09/1983	295
5/08/1983	1/10/1983	58
10/01/1984	25/03/1984	76
24/05/1984	23/05/1985	365
14/11/1985	30/03/1986	137
29/05/1986	11/07/1986	44
16/12/1986	13/08/1987	241
7/04/1989	31/07/1989	116
1/08/1989	27/12/1989	149
11/01/1990	1/04/1990	81
17/04/1990	1/05/1990	15
28/11/1990	6/02/1991	71
2/09/1993	1/12/1993	91
1/01/1995	5/01/1995	5
1/02/1995	24/08/1996	564
1/01/2000	11/01/2000	11
1/02/2000	1/03/2000	31
1/04/2000	21/04/2000	21
1/05/2000	30/11/2000	210
1/12/2000	1/12/2000	1
1/02/2002	13/02/2002	13
1/03/2002	30/11/2002	270
1/11/2005	30/11/2005	30
1/01/2006	31/05/2006	150
1/07/2006	28/10/2006	118
1/11/2006	29/12/2006	59
1/01/2007	25/03/2007	85
1/05/2007	31/03/2008	330
1/05/2008	30/09/2009	510
1/11/2009	31/07/2010	270
Total Días		6119
Total Semanas		874,14
Semanas octubre 1996 a diciembre 1996 y enero 1998 a 2 septiembre 1998		47,42
SEMANAS AL 31 DE JULIO DEL 2010		921,56

Igualmente se tiene que el actor para el 29 de julio del 2005 acumuló **699.85⁶** semanas en las cuales se incluyen las 47.42 semanas atrás referidas como no tenidas en cuenta por Colpensiones, cifra inferior a las 750 exigidas por el párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005 para tal efecto, razón por la cual se concluye en los términos del nuevo texto constitucional, el demandante ya no se encuentra amparado por el régimen de transición.

Dilucidado lo anterior, es claro que no puede tener éxito el reconocimiento de la pensión de vejez que se reclama en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, pues se repite, no cumplió con las semanas requeridas por tal normatividad.

Ahora bien, como lo solicitado por la parte actora es el reconocimiento de la pensión de vejez, advirtiendo que no es beneficiario del régimen de transición, examinado su derecho a la luz de la Ley 797 de 2003, se advierte que tampoco reúne los requisitos establecidos en la misma, en atención a que en toda su vida

6

SEMANAS AL 29 JULIO 2005		
Fecha Inicial	Fecha Final	No Dias
28/05/1976	31/12/1979	1313
8/09/1981	15/01/1982	130
1/02/1982	30/07/1982	180
3/09/1982	20/11/1982	79
22/11/1982	12/09/1983	295
5/08/1983	1/10/1983	58
10/01/1984	25/03/1984	76
24/05/1984	23/05/1985	365
14/11/1985	30/03/1986	137
29/05/1986	11/07/1986	44
16/12/1986	13/08/1987	241
7/04/1989	31/07/1989	116
1/08/1989	27/12/1989	149
11/01/1990	1/04/1990	81
17/04/1990	1/05/1990	15
28/11/1990	6/02/1991	71
2/09/1993	1/12/1993	91
1/01/1995	5/01/1995	5
1/02/1995	24/08/1996	564
1/01/2000	11/01/2000	11
1/02/2000	1/03/2000	31
1/04/2000	21/04/2000	21
1/05/2000	30/11/2000	210
1/12/2000	1/12/2000	1
1/02/2002	13/02/2002	13
1/03/2002	30/11/2002	270
Total Dias		4567
Total Semanas		652,43
Semanas octubre 1996 a diciembre 1996 y enero 1998 a 2 septiembre 1998		47,42
TOTAL SEMANAS		699,85

laboral, únicamente cuenta con 1134.42 semanas de cotizaciones (1087 fl. 47 vto + las 42.47 no reconocidas por la demandada), habiendo efectuado la última el 1° de marzo de 2015 (fl. 47 vto), anualidad para la cual se exigían 1300 semanas para quienes no eran beneficiarios del régimen de transición, de acuerdo a lo establecido en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, incluso para la fecha en que cumplió los 62 años de edad (30/11/2009) se exigían 1150 con las cuales tampoco contada el demandante.

Así las cosas, agotada como se encuentra esta instancia por el estudio de los motivos objeto de apelación, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR PATRICIA ELENA VERA PAEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y LA AFP PROTECCIÓN S.A. (RAD. 29 2018 00525 01).

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado DANIEL RENDÓN ACEVEDO, como apoderado de la demandada PORVENIR S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido mediante escritura pública N° 1717 del 6 de octubre de 2019 (folios 238 a 245 y 267 a 270). En igual sentido, se reconoce personería para actuar a la abogada MARIA MARCELA PEREZ MONTERO, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder de sustitución otorgado por la doctora JOHANNA ANDREA SANDOVAL, en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S (folio 272).

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., lapso durante el cual la demandante y PROTECCIÓN S.A., guardaron silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de febrero de 2020 (Cd a folio 255, récord: 01:24:55, acta a folios 256 a 259), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora PATRICIA ELENA VERA PAEZ identificada con cedula de ciudadanía 51723694 realizado ante la demandada HORIZONTE S.A. hoy ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. suscrita el 15 de marzo de 1996 por los motivos expuestos, en consecuencia **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante PATRICIA ELENA VERA PAEZ como cotizaciones y rendimiento para lo cual se le concede el termino de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recibir del FONDO DE PENSIONES Y CSANTÍAS PORVENIR S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante como cotizaciones, rendimientos que se hubieren causado y actualizar su historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA EN COSTAS.

QUINTO: de no ser apelada la presente sentencia, **CONSULTARSE** con el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, esto en favor de COLPENSIONES.
Se notifica esta providencia en estrados.”

Inconforme con la decisión, la apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia y, en su lugar, sea absuelta de las pretensiones incoadas en su contra. En sustento de ello, argumenta, el formulario de afiliación tiene plena validez por cuanto fue suscrito de manera libre y voluntaria y no adolece de vicio alguno y que, en el año 2004 en cumplimiento a la orden de la Superfinanciera, realizó publicación en la que se informó a los beneficiarios de las ventajas y desventajas entre regímenes y la oportunidad que tenían para retornar al régimen de prima media.

De otro lado, refiere, no existe una ineficacia de pleno derecho en razón a que se cumplieron con los requisitos de ley para que el acto naciera a la vida jurídica, y si se verificara como nulidad, esta debe estudiarse como relativa por error de derecho, la

cual tienen la virtualidad de ser saneada por las partes, advirtiendo, no tiene sentido que se alegue una indebida información cuando se traslado en más de una oportunidad de regreso a PORVENIR.

Finalmente, argumenta no ser posible aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia pues la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, de allí que las sentencias de esa Corporación no le sean vinculantes, por tratarse de situaciones fácticas y jurídicas disímiles (Cd a folio 255, récord: 01:26:18, acta a folios 256 a 259)¹.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora PATRICIA ELENA VERA PAEZ, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 56 y

¹ “Su señoría, estando en la oportunidad procesal pertinente para tal efecto me permito interponer recurso de apelación el cual sustentaré en los siguientes términos: Esta juzgadora indica que en el presente caso opera el fenómeno de la ineficacia en razón a una falta de información por parte mi representada, contrario con lo que indica el despacho se debe tener en cuenta que el formulario de afiliación sí tiene validez y que el mismo como ya lo indicó el despacho, fue suscrito de manera libre y voluntaria sin que de por medio existiera algún tipo de apremio, este nunca fue tachado de falso, demás consideraciones que fueron expuestas en los alegatos de conclusión los cuales me permito ratificar en esta oportunidad.

Ahora, téngase en cuenta que mi representada en el año 2004 emitió una publicación en el diario El Tiempo por orden de la superintendencia financiera de Colombia en el cual se daba información respecto de los beneficios y desventajas de un régimen y otro y que tenían la oportunidad de retornar al régimen de prima media. Así mismo téngase en cuenta que no se puede afirmar que estamos ante una ineficacia de pleno derecho pues si nos remitimos al código civil o al código de comercio, el que habla de las ineficacias, se entiende que la ineficacia, la cual es la que adopta este despacho es cuando no se cumple con uno de los requisitos propios y en ese entendido no existió, no nació a la vida jurídica, sin embargo, sí nació y si existió por cuanto cumplió con los requisitos propios de la ley y nació porque al momento que la parte demandante suscribió el formulario de afiliación era una persona totalmente adulta, totalmente capaz que no formuló las preguntas pertinentes para el momento que suscribió el formulario de afiliación o los diferentes formularios de afiliación por cuanto en el evento en que el tribunal analizara una nulidad, le solicito que analice la nulidad relativa con relación a un error de hecho el cual puede ser saneado por la voluntad de las partes.

Ahora, llama mucho la atención que alega que hubo una insuficiente información, ¿por qué nuevamente retorna a PORVENIR? porque hay dos retornos, esto no tiene sentido si ella dice que no tenía información, que fue insuficiente, ¿por qué nuevamente retornar a PORVENIR?, respecto de las sentencias, téngase en cuenta que sí es bien conocido que la corte suprema de justicia ha creado una línea jurisprudencial en las sentencias 31989 del 2008, 31314 de 2008, 36083 de 2011 y 46292 de 2004 si bien allí se dice que por la falta de información sí se puede declarar la ineficacia y la nulidad, todos estos casos fueron estudiados con personas que tenían régimen de transición, la demandante acá no tiene régimen de transición, luego estas sentencias no pueden ser vinculantes, ahora, se tiene en cuenta que para el 2019 en ponencia de la doctora Clara Dueñas en la sentencia CL 1452 dijo “Sí, es cierto, estos no fueron estudiados con personas que tenían régimen de transición, eso no quiere decir que no se puedan aplicar”, pero se contradice porque nuevamente estudia esta sentencia con una persona que tiene régimen de transición, luego no pueden ser vinculantes porque las situaciones fácticas y jurídicas no son las mismas, ya se ha resaltado que la demandante no tiene régimen de transición. Por lo anterior le solicito al tribunal que revoque la sentencia de instancia y que en su lugar absuelva a mi representada.”

57, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 57 a 60, aspirando de manera principal se declare la “*nulidad e ineficacia*” del traslado al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., en razón a la inoportuna e insuficiente asesoría sobre los efectos del traslado que no estuvo procedida de información suficiente, al igual que el traslado efectuado entre dicho régimen de PORVENIR a ING- Santander. En consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. reportar la novedad en el SIAFP, quedando válidamente asignada a COLPENSIONES como única entidad encargada de administrar sus recursos pensionales; así mismo, se disponga a PORVENIR S.A. trasladar todos los saldos tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, monto de los aportes, cotizaciones correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte, junto con sus rendimientos, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. a COLPENSIONES, y a esta última, recibir los dineros girados por la AFP. Pide se condene por lo ultra y extra petita y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS por la demandante, tras considerar que la AFP PORVENIR, no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que la voluntad de la actora estuvo viciada por falta de ilustración.

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, a folio 4 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 5 de noviembre de 1961, por lo que

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “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”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones y PORVENIR el 5 de julio de 2018 (folios 25 a 26 y 27 a 28), es decir, cuando le faltaba menos de un año para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 56 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 506,57 semanas de cotización (folio 227 vto.), equivalentes a 9,84 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 15 de marzo de 1996 (folios 5, 164, 212 vto. y 226 vto.) específicamente, conforme la información reportada el formulario de afiliación, en el SIAFP expedido por ASOFONDOS y en la historia laboral emitida por la oficina de bonos pensionales.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP quienes, en consecuencia, deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia, las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro, y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma, se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, la vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado HORIZONTE hoy PORVENIR S.A..

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011³, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más recientemente en

³ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…)”

“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus

las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones

frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁴ y por la testigo CLARA MAGDALENA PRADA ZAMUDIO⁵, ex compañera de trabajo de la demandante y quien aseguró haber estado al momento en que la actora suscribió el formulario de afiliación, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues frente a este fueron consistentes en señalar que en una reunión se les informó que era una entidad mucho más organizada que tendría las mismas cosas que en el ISS, evitarían las filas y podrían solicitar su dinero en cualquier momento, siendo esto último lo que motivó la afiliación de la demandante, según su propio dicho.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 5), plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A antes HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, omitió en el momento del traslado de régimen (15 de marzo de 1996, folio 5), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la actora hubiese efectuado varios traslados entre AFP no conlleva a que se le haya dado la información

⁴ Cd fl. 184, record 19:32.

⁵ Cd folio 255, récord 35:02.

oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que, si bien se trató de traslados, los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual (folios 7 a 11 y 164), situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó la *a quo*, de tal manera se prohijará la decisión de primer grado en este punto.

De igual forma, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁶ (fl. 182), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está

⁶ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 17 de octubre de 2019 (fol. 236)

íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

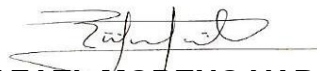
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 29 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS

(ACLARA VOTO)



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

(ACLARA VOTO)

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OMAIRA MOSQUERA MOSQUERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (RAD. 29 2019 00295 01).

Bogotá D.C. seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

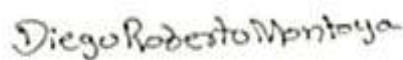
A U T O

Milita a folio 175 escrito de sustitución de poder de la apoderada principal de COLPENSIONES Dra. JOHANA ANDREA SANDOVAL HIDALGO a la Doctora MARIA MARCELA PEREZ MONTERO (fl. 175) y como quiera que la petición se ajusta a los términos previstos en los artículos 75 y 76 del C.G.P. se reconocerá personería a la nueva apoderada sustituta conforme las facultades del poder otorgado.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: RECONOCER PERSONERIA para actuar en calidad de apoderada sustituta de la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, a la Dra. MARIA MARCELA PEREZ MONTERO, identificada con C.C. N° 41.750.752 y T.P. 35.497 en los términos y con las facultades establecidas en el poder otorgado visible a folio 175.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por Colpensiones y la AFP Porvenir, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la AFP PORVENIR, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de enero de 2020 (Cd a folio 154, record: 43:31, acta a folios 166 a 169), en la que se resolvió:

“DECLARAR la ineficacia de la afiliación de OMAIRA MOSQUERA MOSQUERA, identificada con la cédula de ciudadanía número 31.944.092 a PORVENIR S.A., suscrita el 9 de noviembre de 1999, por los motivos expuestos. En consecuencia **DECLARAR** que para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y por lo mismo, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante OMAIRA MOSQUERA MOSQUERA, como cotizaciones, rendimientos para lo cual, se le concede un término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recibir de PORVENIR S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, rendimientos y actualizar la historia laboral.

QUINTO (Sic): ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: SIN CONDENA en COSTAS.

SEXTO: de no ser apelada la sentencia por parte de COLPENSIONES, enviarla en Consulta al Honorable Tribunal Superior de Bogotá.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la AFP PORVENIR interpuso recurso de apelación, expresando que en este caso, no se ha acreditado aun, que su representada hubiere omitido algún tipo de información al momento del traslado de la demandante, precisando hacer una exigencia para que pueda declararse una

ineficacia como sucede en esta decisión, sale del mismo contexto en la que se produce, porque si se quisiera mirar las condiciones tanto en uno u otro régimen, han cambiado desde el momento en que la actora se trasladó, por ejemplo las semanas o la densidad de cotizaciones para acceder a una pensión de vejez dentro del RPM, fue modificada mediante la Ley 797 de 2003, lo que significa que el sustento mediante el cual se declara la ineficacia no permite colegir que en este asunto se haya omitido algún deber de información, porque la misma Ley es cambiante, así como su situación laboral.

Igualmente señala que no se puede afirmar que Porvenir antes Colpatria, omitió el deber de información de no decirle a la demandante que tenía un tiempo límite para regresar al RPM, porque la Ley que trajo consagrado ese tiempo mínimo de permanencia que son los 10 años, es de 2003 y la demandante cuando se traslada, la Ley ni siquiera había sido expedida, pues fue un traslado del año 2000. Finalmente aduce, no se puede entrar a aplicar de manera automática una sentencia que habla del deber de información sino en la parte cuando dice que cada caso debe ser analizado en concreto para determinar que en este mismo, no se encuentra probado ninguno de los aspectos señalados en la demanda, además, de que varias de estas situaciones que aquí se pueden encontrar, no corresponden a su situación concreta y por lo tanto, la decisión que declara la nulidad debe ser revocada.¹ (Cd. fol. 154, record: 44:46).

¹“Gracias señora Juez, una vez proferida la decisión de primera instancia, interpongo recurso de apelación, solicitándole me lo conceda y a la Sala Laboral del Tribunal Superior de este Distrito, revoque la decisión proferida, por las siguientes razones:

Luego de hacer el sentenciador de primera instancia una relación de las jurisprudencias que tratan acerca del deber de información y dentro de las cuales se han examinado casos de personas que han solicitado la nulidad del traslado como sucedió en este caso, quisiera que la Sala tuviera en cuenta, que en este caso, no se ha acreditado aun, que mi representada hubiere omitido algún tipo de información al momento del traslado de la demandante, y por lo tanto, cuando el despacho expone dentro de sus consideraciones que la defensa propuesta por parte de las entidades demandadas no es aceptable porque la información debe darse aún, a una persona que empiece a cotizar y sepa cómo va a liquidarse su pensión, quisiera Honorables Magistrados que tuvieran en cuenta, una situación:

Si estas son las razones que estudiando el caso bajo examen, considera el despacho que no son válidas, y que por lo tanto, debe accederse a la ineficacia del traslado de la Señora Omaira, quisiera que tuvieran en cuenta, que hacer una afirmación en este punto en donde se exige que la información tiene que dársele aun, a una persona que vaya a empezar su vida laboral, si lo ponemos dentro del contexto al momento en que se está profiriendo este fallo, quisiera Honorables Magistrados que vieran esta situación:

Cuando la demandante, firma el formulario del traslado y este empieza a ser válido, o a causar sus efectos a partir del año 2000, por ejemplo, hacer una exigencia para que pueda declararse una ineficacia como sucede en esta decisión, sale del mismo contexto en la que se produce, porque si quisiéramos mirar las condiciones tanto en uno u otro régimen, han cambiado desde el momento en que la actora se trasladó, por ejemplo, si se afirma que toda la información tiene que darse tal cual y que es el potencial afiliado en este caso la actora, la que tiene que conocer, año 2000, cómo se va a liquidar su pensión, pues estaría siendo una afirmación que no permite estar dentro del contexto en el caso por el cual se ha decretado la ineficacia.

Por ejemplo, la modificación de las semanas o la densidad de cotizaciones para acceder a una pensión de vejez dentro del RPM, fue modificada mediante la Ley 797 de 2003, que incrementó las semanas en el tiempo y según los años que allí se pueden enunciar, y así mismo, en el RAIS, a partir del año 2012, se autorizó por parte de la Superintendencia Financiera que se pudieran además de las modalidades que ya estaban consagradas en la Ley 100 de 1993, a partir del artículo 80, que también existieran otras tres modalidades, dentro de las cuales las personas que se encuentren dentro de este régimen pueden acceder y pueden disfrutar del reconocimiento y pago de una pensión de vejez, es decir, que cuando la actora, se traslada las situaciones concretas para llegar a consolidarse un derecho pensional, tanto en Colpensiones concretamente o en Porvenir, han variado, lo que significa que el sustento mediante el cual, se declara la ineficacia no permite colegir que en este asunto se haya omitido algún deber de información, porque la misma Ley es cambiante, así como su situación laboral.

Igualmente Honorables Magistrados, en el fallo se expresa que la Corte ha indicado que se tiene que probar por parte de los Fondos, la información señalada y que en este caso no pasó, y que por lo tanto, al no existir una prueba de que la demandante hubiera sido informada no le queda más camino al despacho que declarar la ineficacia. Quisiera que la Sala se fijara, por ejemplo, dentro de los hechos de la demanda, cómo se hacen unas manifestaciones que igualmente, como lo indico tampoco se encuentran ajustadas a su caso, por ejemplo, dentro del hecho número 9, cuando se indica que los promotores o los vendedores de la afiliación no le hicieron a la demandante advertencia sobre los riesgos que tampoco le dijeron que tendría una limitante para devolverse al RPM, como en efecto ocurrió, pues quisiera que miráramos este punto, en qué sentido, en que si la ineficacia se traslada, teniendo en cuenta, que la Corte dice que tiene que probar cual fue la información que se le dio a quien se trasladó, y que esa omisión lo que causa es un perjuicio para sus derechos pensionales, pues yo si me pregunto en tanto en este punto en concreto, cómo se puede afirmar que Porvenir antes Colpatria, omitió el deber de información de no decirle a la demandante que tenía un tiempo límite para regresar al RPM, si es que la Ley que trajo consagrado ese tiempo mínimo de permanencia que son los 10 años, es la Ley 797 de 2003, pero la demandante cuando se traslada, la Ley ni siquiera había sido expedida, estamos hablando de un traslado del año 2000.

Entonces en esa medida, cómo Honorables Magistrados, se le puede exigir y cómo se puede acceder a decretar una ineficacia del traslado, argumentándose que no se le da ninguna información, cuando la información que pide, que se le dio ni siquiera había sido expedida, cuando esta Ley ni siquiera existía dentro del ordenamiento jurídico, es más que claro que jamás se le hubiera podido dar la información a la demandante, de esta situación, de la cual, se ve en el numeral 9 de la demanda porque no existía y en esa medida pues como se puede dar una información de algo que no existe en el mundo jurídico.

Igualmente, cuando se habla dentro de esto, que tiene que probarse por parte del Fondo la información que se le da, y dentro de las mismas consideraciones se indica que toda esta información tiene relevancia para saber precisamente, cuál es el probable valor de su mesada pensional, en las circunstancias dentro de las cuales se reconocería una pensión de vejez, podemos contrastarlo que esta situación tampoco se ha comprobado y que por ende, esto no significa que deba decretarse de manera automática una ineficacia sin hacer un estudio concreto de todas las situaciones que rodean este asunto.

Aspecto que también se puede comprobar si seguimos haciendo una lectura juiciosa del hecho número 20 de la demanda, cuando dentro de las muchas manifestaciones allí contenidas, se puede extraer que se hace alusión a que el vendedor no le dio la información y que por ende, no le dijo, que le convenía mas el RPM, al cual, venia afiliada y que ésta es casi información le resulta o que constituyo un servicio que era totalmente desventajoso.

Igualmente, como lo señalé en los alegatos de conclusión pido a la Sala tener en cuenta esta situación en que medida, en que la afiliación que la demandante efectuó al ISS, hoy Colpensiones, y que también se pueden leer dentro de los anexos de la demanda donde claramente se ve una vinculación desde el 8 de junio del año 93, y que al final cuando se hace un reporte del total de las semanas que allí se encuentran cotizadas, no se puede tener más de 200 semanas, es decir, que allí únicamente aparecen extractadas 186.86 semanas dentro del periodo junio de 1993 hasta noviembre de 1999, significa esto que, cuando se afirma dentro de los múltiples hechos del libelo introductorio, y se indican en las consideraciones de la sentencia de primera instancia, que resultaba totalmente importante dársele una información de un carácter tal que pudiera la demandante conocer cómo iba a liquidarse su pensión, pues no corresponde tampoco en su realidad, en la medida en que una persona que no ha cotizado, ni siquiera cuatro años, cuando se traslada de régimen y en ese mismo sentido, bajo esa misma línea una edad que tampoco pueda decirse que le permita acceder a una pensión a una expectativa legítima, o siquiera una mera expectativa de lo que podría llegar a alcanzar a ser su mesada pensional por reconocimiento de una pensión de vejez, no se haya adecuado a las circunstancias que rodean, en este caso.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora OMAIRA MOSQUERA MOSQUERA, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 63 y 64, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 64 a 68, aspirando de manera principal se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional y en consecuencia se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a favor de COLPENSIONES las sumas de dinero recibidas con motivo de su afiliación, los intereses moratorios en los términos consignados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, la suma de 50 smmv como consecuencia de la conducta atentatoria de su derecho pensional, así mismo se ordene a COLPENSIONES reintegrarla al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, derechos *ultra y extra petita* y costas del presente proceso. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS por la demandante, tras considerar que la AFP PORVENIR no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que la voluntad de la actora estuvo viciada por falta de ilustración.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes

Y en esa línea, pues debe decirse que la información de la que ha hablado la CSJ, cuando determina estos asuntos frente al deber de información, también tiene que encontrarse cobijada porque en ese mismo sentido se ha extractado después o con ocasión de la sentencia que unificó, no solo los criterios de la Corte en este aspecto, sino que señaló las Leyes que le eran aplicables según la expedición de la misma, que como ya lo indiqué tampoco corresponde a la demandante, dado la fecha de su traslado que es en el año 2000.

Quiere decir lo anterior, que en este asunto debe sí, dársele aplicación a lo que dice la sentencia de la Dra., Clara Cecilia Dueñas, pero no en el punto de entrar a aplicar de manera automática una sentencia que habla del deber de información sino en la parte cuando dice que cada caso debe ser analizado en concreto para determinar que en este mismo, no se encuentra probado ninguno de los aspectos señalados en la demanda, además, de que varias de estas situaciones que aquí se pueden encontrar, no corresponden a su situación concreta y por lo tanto, la decisión que declara la nulidad debe ser revocada por todas estas manifestaciones, dado que no cometió mi representada ningún tipo de omisión o aspecto distinto que pueda imputársele y que por ende, el despacho señale que al no probarse que con un documento escrito, que es lo único que se señala, pues se ha omitido pues toda la información, y esto de contera, significa que se declare la nulidad o que pueda hablarse de una ineficacia como en efecto se puede leer en la parte resolutive del traslado sin tener en cuenta esas otras circunstancias que también rodean el asunto, y del cual, también le pido a la Sala hacer un examen para que se revoque en su integridad la sentencia que se ha proferido en contra de mi representada, y en su lugar, se absuelva de todas y cada una de las pretensiones que allí se ha accedido por parte del fallador de primera instancia. Muchas gracias."

pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, a folio 2 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 10 de agosto de 1965, por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Porvenir el 25 de febrero del 2019 (fls. 11 y 12), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho de pensión y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba apenas con 173 semanas de cotización (fl. 125), equivalentes a 3 años, 4 meses y 11 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 9 de noviembre de 1999 (fls. 110 y 128), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR y en esa medida, resulta procedente su estudio.

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “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”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011³, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

³ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para

quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El error del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(...).

“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

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 110), plasmado en el formulario de afiliación, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada Porvenir.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR⁴ omitió en el momento del traslado de régimen (9 de noviembre de 1999, fol. 110), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han

⁴ Si bien la afiliación se dio con COLPATRIA esta AFP se fusionó por absorción con HORIZONTE (ver Resolución No. 848 del 6 de noviembre del 2002) quien a su vez se fusionó con PORVENIR (ver fl. 108).

quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, como ya se dijo la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó la *a quo*, de tal manera se prohijara la decisión de primer grado en este punto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁵ (fl. 143), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

⁵ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 30 de septiembre del 2019 (fol. 153)

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 29 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Rafael Moreno Vargas

RAFAEL MORENO VARGAS
Aclara Voto

Diego Fernando Guerrero Osejo

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Aclara Voto

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CIELO GONZALEZ VILLA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (RAD. 29 2019 00424 01).

A U T O

Milita a folio 202 escrito de sustitución de poder de la apoderada principal de COLPENSIONES Dra. JOHANA ANDREA SANDOVAL HIDALGO a la Doctora MARIA MARCELA PEREZ MONTERO y como quiera que la petición se ajusta a los términos previstos en los artículos 75 y 76 del C.G.P. se reconocerá personería a la nueva apoderada sustituta conforme las facultades del poder otorgado. Igualmente se aporta poder especial de la AFP PORVENIR otorgado mediante escritura pública a la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S. (fl. 212 vto) en donde se encuentra inscrito como apoderado judicial el Dr. JOHN JAIRO RODRIGUEZ BERNAL (fl. 214 vto), razón por la cual en se le reconoce personería como apoderado judicial de la AFP PORVENIR.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: RECONOCER PERSONERIA para actuar en calidad de apoderada sustituta de la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, a la Dra. MARIA MARCELA PEREZ MONTERO, identificada con C.C. N° 41.750.752 y T.P. 35.497 en los términos y con las facultades establecidas en el poder otorgado visible a folio 202.

PRIMERO: RECONOCER PERSONERIA para actuar en calidad de apoderada de la parte demandada AFP PORVENIR, al Dr. JOHN JAIRO RODRIGUEZ BERNAL, identificada con C.C. N° 1.070.967.487 y T.P. 325589 en los términos y con las facultades establecidas en el poder otorgado visible a folio 212.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por Colpensiones y la AFP Porvenir, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la AFP PORVENIR, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de febrero de 2020 (Cd a folio 187, record: 49:51, acta a folios 188 a 191), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que hiciere la Señora demandante CIELO GONZÁLEZ VILLA, identificada con la cedula de ciudadanía número 51.854.409, realizada ante PORVENIR S.A., el 4 de abril de 1995 por las razones expuestas, en consecuencia **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro con Solidaridad, y por lo mismo, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante CIELO GONZÁLEZ VILLA, como cotizaciones, rendimientos, sin lugar a descuento alguno para lo cual, se le concede el termino de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., todo los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la Señora demandante, como cotizaciones, rendimientos y actualizar su historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENAS en COSTAS.

Y QUINTO: de no ser apelada la sentencia por parte de COLPENSIONES, CONSULTARSE con el Honorable Tribunal Superior de Bogotá.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la AFP PORVENIR interpuso recurso de apelación, expresando en este caso resulta relevante no solamente la condición de abogada de la demandante, sino la situación relacionada con el hecho de tener la posibilidad de conocer las condiciones y características del régimen pensional, según su dicho hace 7 años, y decidió no hacerlo, precisando este tipo de actos o consecuencias son saneables y en atención a ello, cuando la demandante hace 7 años, cuando tenía poco más de 45 años y no le era aplicable la restricción de que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, tuvo en sus manos la capacidad y las condiciones para retornar al RPM, y no lo hizo, es claro que aceptaba, conocía y era aquiescente con las condiciones y características del RAIS, por lo que en su sentir aceptar que la afiliación de la demandante es nula, aun cuando, en vigencia de la afiliación conoció y tuvo la oportunidad de retornar, pues resulta en una bifurcación o en una diferenciación en relación con el precedente jurisprudencial de la CSJ, asegurando la demandante al momento del traslado de régimen era abogada y tenía la capacidad de acceder a la información contenida en la Ley 100 de 1993, y no lo hizo.

Por otro lado expresa, para la época del traslado no era posible realizar proyecciones pensionales, no porque no se tuvieran los elementos para hacerlas en términos técnicos, sino porque conocer cuál sería la proyección pensional, o cuál sería el capital necesario para la financiación de una mesada pensional de una persona como la demandante que comenzó a trabajar en 1992 y llevaba 3 años de cotización o 156 semanas de aportes, resultaba imposible, dada la falta de certeza de este tipo de cálculos.

Así mismo asegura, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en este caso no resulta aplicable por cuanto, que no se trata de los mismos presupuestos facticos, ya que son casos en donde el afiliado ya cumplía con los requisitos para el régimen de transición o ya tenía un derecho adquirido a su mesada pensional a la fecha de su traslado, considerando tales providencias, no son más que una obiter dicta que no resultan precedente vertical para los operadores judiciales.

En relación con los gastos de administración, aduce no se puede desconocer que tanto en el RPM como el RAIS, por disposición normativa se hacen unos descuentos legales asimilables en términos de gastos de administración, por lo que desconocer la labor que ha realizado la AFP o cualquier otra AFP, y ordenar su traslado a Colpensiones es igual a un enriquecimiento sin causa, razón por lo cual solicita que en caso de confirmarse la decisión de primer grado se revoque lo referente a la no realización de deducción por gastos de administración y seguros previsionales.¹ (Cd a folio 187, record: 51:19).

¹ “Señora Juez, estando en la oportunidad procesal pertinente y teniendo en cuenta la instrucción por parte de Porvenir, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir.

Pues en este caso, se debe recordar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha diferenciado entre el administrador lego y el afiliado lego y el administrador experto, entendiendo como afiliado lego, toda aquella persona que no tiene conocimientos o la capacidad de adquirir los mismos para efecto de saber las condiciones, características y consecuencias del traslado de régimen pensional.

En este caso, para este apoderado si resulta relevante no solamente la condición de abogada de la demandante, que adicionalmente tuvo la posibilidad de conocer las condiciones y características del régimen pensional, según su dicho hace 7 años, y decidió no hacerlo y eso porque resulta relevante, no necesariamente por la información dada en su momento sino porque adicionalmente, si lo que estamos hablando en este caso es de una ineficacia, este tipo de actos o consecuencias son saneables y en atención a ello, cuando la demandante hace 7 años, cuando tenía poco más de 45 años y en atención a ello, no estaba aplicable la restricción de que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Tuvo en sus manos la capacidad y las condiciones para retornar al RPMPD, y no lo hizo, por lo cual, es claro que aceptaba, conocía y era aquiescente con las condiciones y características del RAIS, que a hoy 7 años después de la información otorgada dice desconocer y no solamente desconocer sino no estar conforme con las mismas.

Es claro en atención a ello, que uno no pueda hacer uso de su propia negligencia en su beneficio. Así las cosas, aceptar que la afiliación de la demandante es nula, aun cuando, en vigencia de la afiliación conoció y tuvo la oportunidad de retornar, pues resulta claramente en una bifurcación o en una diferenciación en relación con el precedente jurisprudencial de la CSJ.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la demandante al momento del traslado de régimen era abogada, que tenía la capacidad de acceder a la información contenida en la Ley 100 de 1993, y no lo hizo. Que pudo preguntar, tal y como ella lo señaló en el interrogatorio de parte, y tampoco lo hizo, que supo que se podía pensionar de manera anticipada, que adicionalmente supo en relación con la devolución de saldos, que supo que sus aportes iban a generar una rentabilidad.

En ultimas, esas son las características propias del RAIS, sin embargo, lo que extraña el despacho que no se le haya dado información a la demandante es en relación a cuál era el monto posible de una mesada pensional o por lo menos para esa época, cuál era el capital que debía de depositar para efectos de una pensión superior en el RPM, pero al mismo tiempo, el despacho entre la parte motiva señala que para esa época era imposible teniendo en cuenta que solamente llevaba un año en vigencia el RAIS, eso no solamente es contradictorio, sino que adicionalmente es cierto que para esa época no era posible realizar proyecciones pensionales, no porque no se tuvieran los elementos para hacerlas en términos técnicos, sino porque conocer cuál sería la proyección pensional, o cuál sería el capital necesario para la financiación de una mesada pensional de una persona que como lo señaló la demandante comenzó a trabajar en 1992, llevaba 3 años de cotización, 156 semanas de aportes, resultaba imposible dada la falta de certeza de este tipo de cálculos hacia el futuro desconocimiento de la composición del núcleo familiar e histórico salarial.

Así mismo, no puede desconocer el despacho que la misma jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha diferenciado 3 estados diferentes de la devolución del deber de información, por lo que, estos requisitos que está dando el despacho para efectos de haber declarado valida la afiliación corresponde es a precisamente a la última etapa del deber de información y no la primigenia, que nace con la expedición de la Ley 100 de 1993.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora CIELO GONZALEZ VILLA, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 68 a 69, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 66 y 67, aspirando de manera principal se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, se disponga que la afiliación a Colpensiones se entienda sin solución de continuidad y en consecuencia se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a favor de COLPENSIONES los aportes de la cuenta de ahorro individual, junto con los intereses causados y rendimientos financieros, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS por la demandante, tras considerar que la AFP PORVENIR no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que la voluntad de la actora estuvo viciada por falta de ilustración.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes

Finalmente, señalar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en este caso no resulta aplicable de acuerdo con la Ley estatutaria de administración de justicia, por cuanto, que no se trata de los mismos presupuestos fácticos, en todos y cada uno de los casos, aun cuando la Corte ha señalado que la inversión de la carga de la prueba corresponde, aun cuando no exista régimen de transición, todos los casos que ha resuelto la Corte, son casos en donde el afiliado ya cumplía con los requisitos para el régimen de transición o ya tenía un derecho adquirido a su mesada pensional a la fecha de su traslado. En atención a lo anterior, eso en relación con la inversión con la carga de la prueba en casos diferentes a esos, no es más que una obiter dicta, que no resulta con precedente vertical para los operadores judiciales. En atención a lo anterior, solicito al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, revocar la sentencia proferida, y en su lugar, absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Finalmente, perdón, señora Juez, en relación con el que no se pueda hacer deducción alguna a criterio de este apoderado judicial, las únicas deducciones que hace la AFP, son a título de gastos de administración y cuotas de seguro previsional, y en relación con los gastos de administración no se puede desconocer que tanto en el RPM como el RAIS, por disposición normativa se hacen unos descuentos legales asimilables en términos de gastos de administración, por lo que desconocer la labor que ha realizado la AFP o cualquier otra AFP, y ordenar su traslado a Colpensiones es igual a un enriquecimiento sin causa, porque en últimas estando en Colpensiones también se había generado la misma deducción y por demás en las AFP contrario a lo que pasa con Colpensiones, esos aporte generar unos rendimientos que mayoritariamente son aun el doble del valor de los aportes.

En atención a lo anterior, si el Tribunal considera que hay lugar a confirmar la sentencia en lo referente a la nulidad o la ineficacia, solicito se revoque lo referente a la no realización de deducción por gastos de administración y seguros previsionales.”

pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, a folio 4 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 13 de marzo de 1967, por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante Porvenir y Colpensiones el 27 de mayo del 2019 (fls. 21 a 27 y 39 a 45), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho de pensión y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba apenas con 47.29 semanas de cotización (fl. 153 vto), equivalentes a 11 meses, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 4 de abril de 1995 (fls. 37, 131 y 132), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR y en esa medida, resulta procedente su estudio.

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “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”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011³, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

³ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(...).

“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.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existe elemento convicción alguno que permita constatar la información suministrada a la parte actora al momento de su traslado, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, advirtiendo que ello no deviene probado del interrogatorio de parte de la demandante (Cd fl. 187, record: 6:50) en razón a que no se obtuvo confesión alguna en ese sentido, pues si bien refirió conocer las diferencias entre el RAIS y el RPM esto fue mucho después de su traslado más o menos 7 años antes de su declaración, es decir, aproximadamente para los años 2012 o 2013 cuando empezó a indagar por su propia cuenta sobre sus condiciones pensionales, sin que dicha asesoría se diera por parte de Porvenir en el año 1995 cuando se trasladó de régimen.

De igual forma debe precisarse, el hecho, que la accionante fuera una persona con formación educativa profesional no implica que *per se* conociera de las ventajas o desventajas de los diferentes regímenes pensionales, y menos aún dicha circunstancia puede conllevar a que se releve a la AFP de suministrar la información correspondiente al momento del traslado, como lo hace ver en la apelación PORVENIR.

Por otro lado, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 37), plasmado en el formulario de afiliación, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada Porvenir.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (4 de abril de 1995, fol. 37), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, como ya se dijo la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó la *a quo*, de tal manera se prohijara la decisión de primer grado en este punto.

En esta dirección y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por PORVENIR, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues

basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Además, es menester precisar, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la accionante, a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁴ (fl. 174) respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

⁴ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 15 de octubre del 2019 (fol. 178)

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 29 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Rafael Moreno Vargas

RAFAEL MORENO VARGAS
Aclara Voto

Diego Fernando Guerrero Osejo

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Aclara Voto

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA TERESA
RODRÍGUEZ OLACHEA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (RAD. 30 2018 00590 01).**

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS S.A.S, representada legalmente por JOHANA ANDREA SANDOVAL, como apoderada principal y a MARIA MARCELA PÉREZ MONTERO, como sustituta, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, en los términos y para los efectos de los poderes conferidos, respectivamente (folios 126 y 128 a 131).

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de por las partes, con excepción de PORVENIR quien guardó silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de enero de 2020 (Cd a folio 114, récord: 01:15:25, acta a folios 115 a 117), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLÁRESE ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante Señora **MARÍA TERESA RODRÍGUEZ OLACHEA**, del entonces ISS, a la sociedad **ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, con efectividad a partir del 1 de junio de 2000, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLÁRESE válidamente vinculada la demandante Señora **MARÍA TERESA RODRÍGUEZ OLACHEA**, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado hoy por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDÉNESE a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES**, todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen, es decir, desde que cobro efectividad ese traslado a partir del 1 de junio de 2000, y hasta cuando se haga efectivo el traslado, estos últimos los costos cobrados por concepto de administración deben ser cubiertos propios del patrimonio de la administradora y deben ser devueltos debidamente indexados.

CUARTO: ORDÉNESE a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a que una vez ingresen los valores de la cuenta individual de ahorro de la demandante Señora **MARÍA TERESA RODRÍGUEZ OLACHEA**, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: DECLÁRESE no probadas las excepciones planteadas por las accionadas conforme a lo expuesto.

Y SEXTO: CONDÉNESE en **COSTAS** de esta instancia a la sociedad **ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a favor de la demandante, por secretaria practíquese la liquidación de costas incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$3.370.800, a favor de la demandante.

SÉPTIMO: SIN COSTAS ni a favor ni en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

OCTAVO: CONCÉDASE el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.”

Inconforme con la decisión, la apoderada de PORVENIR interpuso recurso de apelación, con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando, la afiliación suscrita por la demandante ante esa AFP es un acto válido, permaneciendo afiliada a ese régimen de manera libre, espontánea y sin presiones desde el año 2000.

Con relación al deber de información, asegura, aunque este siempre ha existido, nunca se indicó que las asesorías que brindara debían constar por escrito, pues

estas se realizaban de manera verbal; es por ello que no existe prueba documental de la que devenga con claridad el consentimiento.

Así mismo, expone, solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, se estableció el deber de las administradoras de pensiones de poner a disposición herramientas financieras que le permitieran conocer a los posibles afiliados las consecuencias de dicho traslado, reglamentación que no estaba vigente al momento en que se realizó la afiliación de la demandante.

Finalmente, alega, la actora no es beneficiaria del régimen de transición por lo que no resulta procedente el traslado de régimen por no ser oportuno, pese a que mediante la publicación en diarios de amplia circulación se les indicó la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando la persona se encontrara a 10 años o menos de cumplir con la edad de pensión¹(Cd folio 114, record 01:22:54, acta folios 115 a 117)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

¹ *Estando en la oportunidad pertinente, me permito presentar recurso de apelación para que los Honorables Magistrados de la Corte, perdón, del Tribunal Superior de Bogotá, revoquen la totalidad de la sentencia emitida el día de hoy 29 de enero por el Juzgado 30 Laboral del Circuito, por las siguientes razones:*

La primera razón, es que existe una validez de la afiliación suscrita ante Porvenir por la demandante, la vinculación de Porvenir es un acto válido, en la medida en que la demandante suscribió la solicitud de vinculación con el traslado de régimen, fecha desde la cual, ha permanecido afiliada de manera libre, espontánea y sin presiones.

Desde el 2000, ella ha estado vinculada a Porvenir S.A., de manera libre, espontánea y sin presiones, puesto que la afiliación fue un acto totalmente válido.

El segundo punto, de la sentencia indica que Porvenir, tenía el deber de información desde la Ley 663 del 93, efectivamente sobre el particular, debo advertir que la existencia del deber de asesoría siempre ha existido pero nunca se manifestó dentro de dicha norma que debiera ser de forma expresa, las asesorías de Porvenir, si se brindan pero son de forma verbal, por eso dentro de la documental no existe ninguna prueba que permita manifestar el consentimiento.

Además de ello, debo manifestar que solo hasta la expedición de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015, quedó claro el deber legal de las administradoras de poner a disposición herramientas financieras que les permitieran conocer las consecuencias de dicho traslado, y nuestra afiliación mucho anterior (Sic), y efectivamente se brindó pero repito, fue de manera verbal, por tanto, no existe prueba documental de ello.

En mi segundo punto, debo reiterar que ella no se encuentra en el régimen de transición, por lo tanto, no debe o no se puede generar el traslado en este momento ya que pasó el tiempo disponible, y en cuanto a la prueba de la circular 01 de 2004, también, mi tercer punto, se brindó la publicación en un diario de alta circulación donde los afiliados también tenían el deber de validar y verificar todas las modificaciones referidas y las consecuencias del traslado, indicando la imposibilidad de trasladarse del régimen cuando la persona se encontrara a 10 años o menos de cumplir con la edad de pensión.

De esta manera sustento mi recurso de apelación, con estos tres ítems para que el Honorable Tribunal Sala Laboral, revoque la decisión impuesta el día de hoy. Muchas gracias."

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora MARIA TERESA RODRÍGUEZ OLACHEA, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 26, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folio 27 a 29, aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado realizado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. En consecuencia, se establezca que su vinculación al RPM administrado por Colpensiones, se dio sin solución de continuidad, y se condene a PORVENIR a trasladar el cálculo actuarial, rendimientos financieros, intereses, comisiones y reintegro por el cobro de servicios financieros a Colpensiones, y a esta última además que reciba los aportes de su cuenta de ahorro individual girados por la AFP. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS por la demandante, tras considerar que la AFP PORVENIR, no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que la voluntad de la actora estuvo viciada por falta de ilustración. Adicionalmente, el juzgado desechó la posibilidad del análisis de la nulidad dada la ausencia del formulario de afiliación dentro de las diligencias, pese a la confesión de la convocante respecto de su suscripción.**

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “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”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Así las cosas, a folio 8 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 8 de junio de 1959, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 9 de marzo de 2018 (folio 24) y a PORVENIR por petición de esa misma fecha (folio 23), es decir, cuando superaba la edad requerida para adquirir el derecho pensional – tenía 58 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 723.86 semanas de cotización (folio 93 vto. y 121³), equivalentes a 13.88 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 6 de abril de 2000 (folio 90 y 92) específicamente, conforme a la información reportada en el SIAFP expedido por ASOFONDOS y la historia para liquidación de bono pensional, **precisando** en este punto que autos el acto de afiliación no fue objeto de debate pues la misma demandada Porvenir desde la contestación de la demanda aceptó que la demandante se trasladó mediante afiliación realizada en abril de 2000 (al pronunciarse sobre el hecho tercero, folio 77) sin que para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito constituya un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente; imponiéndose entonces a esta demandada acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia conforme los argumentos expuestos en la alzada.

³ Documento extraído del CD folio 52, contentivo del expediente administrativo que fuera incorporado por la demandada COLPENSIONES.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia, las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro, y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trata de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El error del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“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.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…)

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues frente a este solo adujo que en una reunión el asesor de PORVENIR le informó que podrían pensionarse a los 57 años y con una mesada mucho mayor a la que obtendría en el ISS.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 97 a 98, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (6 de abril de 2006, folio 90 cuya efectividad fue a partir del 1 de junio de 2000 –folio 86), el deber de información

⁵ Cd fl. 114, record 23:39.

para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó la *a quo*, de tal manera se prohijará la decisión de primer grado en este punto.

De igual forma, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima medica con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁶ (fl. 48), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado

⁶ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto 28 de marzo de 2019 (fol. 72)

jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

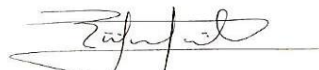
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 30 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS

(ACLARA VOTO)



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

(ACLARA VOTO)